



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

Le Monde du Droit
Le Magazine des Professions Juridiques

LE MONDE DU DROIT SELON CAPITANT

Newsletter juillet 2013

Avant - propos

Le Monde du Droit et l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française sont heureux de vous présenter le premier numéro de la newsletter "Le Monde du Droit selon Capitant".

Cette lettre d'information vous livrera un regard éclairé sur un monde du droit en perpétuelle évolution et vous tiendra régulièrement informés sur les activités de l'Association Henri Capitant.

Dans ce premier numéro, vous verrez ainsi que la loi est devenue un instrument de communication gouvernementale, analyserez l'impact de l'affaire Tapie-Lagarde sur le rayonnement de la place d'arbitrage de Paris et saurez tout sur le conflit qui a opposé le Barreau de Paris au CNB.

Reconnue d'utilité publique, l'Association Henri Capitant (www.henricapitant.org) est un réseau international de juristes continentaux fondé en 1935. Présente dans près de 60 pays représentant l'Europe, l'Amérique, l'Afrique et l'Asie, elle œuvre à la promotion, la diffusion et la modernisation des droits de tradition civiliste. Résolument ouverte, « Capitant » s'appuie sur les juristes de tous horizons qui souhaitent participer à ses activités : universitaires, magistrats, avocats, notaires et juristes d'entreprise.

Les travaux de l'Association consistent notamment en Journées internationales annuelles de droit comparé, éditées dans une collection riche de 61 volumes dont beaucoup sont consultables librement en version numérique sur le site partenaire www.pagesdedoctrine.fr. Elle élabore le *Vocabulaire Juridique*, dictionnaire juridique de référence internationale longtemps porté par Gérard Cornu et a fondé la première revue tout à la fois bilingue, numérique et gratuite consacrée aux droits de tradition civiliste, *Henri Capitant Law Review* (www.henricapitantlawreview.org).

Acteur de la refonte du Code civil français, c'est sur son initiative qu'a été entreprise la réforme du droit des sûretés qui, au terme des travaux d'une commission dirigée par le professeur Michel Grimaldi, a abouti à l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Elle a constitué un groupe présidé par le professeur Hugues Périnet-Marquet, qui a présenté le 12 novembre 2008 un avant-projet de réforme du droit des biens. A l'échelon européen, elle a encore participé activement aux travaux relatifs à l'élaboration d'un droit européen des contrats.

Avec cette lettre, l'Association franchit un nouveau pas en conciliant doctrine d'opinion et grand presse, science juridique et information, profondeur des analyses et actualité. Nous vous en souhaitons bonne lecture et vous invitons à vous abonner à ce nouveau rendez-vous.



Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française



Philippe Dupichot, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Secrétaire général



Cyril Grimaldi, Professeur à l'Université Paris 13-Nord, Secrétaire général adjoint.



CAPITANT DANS LE MONDE

Le billet

Famille pour tous, Obligations pour personne (ou de l'influence de la communication sur les réformes juridiques...) !

En France, aujourd'hui, pour faire une réforme importante, encore faut-il pouvoir la vendre dans les médias et qu'elle présente un enjeu électoral...

Autant de qualités que réunissait incontestablement la loi sur le mariage pour tous. Promise par le candidat François Hollande avant son élection, cette réforme n'est pas à ranger au rayon des promesses qui n'engagent que ceux qui y croient. Pourquoi ? Parce que cette réforme a fait les délices des médias et donc des politiciens, si prompts à s'exposer et à briller à peu de frais ; le mariage pour tous était en effet un sujet avec lequel on pouvait faire l'ouverture du journal télévisé et l'occasion pour les politiciens d'affirmer fermement leur identité sociale et leurs convictions morales à destination des électeurs.

Sans être politologue, on peut quand même penser que c'est parce qu'à l'inverse elle n'intéresse pas les électeurs français, sauf ceux qui pratiquent le droit, l'enseignent ou l'étudient, que la réforme du droit des obligations est devenue l'arlésienne du droit français. En 2013, il existe toujours plus de projets, mais toujours moins de réformes ... La raison pour laquelle ni le gouvernement, ni les parlementaires ne s'activent sur le front de cette réforme est d'une simplicité biblique. Son vote, en effet, ne trouverait preneur, ni dans la presse



écrite, ni dans les radios, ni dans les télévisions. Certes, le vénérable *Recueil Dalloz* croulerait sous les commentaires, les articles et les chroniques, mais pas un média grand public ne consacrerait plus que quelques lignes ou quelques bribes à une telle réforme. Pire, il serait impossible pour la classe politique de communiquer sur cette réforme, soit en l'approuvant, soit en la réprouvant. Imagine-t-on un débat à la télévision portant sur le maintien ou la disparition de la cause dans le droit nouveau des obligations, ou sur la consécration de la théorie de l'inexistence? Non, évidemment ! Tant et si bien qu'on peut légitimement se demander si l'échec de cette réforme depuis près de 10 ans ne procède pas de l'incapacité des juristes à expliquer aux hommes politiques son importance pour la vie de leurs électeurs, voire à leur trouver des éléments sur lesquels ils pourraient communiquer avec quelques profits électoraux sonnants et trébuchants.

A la vérité, en restant dans ce registre, il ne faut peut être pas désespérer, tout du moins en ce qui concerne le droit de la responsabilité civile, droit de chair et de sang au charme duquel nos contemporains sont plus sensibles qu'à ceux déployés par la délégation certaine ou la condition résolutoire... Ainsi, il est possible qu'avec le préjudice écologique, s'il était admis dans la réforme qu'il puisse être réparé, nos femmes et hommes politiques pourraient s'écharper et sensibiliser l'électorat. *Bankable* électoralement alors, la réforme du droit de la responsabilité civile aurait des chances de prospérer. Reste à trouver pour celle du droit des contrats, une notion ou une règle qui pourrait stimuler nos élites politiques...

