

ACTUALITÉ

Page 2

■ En bref

Page 3

■ Ile-de-France

Nicolas Kirilowits

Le télétravail devrait faire baisser la demande de l'immobilier de bureaux

JURISPRUDENCE

Page 5

■ Concurrence / Consommation / Distribution

Ghislain Poissonnier

Preuve du bordereau de rétractation dans un contrat de crédit à la consommation : de la clause-couperet à la clause-indice (Cass. 1^{er} civ., 21 oct. 2020)

CHRONIQUE

Page 13

■ Personnes / Famille

Par le Centre de recherche droits et perspectives du droit (CRDP) (EA 4487) - L'ERADP de l'université de Lille 2 Droit et Santé

Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 18 (Suite et fin)

CULTURE

Page 24

■ Exposition

Didier Du Blé

Velickovic, la représentation de l'être humain

ACTUALITÉ Ile-de-France



PARIS (75)

Le télétravail devrait faire baisser la demande de l'immobilier de bureaux 159n5

Nicolas KIRILOWITS

Selon une étude de l'Institut de l'épargne immobilière et foncière, la place prise par le télétravail devrait inciter les entreprises à réduire leurs surfaces immobilières de bureaux, de 2 % à 12 % selon les scénarios projetés.

Le télétravail est une tendance de fond. Si la pratique s'est installée depuis une décennie au sein des entreprises françaises, elle ne s'est imposée qu'à la faveur de la crise sanitaire débutée en mars dernier. Réussira-t-elle dès lors à s'inscrire dans le temps comme un nouveau mode d'organisation du travail ? Et à transformer ainsi le paysage de l'immobilier de bureaux en région parisienne ? C'est pour tenter de répondre à ces questions que l'Institut de l'épargne immobilière et foncière (IEIF) vient de publier les résultats d'une étude portant sur l'impact potentiel du télétravail sur le parc et la demande de bureaux en Île-de-France à moyen terme.

Pour cet exercice de simulation, l'IEIF s'est basée sur trois scénarios issus de récentes études menées par l'institut lui-même et des partenaires : « Si la crise n'avait pas eu lieu », « Accélération de la transformation des modes de travail », et « Le monde d'après en rupture ». Ces scénarios reposent eux-mêmes sur 4 critères principaux : la part des entreprises décidant de mettre en œuvre une politique de télétravail, le nombre de jour télétravaillé, la part des emplois qui pourraient être soumis au télétravail, et enfin, le gain de surface immobilière envisageable.

Suite en p. 3

Édition quotidienne d'Actu-Juridique

petites-affiches.com

Petites **a**ffiches

annonces-pa@lextenso.fr
Grande Arche de La Défense
1, parvis de La Défense - 92044 Paris - La Défense
Tél. : 01 42 61 56 14

gazettedupalais.com

 Gazette du Palais

Accueil client
annonces-gp@lextenso.fr
12, place Dauphine - 75001 Paris
Tél. : 01 44 32 01 50

le-quotidien-juridique.com

Le
Quotidien
Juridique

annonces-qj@lextenso.fr
Grande Arche de La Défense
1, parvis de La Défense - 92044 Paris - La Défense
Tél. : 01 49 49 06 49

lalo.com

 la loi

annonces-jll@lextenso.fr
Grande Arche de La Défense
1, parvis de La Défense - 92044 Paris - La Défense
Tél. : 01 42 34 52 34

Directeur de la publication :

Bruno Vergé

Responsables de rédaction :

Valérie Boccara et Céline Slobodansky

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Jean-Pierre Camby, professeur associé à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Jean-Marie Coulon, premier président honoraire de la cour d'appel de Paris

Alain Couret, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Michel Grimaldi, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jean-François Guillemin, secrétaire général, groupe Bouygues

Paul Le Cannu, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Jacques Massip, conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation

Denis Mazeaud, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Nicolas Molfessis, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jacqueline Morand-Deville, professeure à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Bernard Reynis, conseiller à la Cour de cassation, président honoraire du Conseil supérieur du notariat

Alain Sauret, président du conseil scientifique de Fidere avocats

Rédaction :

Tél. : 01 40 93 40 51

Fax : 01 41 08 16 05

E-mail : redaction@lextenso.fr

Merci de nous envoyer vos articles à :
redaction@lextenso.fr

Abonnements :

Tél. : 01 40 93 40 40

Fax : 01 41 09 92 10

E-mail : abonnementpa@lextenso.fr

Revue éditée par Lextenso,
1, Parvis de La Défense,
92044 Paris – La Défense (CEDEX)

Commission paritaire N° 1221 I 81038 / ISSN 2741-3373 /
Imprimé par Duplprint Mayenne, 733, rue Saint Léonard,
53101 Mayenne CEDEX sur du papier
produit en Suède, issu de forêts gérées
durablement ; 0 % de fibres recyclées ;
impact gaz à effet de serre
pour un exemplaire : 122 g éq. CO₂



A B O N N E M E N T S

Formule intégrale 112 € ttc : tous les jours, journal papier
+ journal sur actu-juridique.fr

Formule numérique 78 € ttc : tous les jours, journal
sur actu-juridique.fr

1 an Étranger (HT) UE.....297 €

Hors UE.....597 €

Pour tarifs particuliers
(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiane et Samarcande

■ Jurisprudence

■ Cinémas, théâtres et salles de spectacles : le juge des référés ne suspend pas leur fermeture au public en raison d'une situation sanitaire toujours dégradée ^{160a4}

Saisi par des personnalités du monde de la culture qui demandent la réouverture des cinémas, théâtres et salles de spectacles, le juge des référés du Conseil d'État estime que, en raison du niveau de contamination élevé et de l'augmentation de la prégnance des variants de la Covid-19, leur fermeture n'est pas manifestement illégale. Francis et René Lalanne, Jean-Luc Moreau, Jean-Marie Bigard, Manu et Gérard Lanvin ont demandé au juge des référés du Conseil d'État de suspendre en urgence la fermeture des cinémas, théâtres et salles de spectacles imposée dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire afin que ces lieux puissent à nouveau accueillir du public.

Le juge des référés rappelle tout d'abord que la fermeture au public de ces établissements porte une atteinte grave aux libertés fondamentales, notamment la liberté de création artistique, la liberté d'accès aux œuvres culturelles et la liberté d'entreprendre. Seul le contexte sanitaire marqué par un niveau particulièrement élevé de diffusion du virus, susceptible de compromettre à court terme la prise en charge, notamment hospitalière, des personnes contaminées et des autres patients, peut justifier légalement une telle interdiction. Les requérants ont fait valoir les effets de ces mesures sur l'état psychologique de la population. Le juge des référés constate que la situation de crise sa-

nitaire s'accompagne effectivement d'une augmentation significative des états anxieux et dépressifs. Les hausses les plus importantes sont observées chez les étudiants, les personnes sans activité professionnelle, les personnes déclarant vivre dans un logement surpeuplé et celles déclarant une situation financière très difficile.

La finalité des mesures prises par les autorités étant la préservation de la santé publique, le juge des référés estime, ainsi que les requérants le soutiennent, que leur impact sur la santé mentale et le bien-être de la population doit être aussi pris en compte. Toutefois, le juge des référés constate également qu'à la date de l'audience qu'il a tenue, les indicateurs de l'épidémie restent à un niveau très élevé, avec notamment un taux d'occupation des lits de réanimation qui ne cesse d'augmenter depuis décembre dernier pour atteindre 67,1 % au niveau national. La tension sur le système hospitalier, particulièrement forte dans certaines régions, a conduit l'administration à prendre localement des mesures plus restrictives. Le juge des référés relève en outre, à la lumière notamment d'une étude de l'INSERM du 14 février 2021, que la circulation des variants du virus, beaucoup plus contagieux, augmente de manière très forte, en particulier le variant britannique qui devrait être la principale souche présente en France d'ici quelques semaines. Ainsi, alors même que la fermeture des lieux culturels est susceptible d'avoir un effet négatif sur la santé mentale de la population, le juge des référés estime, au regard de la situation sanitaire toujours dégradée, que l'atteinte grave portée aux libertés fondamentales par cette mesure n'est pas manifestement illégale.

Source : Communiqué de presse du Conseil d'État du 26 février 2021.



PARIS (75)

Le télétravail devrait faire baisser la demande de l'immobilier de bureaux ¹⁵⁹ⁿ⁵

Selon une étude de l'Institut de l'épargne immobilière et foncière, la place prise par le télétravail devrait inciter les entreprises à réduire leurs surfaces immobilières de bureaux, de 2 % à 12 % selon les scénarios projetés.

Le télétravail est une tendance de fond. Si la pratique s'est installée depuis une décennie au sein des entreprises françaises, elle ne s'est imposée qu'à la faveur de la crise sanitaire débutée en mars dernier. Réussira-t-elle dès lors à s'inscrire dans le temps comme un nouveau mode d'organisation du travail ? Et à transformer ainsi le paysage de l'immobilier de bureaux en région parisienne ? C'est pour tenter de répondre à ces questions que l'Institut de l'épargne immobilière et foncière (IEIF) vient de publier les résultats d'une étude portant sur l'impact potentiel du télétravail sur le parc et la demande de bureaux en Île-de-France à moyen terme.

Pour cet exercice de simulation, l'IEIF s'est basée sur trois scénarios issus de récentes études menées par l'institut lui-même et des partenaires : « Si la crise n'avait pas eu lieu », « Accélération de la transformation des modes de travail », et « Le monde d'après en rupture ». Ces scénarios reposent eux-mêmes sur 4 critères principaux : la part des entreprises décidant de mettre en œuvre une politique de télétravail, le nombre de jour télétravaillé, la part des emplois qui pourraient être soumis au télétravail, et enfin, le gain de surface immobilière envisageable.

Suite de la lecture de l'article de couverture

■ Trois scénarios à la baisse

Ainsi selon le premier scénario, dans lequel 24 % des entreprises instaurent 1 jour de télétravail par semaine pour les 60 % des emplois qui le permettent, le parc de bureaux franciliens se réduirait de presque 900 000 m², soit 1,7 % de son total actuel.

Dans le deuxième, avec 2 jours télétravaillés pour 41 % des entreprises, beaucoup plus envisageable si l'on se réfère à son titre, le même parc baisserait de 6,5 % (3,3 millions de m²).

Enfin, d'après l'ultime scénario retenu, reflet d'une évolution possible mais plus radicale, l'ensemble de la surface occupée par les bureaux en Île-de-France, chuterait de presque 12 % (6 millions de m²). Une telle transformation nécessiterait selon les projections de l'IEIF que la moitié des entreprises du territoire mettent en place, en moyenne, 2,2 jours de télétravail par semaine pour les 60 % de salariés qui pourraient en profiter.

Pour l'Institut, peu importe le scénario qui se révélera être juste finalement, « si le télétravail permet d'envisager une réduction potentielle du nombre de postes de travail, celle-ci ne se répercute pas de manière symétrique sur les sur-

faces occupées par les entreprises ».

En clair, la baisse du parc de bureaux sera moins rapide que la hausse envisagée du télétravail. D'après l'IEIF l'« impact déflationniste sur le parc de bureaux franciliens prendra du temps. Les entreprises doivent d'abord définir, puis implémenter une nouvelle organisation du travail ». Et la diminution de la surface dédiée aux bureaux n'est que la dernière étape d'un long processus.