Par Jules Berne

Points de vue

Paris, place mondiale de l'arbitrage, brûle-t-il ?

L'affaire Tapie et les remous qu'elle suscite risquent-ils de ternir l'image du droit français de l'arbitrage ?



Jean-Baptiste Racine : En réalité, l'affaire Tapie est tout à fait exceptionnelle. Elle sort véritablement de l'ordinaire et n'est bien entendu pas le reflet de la pratique habituelle de l'arbitrage. Il se trouve cependant que l'image non pas tant du droit français que de la France (et plus particulièrement Paris) comme place de l'arbitrage risque d'être affectée. L'image des places d'arbitrage est en effet très importante. Dans le même temps, si fraude il y a, il faut la dénoncer et la sanctionner.

Un spécialiste anonyme : Elle ne le devrait pas, si on veut bien considérer que ce ne sont pas les règles du droit français de l'arbitrage qui sont en cause, mais leur utilisation dans une affaire dans laquelle existent de sérieuses suspicions de fraude. C'est un peu comme si l'on craignait pour la réglementation du football parce qu'un match a été truqué. Toute institution peut être détournée sans pour autant devoir être remise en cause. Au contraire, pourrait-on dire, le fait que l'on puisse annuler une sentence, des années après qu'elle a été rendue, parce que l'on se rend compte que les règles du jeu ont été faussées est une garantie que le droit français est bien armé.

En l'espèce, le recours à l'arbitrage à la demande de l'Etat était-il critiquable sur un pur plan de technique juridique?

JBR. : Sur le terrain juridique, ce n'est pas l'Etat qui était partie à l'arbitrage (ce qui lui est en principe interdit en droit de l'arbitrage interne). Outre les époux Tapie et leurs liquidateurs, les parties à l'arbitrage étaient le



CDR Créances, société par actions simplifiée, et le Consortium de Réalisation, société anonyme, toutes deux personnes morales de droit privé. Nous sommes ici dans le domaine de l'arbitrabilité subjective, qui intéresse donc le statut juridique des parties. A ce titre, le litige était arbitral.

SA : La réponse doit commencer par corriger la question, car elle fait l'impasse sur une distinction essentielle en droit. Ce n'est pas l'Etat qui a eu recours au compromis, mais le CDR, structure certes mise en place par l'Etat, mais distincte de celui-ci. Le CDR est une société commerciale (société anonyme) et cette seule qualité permettait au CDR de recourir valablement à l'arbitrage. Le fait qu'à travers le CDR, il puisse y avoir une incidence sur des fonds publics n'entre pas en ligne de compte. L'Etat a des intérêts dans des sociétés aussi différentes que Areva, France Telecom-Orange et il n'a jamais été contesté que ces sociétés peuvent recourir à l'arbitrage. En revanche lorsque l'Etat intervient en tant que tel, le recours à l'arbitrage suit des règles strictes. On n'a pas prêté attention au fait qu'antérieurement à « l'arbitrage Tapie », le CDR avait déjà recouru (avec succès) à l'arbitrage. Dire que le recours lui-même l'arbitrage était illégal est donc erroné sur le plan du droit : c'est confondre la légalité (concept juridique) et l'opportunité politique.

Quelles sont les chances de succès pour le recours en révision exercé contre la sentence ?

JBR : Il est impossible de pronostiquer le résultat. Les recours en révision formés contre des sentences arbitrales sont très rares. Et il est difficile d'apporter la preuve d'une fraude. Tout dépendra donc de ce qui pourra être révélé dans le cours de l'information pénale actuellement pendante. Il faudra convaincre dans tous les cas la Cour d'appel de Paris de l'existence d'une telle fraude pour qu'elle admette en l'espèce le recours.

SA : C'est difficile à prévoir en l'état actuel des choses. Il semble toutefois que des indices graves et concordants de plus en plus nombreux viennent montrer que, s'ils sont avérés, l'arbitrage a été entaché de fraude ou correspond à l'un des cas d'ouverture du recours en révision qui sont visés par l'article 595 du Code de procédure civile. Si la preuve est apportée, alors l'annulation de la sentence et de ses suites suivra.

Jean-Baptiste Racine, Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis

Propos recueillis par Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'interview de Gérard Davet, journaliste au journal Le Monde

Les sources des journalistes : un secret en danger ?

En quoi le projet de loi adopté le 12 juin dernier en Conseil des ministres sur le secret des sources des journalistes affaiblit-il celui-ci ?

Gérard Davet : A mon sens, le terme "intérêts fondamentaux de la nation" est trop vague et laisse la possibilité d'attenter aux sources des journalistes. En effet, il n'est pas très différent de l'expression "impératifs prépondérants d'intérêt public" qui avait été utilisé de manière très large par les pouvoirs public - et à notre détriment - ces dernières années. La première mouture du texte, avant qu'il soit affadi par le conseil d'état, était beaucoup plus restrictive. Elle s'inspirait de la loi belge et protégeait réellement les journalistes. De plus, il semble que les conditions requises ne soient plus cumulatives, ce qui laisse la aussi un champ très large d'intervention pour les pouvoirs publics. On se retrouve avec un texte qui se trouve au milieu du gué, avec un léger progrès, mais sans réelle volonté de placer dans de vraies conditions de confort professionnelles "les



chiens de garde de la démocratie" que nous sommes censés être. Bref, les chiens ont toujours une laisse.

Quelles seraient les modifications à apporter à ce projet pour que ce secret demeure bien ou mieux gardé à l'avenir ?