L'IEIF relève enfin un problème culturel et note que « La proportion de personnes en télétravail a chuté beaucoup plus fortement en France après la fin du premier confinement que dans les pays où le recours à cette modalité de travail est culturellement plus développé et mieux accepté ». Les dirigeants français conservent de nombreux *a priori* sur le travail à distance.

■ Un avenir flou

Aussi, les suppositions d'aujourd'hui peuvent-elles être transposées dans un avenir incertain ? Une nouvelle pandémie mondiale aurait des conséquences encore plus lourdes sur l'immobilier de bureaux. *A contrario*, un rebond économique vigoureux et une confiance retrouvée, pourraient amoindrir la tendance « télétra-

ACTUALITÉ

Ile-de-France

vail ». « Cet impact déflationniste sur le parc de bureaux franciliens prendra du temps », explique ainsi l'IEF, et de conclure que « Les différents scénarios étudiés devront être affinés dans les prochains mois, notamment au regard des

orientations qui seront finalement retenues par les entreprises, une fois le contexte très spécifique lié à la crise sanitaire moins présent, mais également sur le plan géographique ».

Pour l'Île-de-France, où se concentrent les principaux pôles tertiaires nationaux et un tiers de la production de richesse nationale, l'enjeu est de taille.

Nicolas KIRILOWITS

KIOSQUE Lextenso

**GRATUIT
AVEC VOTRE
ABONNEMENT**

Feuilletez votre revue
PETITES AFFICHES
sur tous vos écrans !

Pour accéder à la version numérique
feuilletable de votre revue :

- sur **ordinateur** (PC ou MAC), rendez-vous sur www.kiosque-lextenso.fr
- sur **tablette ou mobile**, téléchargez L'APPLICATION **KIOSQUE Lextenso**

KIOSQUE Lextenso

Télécharger dans l'App Store

DISPONIBLE SUR Google Play

Preuve du bordereau de rétractation dans un contrat de crédit à la consommation : de la clause-couperet à la clause-indice ^{158r7}

Ghislain POISSONNIER
Magistrat

Les prêteurs insèrent fréquemment dans les contrats de crédit à la consommation une clause selon laquelle l'emprunteur reconnaît s'être vu remettre un contrat doté d'un bordereau détachable de rétractation. La Cour de cassation considérait depuis une dizaine d'années que cette clause de reconnaissance signée par l'emprunteur pouvait valoir preuve de la remise dudit bordereau. Elle vient d'indiquer, dans un récent revirement d'inspiration européenne, que cette clause ne constitue qu'un indice de cette remise, indice qu'il incombe au prêteur de corroborer par un ou plusieurs éléments complémentaires. Ce revirement conduira sans doute les prêteurs à revenir à la pratique d'un contrat de crédit à la consommation établi en double original identique, contenant chacun un formulaire détachable de rétractation.

Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2020, n° 19-18971

La Cour :

(...)

1. Selon l'arrêt attaqué (Pau, 29 novembre 2018), suivant acte du 5 février 2013, la société Cetelem, aux droits de laquelle vient la société BNP Paribas Personal Finance (la banque), a consenti à M. X (l'emprunteur) un crédit à la consommation.

2. À la suite d'échéances demeurées impayées et du placement sous curatelle de l'emprunteur, prononcé par jugement du 18 février 2015, la banque l'a, par actes des 8 et 9 juin suivants, assigné ainsi que l'UDAF des Hautes-Pyrénées, prise en qualité de curateur (le curateur), en paiement du solde du prêt. L'emprunteur a notamment demandé que la banque soit déchue de son droit aux intérêts, en l'absence de remise du bordereau de rétractation prévu à l'article L. 311-12 du Code de la consommation.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, ci-après annexé

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du Code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est ma-

nifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le second moyen

Énoncé du moyen

4. L'emprunteur et l'UDAF, ès qualités, font grief à l'arrêt de rejeter la demande de déchéance du droit aux intérêts et de condamner le premier au paiement d'une certaine somme à la banque, alors « qu'il appartient au prêteur de rapporter la preuve qu'il a remis à l'emprunteur le formulaire de rétractation détachable visé par l'article L. 311-12 du Code de la consommation ; que, si l'existence d'une clause au sein de l'offre de prêt aux termes de laquelle l'emprunteur reconnaît avoir reçu le formulaire de rétractation peut être considérée comme un indice, il appartient à l'emprunteur d'établir d'autres éléments à l'effet de prouver la remise effective du bordereau de rétractation ; qu'en décidant que le seul fait que l'emprunteur ait reconnu, à travers une clause de l'offre de prêt, la remise du bordereau permettait de présumer la réalité de la remise du bordereau sans constater l'existence d'autres éléments de nature à corroborer la réalité de l'exécution de son obligation par l'emprunteur, la cour d'appel a violé les articles L. 311-12 et L. 311-48

du Code de la consommation, pris en leur rédaction applicable à la cause. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 311-12 et L. 311-48 du Code de la consommation, dans leurs rédactions antérieures à celles issues de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 :

5. Il résulte de ces textes que, pour permettre à l'emprunteur d'exercer son droit de rétractation, un formulaire détachable est joint à son exemplaire du contrat de crédit et que le prêteur qui accorde un crédit sans remettre à l'emprunteur un contrat comportant un tel formulaire est déchu du droit aux intérêts en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.

6. Ces dispositions sont issues de la transposition par la France de la directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive n° 87/102/CEE.

7. Par arrêt du 18 décembre 2014 (CA Consumer Finance, C-449/13), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que les dispositions de la directive précitée doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce qu'en raison d'une clause type, le juge doive considérer que le consommateur a reconnu la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur, cette clause entraînant ainsi un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations de nature à compromettre l'effectivité des droits reconnus par la directive n° 2008/48 (point 32).

8. L'arrêt de la Cour précise qu'une clause type figurant dans un contrat de crédit ne compromet pas l'effectivité des droits reconnus par la directive n° 2008/48 si, en vertu du droit national, elle implique seulement que le consommateur atteste de la remise qui lui a été faite de la fiche d'information européenne normalisée (point 29). Il ajoute qu'une telle clause constitue un indice qu'il incombe au prêteur de corroborer par un ou plu-

sieurs éléments de preuve pertinents et que le consommateur doit toujours être en mesure de faire valoir qu'il n'a pas été destinataire de cette fiche ou que celle-ci ne permettait pas au prêteur de satisfaire aux obligations d'informations précontractuelles lui incombant (point 30). Selon le même arrêt, si une telle clause type emportait, en vertu du droit national, la reconnaissance par le consommateur de la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur, elle entraînerait un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations de nature à compromettre l'effectivité des droits reconnus par la directive n° 2008/48 (point 31).

9. Il s'ensuit qu'il incombe au prêteur de rapporter la preuve de ce qu'il a satisfait à ses obligations précontractuelles et que, contrairement à ce qu'a précédemment jugé la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2013, n° 12-14122 : Bull. 2013, I, n° 7), la signature par l'emprunteur de l'offre préalable comportant une clause selon laquelle il reconnaît que le prêteur lui a remis le bordereau de rétractation constitue seulement un indice qu'il incombe à celui-ci de corroborer par un ou plusieurs éléments complémentaires.

10. Pour rejeter la demande de déchéance du droit aux intérêts formée par l'emprunteur, l'arrêt énonce que la reconnaissance écrite par celui-ci, dans le corps de l'offre préalable, de la remise d'un bordereau de rétractation détachable joint à cette offre laisse présumer sa remise effective et que l'emprunteur n'apporte pas la preuve de l'absence de remise du bordereau de rétractation par le prêteur ou à défaut de son caractère irrégulier.

11. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Par ces motifs, la Cour :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il condamne M. X à payer à la société BNP Personal Finance la somme de 23 687,71 euros à titre principal avec intérêts au taux contractuel de 6,69 % à compter du 18 février 2015, l'arrêt rendu le 29 novembre

2018, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ; Remet, sur ce point, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

(...)

NOTE

Par contrat de crédit à la consommation conclu en 2013, une société de crédit accorde à un particulier un prêt personnel au taux conventionnel de 6,69 %. Plusieurs mensualités demeurant impayées, l'organisme prêteur met en demeure le particulier de lui rembourser la somme de 23 687 € puis l'assigne devant le tribunal d'instance de Tarbes en paiement de ce solde du prêt en capital et intérêts. En défense, le consommateur sollicite du juge le prononcé de la déchéance du prêteur de son droit aux intérêts au motif qu'il ne prouve pas la remise d'une offre préalable de crédit dotée d'un bordereau détachable de rétractation. Par jugement du 8 novembre 2016, le tribunal tarbais fait droit à la demande en paiement. Le 29 novembre 2018, la cour d'appel de Pau confirme le jugement et condamne le particulier à payer à la banque la somme de 23 687 €, avec intérêts au taux conventionnel. Tant en première instance qu'en appel, les juges rejettent la demande de déchéance du droit aux intérêts tirée de l'irrégularité de l'offre tenant au défaut de preuve de la présence d'un bordereau de rétractation. Les juges du fond considèrent que la reconnaissance écrite par l'emprunteur, dans le corps de l'offre préalable, de la remise d'un bordereau de rétractation détachable joint, laisse présumer sa remise effective, alors que l'emprunteur n'apporte pas la preuve de l'absence de remise du bordereau ou, à défaut, de son caractère irrégulier.

Un pourvoi en cassation est formé sur ce point par l'emprunteur. Dans un arrêt du 21 octobre 2020¹, la Cour casse l'arrêt de la cour d'appel de Pau au motif que

le raisonnement retenu par les juges du fond entre en contradiction avec les articles L. 311-12 et L. 311-48 du Code de la consommation, dans leurs rédactions antérieures à celles issues de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du Code de la consommation².

En droit du crédit à la consommation, c'est bien évidemment au professionnel, à savoir à l'organisme prêteur, d'apporter la preuve de la régularité de l'offre qu'il soumet au juge pour obtenir le paiement du capital et des intérêts. Faute d'apporter cette preuve, il est déchu du droit aux intérêts et n'obtient que le paiement du capital restant dû. C'est donc au prêteur d'apporter la preuve que l'offre contient bien un formulaire détachable de rétractation. La question de la charge de la preuve de la présence de ce bordereau ne semble pas soulever de difficultés.

Se pose toutefois une question pratique : sous quelle forme la preuve de la présence du bordereau peut-elle être apportée ? Tenu de fournir au consommateur ce formulaire, le professionnel du crédit prévoit souvent dans le contrat une clause au titre de laquelle l'emprunteur reconnaît l'avoir reçu. Elle est en général libellée de la façon suivante : « Je reconnais rester en possession d'un exemplaire de cette offre doté d'un formulaire détachable de rétractation ». Des variantes existent quant à la formulation mais cette clause pré-imprimée figurant dans l'offre est en général située immédiatement au-dessus de la signature de l'emprunteur et vise à permettre au prêteur de se dispenser de produire un exemplaire comprenant ledit bordereau ou une copie de l'exemplaire remis à l'emprunteur. Or, comme le notait Sâmî Hazoug, « si l'objet d'une telle stipulation est clair, il n'en est pas de même de son

1) Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2020, n° 19-18971 : Lexbase Hebdo 5 nov. 2020, n° 842, note J. Lasserre-Capdeville.

2) Les anciens articles L. 311-12 et L. 311-48 du Code de la consommation sont devenus les articles L. 312-21 (sur le bordereau de rétractation) et L. 341-4 (sur la déchéance du droit aux intérêts en cas de violation des dispositions de l'article L. 312-21) du même code.

exact effet »³. Quelle est la portée de la clause attestant de la remise du bordereau ? C'est à cette question que répond la Cour de cassation dans son arrêt du 21 octobre 2020.