GD. : Il devrait déjà être prévu une sanction plus menaçante afin de nous permettre de déposer une plainte bien articulée. On s'est heurtés à cela dans l'affaire dite des "fadettes" où il nous a été impossible de nous appuyer sur la loi. M. Squarcini a été renvoyé sur le fondement de l'atteinte au secret des correspondances et pas sur la violation du secret des sources. Il n'est pas certain que le nouveau dispositif nous offre plus de latitude. Par ailleurs, il faudrait impérativement que les conditions requises pour porter atteinte au secret de nos sources soient cumulatives, afin de dissuader toute initiative déplaisante. Enfin, il me paraît évident que le terme "intérêts fondamentaux de la nation" est bien trop vague. Et force est de constater que le projet initial de Christiane Taubira proposait un certain nombre d'avancées notoires. Cette première mouture du texte prévoyait ainsi que seuls deux motifs pouvaient justifier la levée du secret des sources d'un journaliste : « prévenir ou réprimer la commission soit d'un crime, soit d'un délit constituant une atteinte grave à la personne » ; il ajoutait deux conditions restrictives devant être remplies simultanément : l'« importance cruciale » des informations recherchées, lesquelles ne devant pouvoir « être obtenues d'aucune autre manière ». La reculade est évidente, et les ministères de l'intérieur et de la défense ont fait jouer leur influence.

Quels sont les principaux dangers auxquels ce secret est exposé aujourd'hui ?

GD. : On voit bien la tentation aujourd'hui de nos pouvoirs judiciaires de s'en prendre à nos sources. Elle perdure, quel que soit le régime en place. Ainsi, dans l'affaire DSK, des juges lillois ont voulu prendre connaissances des fadettes de journalistes du Monde. Le parquet leur a fort heureusement refusé ce droit, on voit bien que les magistrats, qu'ils soient du siège ou aux parquets ont cette tentation constante. En l'absence de réelle menace législative, nous évoluons sur un fil, à la merci d'initiatives désagréables. Seule avancée notable, la disparition du recel de violation du secret de l'instruction. Si cet article passe, alors c'en sera fini de cette hypocrisie qui nous permettait de faire état de pièces issues d'un dossier judiciaire - le journaliste n'est pas astreint au secret de l'instruction -, sans avoir le droit de les posséder, si ce n'est pour se défendre devant les tribunaux. Les dangers demeurent nombreux. Par exemple, si un journaliste révèle des informations classées "secret défense", porte-t-il atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ? La défense de l'intérêt public, du droit à l'information, prime-t-elle dans ce cas sur le "secret défense" ? Dans le cadre de l'affaire Merah, ou dans les affaires liées au trafic d'armes, on touche souvent à ce "secret défense". Et il y a fort à parier que les pouvoirs publics vont se servir du texte contre nos intérêts même si, et c'est heureux, un juge des libertés sera amené à se prononcer.

*Propos recueillis par Denis Mazeaud, Professeur
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*



Les dépêches... dans le monde

La bienveillance de la Cour suprême fédérale des Etats-Unis à l'égard du mariage des couples de même sexe.

L'enjeu – Ce n'était pas la première fois que la Cour suprême fédérale était invitée à se prononcer sur le mariage. Mais autant il allait de soi, pour ainsi dire, qu'une loi prohibant les mariages interraciaux (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)) ou qu'une loi interdisant le mariage au parent débiteur d'une pension alimentaire impayée (*Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978)) serait inconstitutionnelle, autant le sort des lois définissant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme était triplement incertain :

- d'abord, bien sûr, en raison de la profondeur des divergences au sein de la société et entre les Etats quant à l'essence du mariage ;
- ensuite, parce que la Cour suprême (actuelle) n'opère guère de changements radicaux sans le soutien d'une majorité de l'opinion publique (mais celle-ci évolue) ;
- enfin, parce que les juges réputés « conservateurs » pouvaient hésiter entre, d'un côté, la défense de la conception pluriséculaire du mariage, ou de l'autre, la condamnation d'une loi fédérale dont le contenu relève traditionnellement du domaine des Etats fédérés.

Les décisions – Les deux arrêts rendus le 26 juin 2013 sont d'inégale importance, mais se rejoignent sur un point décisif.

Une loi (dite *Proposition 8*) modifie la Constitution californienne en réservant le mariage aux couples hétérosexuels. Un premier juge déclare cette loi contraire à la Constitution (fédérale) et ordonne aux autorités locales de ne pas la mettre en œuvre. Appel est interjeté, non pas par les autorités locales, mais par ceux qui étaient à l'origine de la *Proposition 8*. Avait-il un intérêt particulier à agir, c'est-à-dire à défendre la constitutionnalité de la loi ? Dans la décision *Hollingsworth v. Perry*, la Cour suprême répond par la négative après avoir relevé qu'aucune injonction de faire ou de ne pas faire n'avait été adressée aux demandeurs par le juge, et après avoir précisé que le rôle joué par ces derniers dans l'élaboration de la loi (une initiative populaire) ne leur en donnait aucun dans sa mise en œuvre. Autrement dit, leur intérêt à défendre l'application de la loi n'était pas distinct de celui de n'importe quel citoyen de Californie. Le surlendemain, la suspension provisoire de la célébration des mariages homosexuels fut levée par la cour d'appel compétente, ce dont Mesdames Perry et Stier ont immédiatement tiré parti devant un impressionnant parterre de journalistes.

L'autre arrêt (*U.S. v. Windsor*) est plus significatif. Une loi fédérale datant de 1996 (*Defense of Marriage Act* ou DOMA) définit le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme. Il s'ensuit que les mariages homosexuels, même régulièrement conclus, sont sans effet dès lors que sont en cause des dispositions fédérales. Les conséquences pratiques ne sont pas minces en matière de droits sociaux, d'immigration ou de fiscalité. L'impôt était précisément l'enjeu du procès engagé par Mme Windsor, laquelle se plaignait de ne pas avoir pu bénéficier des règles fiscales favorables prévues au profit du conjoint survivant. Bien que Mme Windsor ait obtenu entière satisfaction devant les premiers juges et devant la cour d'appel, la Cour suprême s'est déclarée compétente (ce qui n'allait pas de soi). A une courte majorité, la loi a été jugée contraire à la Constitution. Dans des motifs au ton assez virulent, le Juge Kennedy relève notamment que la loi examinée n'a pas d'autre objectif que « de dénigrer et de nuire à ceux qu'un Etat, par ses lois relatives au mariage, cherche à protéger dans leur identité (« *personhood* ») et leur dignité » (§ 28). En cherchant à évincer cette protection, en



faisant du mariage homosexuel un mariage de second rang, en humiliant les enfants que ces couples élèvent, la loi porte atteinte à la liberté au sens du V^e amendement de la Constitution.