Il convient cependant de rappeler que ce contentieux abondant relatif à la preuve de l'existence du bordereau de rétractation dans une offre de crédit à la consommation pourrait être simplifié et apuré si les organismes prêteurs établissaient des exemplaires de contrats de crédit, en tous points identiques pour chacune des parties⁴, conformément aux prescriptions de l'article 1375 du Code civil (ancien article 1325)⁵. Nombre de professionnels du crédit s'en dispensent. D'après ce qu'ils avancent, ils établissent le contrat de crédit en exemplaires distincts, l'un comprenant un bordereau qui est remis à l'emprunteur et l'autre qui n'en comprend pas et qu'ils conservent. Ce dernier exemplaire est produit en cas de contentieux et évidemment, il suscite la circonspection, car il ne comporte pas de bordereau. Or le juge, garant de la loi, est tenu de s'assurer de la conformité du contrat aux dispositions du Code de la consommation. En l'absence d'offre contenant un bordereau, son office lui impose de soulever cette irrégularité⁶ puis de la sanctionner⁷. L'existence d'une clause de reconnaissance de remise d'une offre dotée d'un bordereau vise à pallier cette absence. Il serait pourtant simple, pour le prêteur, de rassurer le juge en produisant un exemplaire de l'offre identique à celui remis à l'emprunteur. Cela per-

mettrait également au prêteur de prouver la régularité du bordereau⁸. Certains professionnels du crédit procèdent ainsi et démontrent la régularité de l'offre sur ce point. Pourquoi les autres ne le font-ils pas ? Le mystère reste entier et nourrit un contentieux abondant et répétitif, que l'arrêt du 21 octobre 2020 ne va pas contribuer à tarir.

I. La clause pré-imprimée de reconnaissance devenue un couperet

En France, le droit du crédit à la consommation trouve ses origines dans la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, dite loi *Scrivener I*, qui organisait un formalisme impératif des offres préalables de crédit. Le droit du crédit à la consommation prévoyait dès son origine, au bénéfice de l'emprunteur, un droit de rétractation pendant un délai de 7 jours. Afin de permettre l'exercice de ce droit de « repentir » par l'emprunteur, un formulaire détachable devait être joint à son exemplaire du contrat de crédit⁹. Déjà, dans les années 80 et 90, des organismes prêteurs soutenaient, pour échapper à la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, qu'ils n'avaient pas à produire un double original identique de l'offre et qu'une mention de reconnaissance de la remise de l'offre suffisait. Cet argument n'emportait en général pas la conviction des juges d'instance. Les juges d'appel se montraient plus sensibles à l'argument. Ainsi, la cour d'appel de Douai a estimé en 1999, dans une espèce où l'exemplaire produit par le prêteur ne comportait pas de formulaire de rétractation que « la mention pré-imprimée signée par l'emprunteur reconnaissant avoir reçu une offre dotée d'un formulaire détachable de rétractation suffit à établir que cette offre était régulière »¹⁰. Le fait

3) S. Hazoug, « Le contentieux en matière de bordereau de rétractation », LPA 28 juill. 2017, n° 122f3, p. 16 à 19.

4) G. Biardeud et P. Florès, *Le contentieux du droit de la consommation*, vol. 1, 2005, éd. ENM, p. 31.

5) Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

6) C. consom., art. R. 632-1 ; voir aussi l'office du juge en droit de la consommation tel qu'il est conçu en droit européen : CJUE, 21 avr. 2016, n° C-377/14, Radlinger, pt 66. Il s'ensuit que la protection effective du consommateur ne pourrait être atteinte si le juge national n'était pas tenu d'apprécier d'office le respect des exigences découlant des normes de l'Union en matière de droit de la consommation (v., par analogie, arrêt CJUE, 4 oct. 2007, n° C-429/05, Rampion et Godard, pts 61 et 65).

7) C. consom., art. L. 311-48 ; v. aussi CJUE, 27 mars 2014, n° C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais.

8) Sa conformité au modèle type joint en annexe à l'article R. 312-9 du Code de la consommation.

9) Anciens articles L. 311-13, L. 311-15 et R. 311-6 du Code de la consommation : textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, fixée au 1^{er} mai 2011 pour les dispositions relatives au crédit à la consommation.

10) CA Douai, 28 oct. 1999 : Juris-Data n° 111116 ; RD bancaire et fin. 2000, n° 143.

que l'exemplaire du prêteur – rédacteur de l'offre – soit dépourvu de bordereau de rétractation laisse pourtant supposer que l'exemplaire de l'emprunteur n'en était pas non plus doté, et semble priver de portée ladite mention pré-imprimée. En outre, le prêteur doit justifier de la régularité du bordereau (en particulier de sa conformité au modèle-type de bordereau et par conséquent de la présence des mentions devant y figurer) et il ne peut le faire qu'en produisant son exemplaire de l'offre, ce qui suppose que ce dernier soit strictement identique à celui du client, raisonnement qui a été repris par la cour d'appel de Bordeaux en 1999¹¹. C'est dire si le problème n'a rien de nouveau¹².

Le droit du crédit à la consommation a connu une évolution notable à la suite de la transposition en droit interne de la directive n° 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs par la loi n° 2010-736 du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, dite loi *Lagarde*. Les articles 10 et 14 de la directive prévoient une faculté de rétractation. Ainsi, il n'y a guère eu d'évolution quant à l'exigence du bordereau¹³. Seul le délai de rétractation a été allongé à 14 jours¹⁴.

Ainsi le contrat doit être muni d'un formulaire détachable et ce dernier est établi conformément au modèle-type annexé à l'article R. 312-9 du Code de la consommation. Si ce bordereau est manquant, l'offre n'est pas conforme aux exigences légales et la déchéance du droit aux intérêts est encourue¹⁵. Le contrat lui-même doit mentionner « les conditions d'exercice » du droit de rétractation¹⁶, c'est-à-dire rappeler notamment les règles de computation de ce délai, telles qu'elles découlent des articles 641, alinéa 1, et 642, alinéas 1

et 2 du Code de procédure civile¹⁷ ; c'est rarement le cas, bien que la CJUE insiste sur « l'importance fondamentale du droit de rétractation » et la nécessité d'en mentionner de façon claire et concise les éléments, au premier rang desquels figure la période précise durant laquelle ce droit peut être exercé¹⁸.

Mais la loi *Lagarde* n'a pas pour autant réglé la question de la preuve de la présence du formulaire détachable dans l'offre, question laissée à l'appréciation des tribunaux. La Cour de cassation a semblé accorder une portée probatoire importante à la clause quant à la preuve de l'existence du bordereau, mais relative quant à celle de la régularité du bordereau¹⁹. Cependant, elle a finalement retenu une approche favorable au prêteur. Dans un premier temps, tout en laissant au juge du fond une certaine marge d'appréciation, elle a validé un arrêt d'appel ayant exigé de l'emprunteur qu'il justifie du caractère erroné ou mensonger de la reconnaissance écrite et déduisant de la défaillance de l'emprunteur dans l'administration de cette preuve que l'offre était régulière sur ce point²⁰. Dans un second temps, elle a estimé que la reconnaissance écrite, par l'emprunteur, dans le corps de l'offre, de la remise d'un bordereau de rétractation détachable joint laissait présumer la remise effective de celui-ci, mais aussi la conformité de ce dernier aux exigences légales et réglementaires²¹. Plusieurs juridictions

11) CA Bordeaux, 11 mai 1999 : BICC 15 oct. 1999, n° 1147.

12) Voir pour un historique complet sur le sujet, G. Poissonnier, « Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes », D. 2012, p. 2567.

13) C. consom., art. L. 312-21.

14) C. consom., art. L. 312-19.

15) C. consom., art. L. 341-4.

16) C. consom., art. R. 312-10, 5°, b.

17) G. Biardeaud, « Contentieux judiciaire du crédit à la consommation : les crédits à la consommation », n° 119, in *Traité pratique du tribunal d'instance, service civil*, vol. 1, Berger-Levrault.

18) CJUE, 26 mars 2020, n° C-66/19, Kreissparkasse Saarlouis : D. 2020, p. 712, obs. G. Poissonnier.

19) Cass. 1^{re} civ., 22 sept. 2011, n° 10-30828 : Contrats, conc. consom. 2011, comm. 268, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 3 nov. 2011, n° 17577, p. 12 et s., note G. Poissonnier et Gaz. Pal. 1^{er} déc. 2011, n° 17925, p. 16-17, obs. S. Piédelièvre ; D. 2011, p. 2716, note V. Wittmann ; RD bancaire et fin. 2011, comm. 194, obs. N. Mathey.

20) Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-17595 : LPA 5 nov. 2012, p. 7 à 9, obs. J. Lasserre Capdeville ; D. 2012, AJ, p. 1950, obs. V. Avena-Robardet et D. 2012, p. 2567, note G. Poissonnier ; JCP E 2012, 1606, note E. Bazin.

21) Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2013, n° 12-14122 : Bull. civ. I, n° 7 ; JCP G 2013, 106, n° 5, note J. Lasserre Capdeville ; LPA 4 nov. 2013, p. 10-11, obs. N. Éréséo ; D. 2013, p. 236, obs. V. Avena-Robardet et D. 2013, p. 1329, note G. Poissonnier ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. 92, obs. G. Raymond ; RTD com. 2013, p. 832, obs. D. Legeais ; LEDB mars 2013, n° 018, p. 1, obs. R. Routier.

du fond se sont prononcées de la même manière²², même si une importante part des tribunaux d'instance a jugé dans le sens inverse. Selon eux, le prêteur doit pouvoir justifier de l'existence de ce formulaire et de sa conformité aux prescriptions réglementaires, et à défaut s'expose à la déchéance du droit aux intérêts²³.

Il y avait, en effet, des motifs de résistance à la position de la Cour de cassation²⁴. Premièrement, le raisonnement de la Cour revenait à déduire d'un élément de fait – la remise du bordereau – un élément de droit – la régularité du bordereau²⁵. Deuxièmement, la solution consacrait un double renversement de la charge de la preuve : en retenant une présomption de présence du bordereau de rétractation et une présomption de régularité du bordereau, elle faisait peser sur l'emprunteur une charge de la preuve incombant normalement, dans un contentieux de consommation, au professionnel²⁶. Troisièmement, elle attribuait cette présomption à une clause à la légalité douteuse, qui visait, dans un contrat d'adhésion, à dispenser le professionnel de ses obligations. Quatrièmement, cette solution paraissait aller à l'encontre de la jurisprudence traditionnelle voulant que c'est à celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information qu'il revient de prouver l'exécution de cette obligation²⁷. Cinquièmement, elle aboutissait à faire de cette mention pré-imprimée une clause-couperet, liant

le juge et étouffant tout débat sur l'existence du bordereau dans l'offre et sa régularité. Ces inconvénients rendaient la solution peu satisfaisante.

II. La clause pré-imprimée de reconnaissance redevenue un indice

Avec l'arrêt du 21 octobre 2020, le débat sur la présence du bordereau dans le contrat redevient possible devant le juge. Selon la première chambre civile, « la signature par l'emprunteur de l'offre préalable comportant une clause selon laquelle il reconnaît que le prêteur lui a remis le bordereau de rétractation constitue seulement un indice qu'il incombe à celui-ci de corroborer par un ou plusieurs éléments complémentaires »²⁸. La cassation intervient parce que la cour d'appel de Pau a déduit de cette clause signée la présence du bordereau. Or cette clause ne constitue qu'un indice et non une preuve absolue. En résumé, cette clause ne lie pas le juge et ne lui permet pas de déduire la présence du bordereau. La Cour de cassation cite abondamment l'arrêt *Consumer Finance* rendu en 2014²⁹ par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à propos de la clause pré-imprimée de remise de la fiche d'informations précontractuelle pour expliquer son changement de position.