Le point commun à ces deux décisions est qu'à aucun moment, la Cour suprême ne reconnaît aux couples homosexuels un droit constitutionnel au mariage, alors qu'elle en avait l'occasion et, techniquement, la possibilité. Dit autrement, les Etats fédérés sont à ce jour (théoriquement) libres d'ouvrir ou de fermer l'accès au mariage des couples de même sexe.

L'avenir ? – La solution rendue n'est guère tenable.

Tout d'abord, la suppression de la définition fédérale du mariage va susciter d'importants conflits de loi, sans que les éléments de rattachement ne soient précisés, même partiellement, par la Cour suprême (V. à ce sujet l'opinion dissidente de Chief Justice Roberts § 30). Les difficultés pratiques sont innombrables. Un seul exemple : le couple homosexuel marié à Los Angeles mais domicilié à Saint Louis (où seul le mariage hétérosexuel est admis) peut-il remplir une déclaration de revenus conjointe ?

Ensuite, et à moyen terme, considérant la généralité des motifs adoptés par l'arrêt *Windsor* (protection de la dignité de la personne, égalité entre tous les mariages, etc.), peut-on imaginer qu'un Etat ignore le mariage homosexuel valablement célébré dans un autre Etat ? On devine la suite : les Etats fédérés ne seront-ils pas peu à peu contraints d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe afin d'échapper aux griefs formulés par l'arrêt *Windsor* contre la loi fédérale ?

Finalement, si la Cour suprême n'a pas proclamé le droit au mariage des couples de même sexe, elle a posé toutes les conditions de sa réalisation.

Par Yves-Marie Laithier, Professeur à l'Université de Reims

... en Europe

Des suites de l'arrêt Mazurek au port du voile : trois dépêches européennes en bref

165 097 euros, tel est, d'après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 28 juin 2013, le coût pour le contribuable de l'entêtement du juge français à méconnaître dans l'affaire Fabris les leçons de l'arrêt Mazurek. C'est moins que les 2 750 000 d'euros alloués à titre de satisfaction équitable à un autre enfant naturel dans l'affaire Pascaud le 8 novembre 2012, mais c'est assez pour aider à comprendre que, décidément, le respect des droits de l'Homme serait une source de sérieuses économies budgétaires.

Alors que le projet de réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature semble en voie d'enlisement, la Cour européenne des droits de l'Homme souligne la fâcheuse position européenne de la France en rappelant, par un arrêt Vassis du 27 juin 2013, que, suivant l'arrêt Moulin du 23 novembre 2010, un membre du Parquet n'est pas suffisamment indépendant pour être un « juge ou autre magistrat » au sens de l'article 5§3 de la CEDH.

Le débat sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans un espace public va être relancé puisque, dans une affaire S.A.S c/France, une Grande chambre de la Cour de Strasbourg a été saisie le 30 mai 2013.



Par Jean-Pierre Marguénaud,
Professeur à l'université de Limoges

... en France

Tour d'horizons du front juridique français

Qu'y a-t-il de nouveau sous le ciel (nuageux) français ? Avant la pause estivale qui se rapproche à grands pas, les nouvelles du front juridique français se font nombreuses.

Après le scandale « Cahuzac » qui a accéléré le mouvement, deux projets de lois organique et ordinaire sont débattus au Parlement depuis le 24 juin 2013, avec l'objectif vertueux et ambitieux de moraliser la vie publique. Les premiers échanges sont prometteurs. Parmi les mesures phares, la mise en place d'un arsenal juridique pour prévenir et guérir les conflits d'intérêts, notamment par la création d'une *Haute autorité de la transparence de la vie publique* qui serait pourvue d'un pouvoir d'enquête et d'injonction.

La transparence est encore à l'honneur avec la publication, le 21 mai 2013, de deux décrets (n°2013-413 et n° 2013-414) en application de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé. Ces textes sont notamment censés remédier aux défauts mis en lumière par l'affaire du « Mediator ». Le résultat reste cependant mitigé. Par exemple, la publication des contrats entre laboratoire et expert, au nom d'une plus grande transparence, ne s'applique pas aux contrats rémunérés. La restriction laisse perplexe et il faut avouer que « *les eaux les plus transparentes ne sont pas toujours les plus profondes* » (J.-M. Varaut) !

En période de crise, il faut privilégier l'économie de moyens ! Tel semble avoir été la motivation de notre gouvernement qui devrait présenter le 10 juillet 2013 un projet de la loi relatif à la collégialité de l'instruction abrogeant les dispositions de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 qui devaient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014 et qui prévoyaient un recours systématique à la collégialité de l'instruction. Or, pour ce faire, il aurait fallu créer plus de 300 postes de magistrats, ce qui est peu envisageable en période de crise. L'économie a ses raisons que le droit n'ignore pas (toujours) ! Depuis le 24 juin 2013, le projet de la loi sur l'action de groupe, porté par B. Hamon, est en cours de discussion à l'Assemblée nationale. Le principe même d'une action de groupe a été d'ores et déjà voté par les députés. L'action de groupe « à la française » serait exclusivement mise en œuvre par une des 16 associations nationales agréées de défense des consommateurs. Sont exclus du domaine de l'action de groupe, du moins pour l'instant, le domaine de la santé et celui de l'environnement.