Selon la CJUE, les dispositions de la directive n° 2008/48 s'opposent au fait que, en raison d'une clause-type, le juge doit considérer que le consommateur a reconnu la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur, cette clause entraînant ainsi un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations, ce qui est de nature à compromettre l'effectivité des droits reconnus par la directive³⁰. En 2014,

22) V. par ex., CA Bordeaux, 13 mars 2014, n° 13/00322 ; CA Lyon, 10 avr. 2014, n° 13/01521 ; LPA 1^{er} août 2014, p. 8-9, obs. J. Lasserre Capdeville – CA Grenoble, 13 janv. 2015, n° 12/04304 ; LPA 1^{er} juin 2015, p. 8-9, obs. J. Lasserre Capdeville – CA Grenoble, 29 mars 2016, n° 14/05338 ; CA Rouen, 2 juin 2016, n° 15/01478.

23) V. par ex., TI Rennes, 19 mai 2016 : *Contrats. conc. consom.* 2016, comm. 203, S. Bernheim-Desvaux – TI Saint-Brieuc, 12 déc. 2016, n° 11-15-343 ; TI Clermont-Ferrand, 10 déc. 2018, n° 18-751 et 5 mars 2019, n° 18-1450 : ces quatre jugements écartent la clause de reconnaissance de remise du bordereau de rétractation au motif que cela n'établit en rien la remise d'un bordereau régulier.

24) V. notamment, N. Éréséo, LPA 4 nov. 2013, p. 11, n° 8 et s.

25) G. Poissonnier, D. 2013, p. 1329.

26) S. Hazoug, « Le contentieux en matière de bordereau de rétractation », LPA 28 juill. 2017, n° 122f3, p. 16 à 19.

27) Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997, n° 95-16923 : *Bull. civ. I*, n° 356 ; RTD civ. 1999, p. 83, obs. J. Mestre.

28) Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2020, n° 19-18971.

29) CJUE, 18 déc. 2014, n° C-449/13, *Consumer Finance* : LPA 1^{er} juin 2015, p. 9-10, obs. N. Éréséo ; D. 2015, p. 715, note G. Poissonnier ; D. 2015, Pan., p. 594, obs. H. Aubry ; RTD com. 2015, p. 138, obs. D. Legeais ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 75, obs. G. Raymond ; *Banque et droit* 2015, p. 30, obs. T. Bonneau.

30) CJUE, 18 déc. 2014, n° C-449/13, pt 32.

le juge européen a énoncé qu'une telle clause constitue un indice qu'il incombe au prêteur de corroborer par un ou plusieurs éléments de preuve pertinents et que le consommateur doit toujours être en mesure de faire valoir qu'il n'a pas été destinataire du document ou que celui-ci ne permettait pas au prêteur de satisfaire aux obligations d'informations qui lui incombent³¹.

Depuis l'arrêt *Consumer Finance*, nombre de juridictions d'instance ont appliqué cette solution et n'ont pas reconnu à la clause pré-imprimée de valeur probatoire suffisante pour établir la remise d'un document obligatoire. Ils en ont ainsi déduit que, faute d'autres éléments, le prêteur n'apportait pas la preuve de la remise de la fiche d'informations précontractuelles³² et devait être déchu de son droit aux intérêts³³.

La Cour de cassation est venue dire à son tour, par une décision du 5 juin 2019³⁴, que la signature par l'emprunteur d'une clause-type de reconnaissance de la remise de la fiche d'informations précontractuelles ne permet pas de faire la preuve que la fiche en question lui a été remise et par conséquent de justifier du respect par le prêteur de son obligation d'information. La signature de la clause-type ne constitue, dans tous les cas, qu'un « indice » que le prêteur doit conforter par un ou plusieurs éléments de preuve pertinents. Cette évolution a logiquement eu des effets concernant le bordereau de rétractation. S'inspirant

de la jurisprudence européenne, des juridictions ont estimé que la mention pré-imprimée selon laquelle l'emprunteur reconnaît avoir reçu un exemplaire du contrat doté d'un formulaire détachable de rétractation est insuffisante³⁵. Il en est de même pour la clause-type quant à la remise de notice d'assurance³⁶. Pour autant, cette jurisprudence ne faisait pas encore l'unanimité parmi les cours d'appel. Quelques arrêts continuaient ainsi à estimer que la jurisprudence *Consumer Finance* n'était pas applicable au bordereau de rétractation, mais devait se limiter à la fiche précontractuelle d'informations³⁷. Une clarification était donc nécessaire et l'arrêt du 21 octobre 2020 viendra aider à une uniformisation de la jurisprudence.

S'agit-il pour autant d'une solution favorable aux consommateurs ? Il convient sans doute de répondre par la négative. Il s'agit plutôt d'une solution équilibrée, et ce pour au moins deux raisons. D'une part, l'organisme prêteur peut toujours se prévaloir de la clause pré-imprimée signée par l'emprunteur. La Cour de cassation se contente de dire que cela ne suffit plus pour rapporter la preuve de la présence du bordereau et emporter ainsi la conviction du juge. Il appartient au prêteur de produire d'autres éléments ou indices en ce sens. Il peut notamment produire le bordereau accompagnant les doubles originaux des offres que les juges d'instance ont réclamés en vain pendant des années et que les prêteurs refusent bien souvent de produire. Il peut, à défaut, produire une copie de l'exemplaire remis à l'emprunteur. Il peut, enfin, produire une attestation de son employé ayant remis l'exemplaire à signer.