Pour garantir un mariage qui soit vraiment ouvert à tous, une circulaire du 29 mai 2013 a été publiée à la fois dans un but pédagogique, expliquer aux officiers d'état civil les grands axes de la loi et de ses implications, et dans un but préventif, rappeler aux maires, qui pourraient être tentés de ne pas appliquer la loi, « *qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du maire d'apprécier l'opportunité de la célébration du mariage, et, a fortiori, il ne peut*



refuser, pour des motifs d'ordre personnel, de respecter la loi et de célébrer un mariage ». En cas de refus, cela « exposerait l'officier d'état civil au prononcé de sanctions administratives, d'une part, et de sanctions pénales, d'autre part ».

La Cour de cassation n'est pas en reste. Pour cependant se limiter aux « grands » arrêts de la Cour de cassation, il faut principalement attirer l'attention sur deux décisions rendues en Chambre mixte le 17 mai 2013 (P+B+R+I, n° 11-22.768 et n° 11-22.927), par lesquelles il a été jugé que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants. Surtout, toute clause inconciliable avec cette interdépendance est réputée non écrite. *Exit* donc les clauses de divisibilité !



Par Mustapha Mekki,
Professeur à l'Université Paris 13-Nord

Profession

Les robes noires se déchirent

Le 21 mai dernier, le barreau de Paris a provoqué un véritable coup de tonnerre dans la profession suite à l'annonce de sa décision de suspendre sa participation au CNB reprochant à ce dernier de ne pas reprendre ses propositions sur la gouvernance des avocats. Les divergences sur la méthode à employer s'agissant du débat sur la gouvernance ont finalement contraint le président du CNB à démissionner. Explications...

Si les tensions étaient palpables entre le barreau de Paris et le CNB, personne ne s'attendait à la décision du barreau de Paris de ne plus siéger au CNB.

Dans une lettre du 21 mai 2013, courrier signé par le bâtonnier de Paris en exercice, Christiane Féral-Schuhl, son prédécesseur, le bâtonnier Jean Castelain ainsi que le bâtonnier désigné Pierre-Olivier Sur le barreau de Paris, a annoncé la suspension de sa participation au CNB.

"Cette décision est motivée par un désaccord tant sur la forme que sur le fond à propos de la réforme de la gouvernance de la profession d'avocat initiée et pilotée par le CNB." a-t-elle indiqué dans communiqué du même jour.

Le CNB prévoyait d'organiser un débat sur le sujet lors de son assemblée générale des 24 et 25 mai 2013 *"mais nous avons été scandalisés de constater que le projet présenté ignorait les propositions votées au suffrage universel par les avocats parisiens en décembre 2011."* affirment les signataires.

Rappelons que l'ancien bâtonnier Jean Castelain avait en décembre 2011, soumis au vote des avocats parisiens les propositions issues d'une vaste consultation. Plus de 7 000 avocats avaient participé. Puis, le Conseil de l'Ordre a voté le 15 janvier 2013 une résolution exprimant sa volonté de voir confier à une commission ad hoc



le rôle de proposer une synthèse des réflexions et travaux sur l'organisation de la profession, sous la forme d'un projet de loi qui serait ensuite soumis, par référendum, à l'ensemble des avocats de France.

Pour Christiane Féral-Schuhl : *"Il est inadmissible et inconcevable que la proposition exprimée par notre Barreau de 25000 avocats - soit près de 45% des avocats de France - n'ait pas même été portée à l'ordre du jour de l'assemblée générale des 24 et 25 mai prochains par le CNB qui a choisi de procéder à un toilettage à minima de nos institutions plutôt que de s'atteler à la grande réforme que tous nos confrères appellent de leurs vœux".*

Aussi, elle a tiré donc toutes les conséquences *"de ce déni de démocratie et de concertation"* et a *"décidé, en concertation et en accord avec mon prédécesseur le bâtonnier Jean Castelain ainsi qu'avec le bâtonnier désigné Pierre-Olivier Sur, de suspendre la participation du barreau de Paris aux travaux du Conseil national des barreaux"*.

Dans une lettre ouverte du 22 mai 2013, le Président du Conseil national des barreaux, Christian Charrière-Bournazel, répond à la lettre, co-signée par Madame Christiane Féral-Schuhl, Bâtonnier, Pierre-Olivier Sur, bâtonnier désigné et Jean Castelain, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris, relative au débat sur l'organisation de la profession d'avocat en la qualifiant d'inacceptable dans sa forme et sur le fond.

Celui-ci se défend de ne pas avoir pris en compte les propositions de Paris sur la gouvernance :

"Mme le bâtonnier a demandé que sa position soit davantage développée. Elle a envoyé un texte en ce sens et le rapport a été complété. La délibération prise par l'Ordre des avocats de Paris, le 11 septembre 2012, figure en annexe au rapport qui a été distribué à tous les membres du CNB afin qu'elle fasse partie de la discussion.

Il est donc particulièrement déplacé de m'écrire que je ne serais « pas légitime à ne pas tenir compte du vote exprimé en novembre 2011 par 7000 avocats parisiens » puisque la position exprimée par nos confrères fait partie du débat ouvert au CNB."

Aussi, il a demandé à Christiane Féral-Schuhl de revenir sur sa décision *"afin de ne pas porter la responsabilité d'une fracture irréparable entre Paris et la province."*

Des voix se sont élevées pour appeler à l'unité alors que la profession se sent attaquée par les pouvoirs publics que ce soit sur le projet de loi sur la moralisation de la vie politique qui prévoit de rendre incompatible une activité de "conseil" avec un mandat de député ou sur le volet action de groupe du projet de loi consommation qui réserve aux 16 associations de consommateurs agréées la possibilité d'introduire l'action de groupe, la réforme fiscale qui étend le champ de la "bande organisée" aux avocats conseils notamment, ou encore sur le projet de loi sécurisation de l'emploi qui écarte les avocats des procédures de licenciement collectif.

Finalement, le Président du Conseil national des barreaux, Christian Charrière-Bournazel, et le Bâtonnier de Paris, Christiane Féral-Schuhl, ont annoncé, le 10 juillet 2013, être parvenus à un accord sur la désignation des membres de la commission qui sera chargée de définir la méthode de conduite du projet de la réforme de la gouvernance de la profession et d'auditionner les différents acteurs de la profession et des personnalités de la société civile.



Cependant, dans un courrier du 11 juillet 2013 adressé aux membres du CNB, les huit membres du bureau du CNB indiquent qu'ils ont été "*particulièrement surpris que la signature du Conseil national des barreaux soit engagée sur un communiqué qui tend, s'agissant de la gouvernance de notre profession, à dessaisir le Conseil national des barreaux au profit d'une commission de travail qui ne peut tirer aucune légitimité de sa désignation*".

Ce désaveu du président du CNB a conduit Christian Charrière-Bournazel à démissionner

Cette décision provoque une véritable crise institutionnelle avant même que le débat sur la gouvernance soit engagé.

Les avocats sauront-ils trouver un consensus sur le sujet ? Rien est moins sûr...

Ce sera sans doute le plus grand défi du successeur de Christian Charrière-Bournazel, qui sera désigné lors de l'assemblée générale du 6 septembre 2013.

En attendant l'élection du nouveau président du CNB, l'institution représentative des avocats est présidée par Pascale Modelski, vice-présidente élue du CNB.



Par Arnaud Dumourier

A l'affiche

La Fondation pour le Droit continental organise l'Université d'été du droit continental, rendez-vous annuel international des étudiants et professionnels du droit

Pour la cinquième année, professeurs et professionnels du droit dispensent des cours, en français et en anglais, à des étudiants venus du monde entier. L'objet est de leur faire découvrir la grande tradition juridique de la famille romano-germanique, défendue par la Fondation pour le droit continental.

Plus de 120 étudiants représentant plus de 40 nationalités se retrouvent ainsi sur les bancs des amphithéâtres et travaillent assidument lorsqu'ils ne visitent pas, émerveillés, les institutions françaises où s'élabore le droit : Cour de cassation, Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel, Assemblée nationale, Sénat.

Avec des frais d'inscriptions peu élevés et quelques bourses, cette Université d'été, organisée grâce au soutien des professionnels du droit présents à la Fondation pour le Droit continental offre une formation unique au monde et donne à ses participants, étudiants, universitaires ou professionnels, l'occasion de mieux se connaître pour mieux se comprendre.



Elle poursuit les objectifs de la Fondation, qui sont les suivants :

- faire valoir au plan international les **qualités des droits écrits et codifiés** dans le souci de maintenir un **équilibre** entre les systèmes juridiques, en se fondant sur une recherche innovante, de qualité et sur une large politique de diffusion,
- établir une **solidarité** entre les juristes de droit continental pour mener des actions communes de promotion de ce droit,
- mettre en œuvre une **stratégie d'influence** juridique au plan international dans l'intérêt des entreprises du droit continental,
- valoriser, au plan international, l'**expertise** des professions du droit,
- renforcer et développer la **présence internationale** des acteurs du droit,
- contribuer, par la formation, à l'ouverture internationale des juristes de droit continental.

L'Université d'été se tient, cette année, du **mardi 2 juillet au vendredi 19 juillet 2013**.

[Pour plus d'informations](#)



*Par Bénédicte Fauvarque-Cosson,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

L'OUVRAGE DU MOIS

Revue de Droit Henri Capitant / Henri Capitant Law Review

Parue le 30 décembre 2012, elle est consacrée à la distinction du droit privé et du droit public. La confection en a été confiée aux professeurs Yves Gaudemet et Sophie Gaudemet

Distinction et collaboration, telles sont les têtes de chapitres sous lesquelles sont regroupés les documents et articles reproduits.

Distinction, car celle du droit public et du droit privé, parfois contestée, toujours revisitée, demeure avec les caractéristiques propres que lui a conférées l'histoire politique et institutionnelle française. Ce sont les origines de cette distinction qui en déterminent le critère, les caractères et la nature.

Mais aussi, et de plus en plus, collaboration. Collaboration, parce droit privé et droit public s'inscrivent dans des rapports de comparaison, d'influence, d'enrichissement réciproque ou plus encore dans des rapports de coopération pour la détermination des situations subjectives ou l'organisation des rapports sociaux.

Reflète de la nature des choses, apport de l'histoire nationale, la coexistence, généralement harmonieuse, du droit public et du droit privé constitue sans doute une des richesses du droit français, dont différents systèmes juridiques étrangers ont d'ailleurs su s'inspirer.



Pour accéder directement à la revue

LE MONDE DE CAPITANT

L'actualité de l'Association Henri Capitant

Dernières journées



3-7 Juin 2013, Amsterdam et Liège, La preuve – Les dernières Journées internationales de l'Association se sont tenues aux Pays-Bas, à Amsterdam, et en Belgique, à Liège, du 3 au 7 juin et ont eu pour thème : *La preuve*. Ouvert avec faste dans le Grand auditorio de l'Université d'Amsterdam en présence de l'ambassadeur de France aux Pays-Bas, du Président de la Cour de cassation néerlandaise et du doyen de l'Université d'Amsterdam, ce congrès annuel réunit plus de 200 juristes de tous horizons – dont une quarantaine de rapporteurs -

autour d'un sujet certes intemporel mais en profonde mutation. On saura infiniment gré aux Groupes néerlandais et belge d'avoir rendu ces rencontres internationales possibles et, en particulier, à Diana Dankers Haagenars, Michèle Grégoire et Pascale Lecocq pour le professionnalisme de leur organisation.

A l'Université d'Amsterdam, il fut d'abord question de l'articulation entre "*Preuve et droits fondamentaux*" : Jean-Pierre Marguénaud, Professeur à l'Université de Limoges et rapporteur général, présenta à cette occasion avec panache la double dimension horizontale (preuve entre particuliers) et verticale de ce sujet dialectique (preuve entre l'Etat et les particuliers, qu'elle soit administrée par l'Etat ou contre lui), distinguant le droit de la preuve du droit à la preuve. Juan-Carlos Henao, recteur de l'Université Externado de Colombie évoqua le lendemain son expérience d'ancien président de la Cour constitutionnelle de Colombie au regard du deuxième thème de discussion, "*Preuve et pouvoirs exorbitants de la puissance publique*", organisant les débats autour des implications probatoires des procédures administratives, d'une part, et des procédures juridictionnelles, d'autre part.

A la Faculté de droit de l'Université de Liège et avec le soutien précieux du Fonds David Constant, les preuves numériques et ADN furent à l'honneur : professeur à l'Université de Pavie, le rapporteur général sur le thème "Preuve et nouvelles technologies", Michele Taruffo, insista tout à la fois sur la supériorité théorique de la preuve scientifique sur l'expertise des hommes et sur la nécessité pratique que cette preuve soit administrée suivant les règles de l'art, ce qui n'est pas toujours le cas... Quant au thème final et transversal, "*Preuve et vérité*", il fut analysé avec finesse dans ses aspects processuels civilistes par Georges de Leval et pénaux par Adrien Masset, dans un rapport général à deux voix porté par le chœur d'une quinzaine de rapports nationaux.

La salle académique de l'Université de Liège offrit un bel écrin au rapport de synthèse : Jérôme Huet sut mettre en évidence la tension qui imprégna les travaux de la semaine entre, d'un côté, ce qu'il nomma le "trop peu de



preuve" (preuve impossible, insuffisante ou interdite) et, de l'autre, les difficultés suscitées par le "beaucoup de preuve" (preuves plurielles, numériques et ADN).

De nombreux rapports nationaux élaborés en vue de ces Journées sont consultables en ligne dans leur version provisoire (<http://www.henricapitant.org/node/12>) ; les rapports nationaux définitifs, généraux et de synthèse seront publiés au premier trimestre 2014 dans le 63^{ème} volume de la Collection des Journées internationales.

9-11 Juillet 2013, Paris, Campus – L'Association Henri Capitant a assuré, au titre de son partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et pour la 5^{ème} année consécutive, quatre ateliers lors des dernières Journées *Campus* qui se tinrent à l'UNESCO les 9, 10 et 11 juillet derniers. Les ateliers d'actualité du droit des contrats (Denis Mazeaud), du droit patrimonial de la famille (Michel Grimaldi et Hélène Poivey-Leclercq), du droit des sûretés (Philippe Dupichot) et du droit de la construction (Hugues Périnet-Marquet et Adrien Pelon) ont suscité une très forte affluence

(<http://avocatcampus.org/pro/fiche/quest.jsp;jsessionid=ZZ897bAV0nPmJDhwoDcLnLN6.g13?locale=2&pg=programme>).

Dernières parutions

Le Tome LXI de la Collection des Travaux internationaux de l'Association, "**Les professions juridiques**", Journées Cambodge-Vietnam 2011, est paru en mars 2013 et peut être acquis grâce au bon de commande suivant (<http://www.henricapitant.org/node/104495>).

Ce 61^{ème} volume rassemble les analyses que 55 rapporteurs issus de 21 pays ont présentées lors de Journées internationales qui se tinrent du 13 au 17 juin 2011, à Phnom Penh puis Hô Chi Minh Ville, sur le thème des professions juridiques.

Les grands acteurs du droit y dévoilent des réflexions inédites et pénétrantes sur les mutations, enjeux et dangers de leur exercice professionnel.

Techniques ou passionnelles, quatre dimensions fondamentales de la profession de juriste sont abordées dans cet ouvrage sous un angle comparatiste et original : les juristes de tous horizons sont-ils en passe de se fondre en une grande profession du droit ou conservent-ils au contraire leur diversité ? A qui doit incomber la formation des juristes de demain et comment ? Quels sont les modes d'exercice professionnel offerts à l'avocat, au notaire ou au juriste d'entreprise de par le monde ? Quelle responsabilité pèse aujourd'hui sur les professionnels du droit ?

Tout esprit curieux retirera le plus grand profit de la lecture des contributions présentées au cours de ces riches Journées internationales.

Sommaire de l'ouvrage :

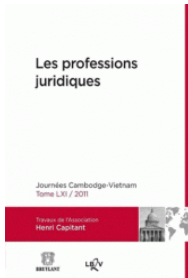
Le pluralisme des professions juridiques (Rapport général : Guido ALPA et Anna de VITA, Italie)

Les modes d'exercice des professions juridiques (Rapport général : François-Xavier MATTEOLI et Bernard REYNIS, France)

La formation du juriste (Rapport général : THENG Chan Sangvar, Cambodge, et NGUYEN Ngoc Dien, Vietnam)

La responsabilité des professionnels du droit (Rapport général : Hadi SLIM, Liban)

Rapport de synthèse : Philippe THERY, France.



- Le tome 17^{ème} de la Collection des Journées nationales, "**Les conflits d'intérêts**", est paru aux éditions Dalloz en avril 2013.

Le spectre des conflits d'intérêts plane sur le droit de la représentation, le droit financier et sur l'action publique. Leur prévention a fait l'objet de rapports remarquables (rapport Sauvé en 2011 ; rapport Jospin en 2012) qui illustrent toute l'attention que lui portent aujourd'hui les pouvoirs publics. Pareille actualité justifiait amplement que l'Association Henri Capitant y consacre le 20 novembre 2012 sa XVII^e Journée nationale, organisée avec l'Equipe de droit privé de l'Université Jean Moulin Lyon 3 dans le cadre des Entretiens Jacques Cartier.

Qu'entendre par intérêts en conflit ? Quelles valeurs défendre par la prohibition des conflits d'intérêts ? Comment prévenir les risques de conflits et les sanctionner ? Autant de questions fondamentales sur lesquelles cet ouvrage livre des analyses comparatistes et renouvelées.



Projets & Reformes

Vers une réforme du droit des contrats spéciaux ?

Depuis quelques années, à l'initiative de Michel Grimaldi, l'Association Henri Capitant a entrepris de participer activement au mouvement de réforme qui anime le droit français et le droit européen. Quant à ce dernier, notre Association a participé, avec la Société de Législation Comparée, à la conception du Draft Common Frame of Reference, non seulement en élaborant une Terminologie contractuelle commune et des Principes directeurs du droit des contrats, mais encore en présentant un contre-projet d'harmonisation européenne du



droit des contrats. En France, l'activité de notre Association dans ce domaine est allée croissante. En 2005, elle a parrainé l'Avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription préparé sous la houlette de Pierre Catala. C'est elle qui fut à l'origine de la réforme du droit des sûretés, issue de l'Ordonnance du 23 mars 2006, puisque le projet de loi a été préparé à partir de l'avant-projet conçu par le groupe dirigé par Michel Grimaldi, lequel avait été mandaté officiellement par le gouvernement à cette fin. Par ailleurs en 2009, un groupe dirigé par Hugues Périnet-Marquet a émis des propositions pour une réforme du droit des biens, dont certaines ont reçu une consécration en jurisprudence.

C'est désormais le droit des contrats spéciaux que l'Association Henri Capitant souhaite rénover. Jérôme Huet a été chargé de composer et de présider un Groupe de travail pluridisciplinaire dont la mission consistera à présenter à l'horizon 2014 des propositions pour une réforme du droit des contrats spéciaux : les travaux s'orienteront notamment vers l'identification de règles spéciales aux principaux contrats spéciaux, soit d'un régime primaire de certains contrats.

Quand la Cour de cassation s'inspire de l'avant-projet de réforme du droit des biens

La question du caractère limitatif ou non des droits réels restait encore discutée en droit français. Elle est tranchée dans l'arrêt du 31 octobre 2012 de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation (n° pourvoi 11-16304) publié au Bulletin et au Rapport de la Cour pour l'année 2012. Pour cette dernière, les articles 544 et 1134 du code civil permettent que le propriétaire puisse « consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». Cette décision nouvelle et importante reprend les mots mêmes d'une proposition de l'avant-projet CAPITANT de réforme du droit des biens contenue dans le projet d'article 608. Elle va même plus loin. L'avant-projet CAPITANT, soucieux de cantonner le champ d'application de cette idée nouvelle avait, dans son article 611, limité la durée du droit à un maximum de trente ans pour les personnes physiques comme pour les personnes morales. Cette condition de délai n'est pas retenue. La troisième Chambre civile considère que le droit réel de jouissance spécial peut être perpétuel.

Cette consécration jurisprudentielle d'une proposition de l'avant-projet ne peut que réjouir ses rédacteurs. L'objet d'un tel travail est, en effet, de fournir des idées que le législateur ou le juge peuvent reprendre s'ils les estiment pertinentes. Tel a bien été le cas en l'espèce.

Par Hugues Périnet-Marquet, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Capitant à la Cour centraméricaine de Justice

Les actions internationales de l'Association se renforcent : c'est ainsi qu'a été signé en mars 2013 un partenariat à Managua (Nicaragua) avec la Cour centraméricaine de Justice dans le cadre du Système d'Intégration d'Amérique Centrale (SICA). L'Association a reçu mission de proposer un projet de droit uniforme en droit des contrats du commerce international et a constitué un Groupe de travail à cet effet.



Agenda

- **Paris, les 10 et 11 Septembre 2013**, se tiendront les 4^{èmes} journées franco-japonaise organisées par le Groupe japonais de l'Association et l'IRDA de la Faculté de Paris XIII sur le thème suivant : **Le préjudice**. Seront notamment abordés au cours de ces Journées : *L'obligation de minimiser le préjudice, Le préjudice de masse, Le préjudice économique pur, La perte de chance, Le préjudice corporel, Le préjudice écologique* (<http://www.henricapitant.org/node/104497>)
- **Bogota, du 17 au 21 septembre 2013** : l'Association participera à ces traditionnelles rencontres franco-colombiennes sur le thème : *Les grandes distinctions du droit privé* (personne/biens, obligations de moyens/de résultat, droit public/droit privé, etc).
- **Bucarest, du 23 au 27 octobre** : le Groupe roumain de l'Association Capitant, en coopération avec l'Institut Juriscope de Poitiers, organise un colloque dont l'objet sera la *Présentation du nouveau code civil roumain*.
- **Dijon, le 22 novembre** : la 18^{ème} Journée nationale de l'Association se tiendra à l'Université de Dijon sur le thème : *Le temps et le droit*
- **Paris, le 10 décembre 2013** : l'Association lancera, en partenariat avec les éditions Lextenso, la 1^{ère} *Journée des professions juridiques* à la Maison de l'Amérique latine. Des universitaires et des praticiens reconnus assureront en matinée quatre ateliers distincts consacrés respectivement l'actualité du droit des contrats, du droit social, du droit des sociétés et du droit immobilier, à l'attention de l'ensemble des professionnels du droit. L'après-midi sera consacrée à des conférences et des tables rondes sur des questions d'actualité intéressant le droit et la justice.
- **Paris, le 19 décembre 2013** : l'Association rendra un *hommage à Eugène Gaudemet* lors d'une journée exceptionnelle.

Pour toutes questions, écrire à contact@henricapitant.org

Pour adhérer, nous rejoindre sur <http://www.henricapitant.org/node/31>

Par Philippe Dupichot, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)