D'autre part, la Cour de cassation n'a pas écarté toute portée probatoire à la clause

31) CJUE, 18 déc. 2014, n° C-449/13, pt 30.

32) C. consom., art. L. 312-12.

33) TI Douai, 30 juill. 2014 : D. 2014, p. 1933, obs. G. Poissonnier – TI Aubervilliers, 18 oct. 2016 : D. 2016, p. 2277, obs. G. Poissonnier – TI Montluçon, 4 juill. 2018 : D. 2018, p. 1485, obs. G. Poissonnier – TI Puy-en-Velay, 7 mars 2018, n° 11-17-000386. Les juges ont estimé, en se fondant sur le droit européen (CJUE, 18 déc. 2014, n° C-449/13, *Consumer Finance* : D. 2015, p. 715, note G. Poissonnier ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 75, G. Raymond) que la mention figurant au contrat selon laquelle l'emprunteur reconnaît s'être vu remettre par le prêteur ladite fiche ne démontre ni la réalité de la remise, ni le respect de la régularité du contenu de la fiche.

34) Cass. 1^{er} civ., 5 juin 2019, n° 17-27066 : D. 2019, AJ, p. 1746, note G. Poissonnier ; *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 149, obs. C. Berheim-Desvaux ; *RD bancaire et fin.* 2019, comm. 118, obs. N. Mathey ; LPA 20 oct. 2020, n° 154p8, p. 8-9, note L. Andreu.

35) V. par ex., CA Riom, 25 nov. 2015, n° 14/01230 : LPA 9 janv. 2017, n° 122a2, p. 11-12, obs. N. Éréséo ; LEDB févr. 2016, n° 030, p. 7, obs. J. Lasserre Capdeville – CA Amiens, 13 sept. 2018, n° 16/04376 ; CA Saint-Denis-de-la-Réunion, 1^{er} mars 2019, n° 17/00559 ; CA Rouen, ch. prox., 19 avr. 2018, n° 17/02867.

36) V. par ex. TI Puy-en-Velay, 2 oct. 2019, n° 11-19-000183.

37) CA Grenoble, 26 juin 2018, n° 16/03873 ; CA Douai, 20 juin 2019, n° 17/00450 ; CA Colmar, 25 mars 2019, n° 17/05155.

pré-imprimée. Or la question de la légalité de cette clause reste entière. Elle a été conçue clairement dans le but d'aménager la preuve dans un sens favorable au professionnel, alors que la loi lui fixe l'obligation de présenter des contrats de crédit conformes à la réglementation³⁸. Elle devrait donc, en toute logique, être considérée comme abusive en ce qu'elle a pour effet d'« imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat »³⁹. Pour l'instant, la jurisprudence ne s'est pas engagée sur cette voie.

38) V. en ce sens, D. Legeais, RTD com. 2015, p. 138.

39) C. consom., art. R. 212-1, 12°.

En définitive, ce revirement de la Cour de cassation est le bienvenu, même s'il est sans doute intervenu trop tardivement. D'une manière générale, la Cour de cassation tarde à donner au droit de la consommation toute sa portée. Sur le fond, elle l'interprète souvent de manière formaliste, sans en tirer l'essence consumériste. Sur le plan procédural, elle peine à consacrer un office du juge dynamique, au service de l'application de la loi et de la protection des consommateurs. Peut-on espérer voir un jour la Cour de cassation non plus suivre la CJUE, mais au contraire procéder à une interprétation dynamique du droit de la consommation susceptible d'inspirer la CJUE ?

Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 18 (Suite et fin) ^{160a0}

Par le Centre de recherche droits et perspectives du droit (CRDP) (EA 4487) – L'ERADP
de l'université de Lille 2 Droit et Santé

Pour commémorer le 30^e anniversaire de la ratification française de la convention internationale des droits de l'enfant (7 août 1990), quoi de mieux que de vérifier, dans l'actualité récente, l'effectivité de la fameuse « considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant » de l'article 3-1 de ladite convention dans l'exercice des fonctions gouvernementale, réglementaire et législative confondues. Qu'elle soit affichée ou tue, cette considération est tantôt secondaire, tantôt prioritaire, selon une ligne de fracture dont on peut induire une nouvelle distinction, selon que l'enfant est un « paria » ou une « victime ».

PLAN

Dans ce numéro :

- II. L'intérêt supérieur de l'enfant victime : une considération primordiale
 - B. La modularité renforcée des mesures judiciaires de protection de l'enfant
 - 3. L'office du juge en matière de droit de visite médiatisé sur l'enfant placé auprès d'un service « gardien »
 - C. L'enfant témoin de violences contre l'un de ses parents : un mauvais traitement au sens de l'article 3 de la convention EDH
 - D. L'usage non contractuel de l'image de l'enfant, victime d'une atteinte à son droit à l'image
 - 1. L'autorisation préalable d'utiliser l'image de l'enfant
 - 2. L'autorisation périmée d'utiliser l'image de l'enfant

NDLR : V. 1^{re} partie in LPA 8 mars 2021, n° 154h3 ; 2^e partie in LPA 9 mars 2021, n° 159z8 et 3^e partie in LPA 10 mars 2021, n° 159z9.

NDA : Ont contribué à cette chronique : Delphine Autem, professeur en droit privé à l'université de Lille, CRDP-L'ERADP ; Nadia Beddiar, MCF en droit public à l'université Catholique de Lille, chercheur associé au CERAPS (UMR CNRS 8026) ; Christine Desnoyer, MCF en droit privé à l'université de Lille, CRDP-L'ERADP ; Michel Dupuis, professeur en droit privé à l'université de Lille, CRDP-L'ERADP ; Frédérique Le Doujet-Thomas, MCF en droit privé à l'université de Lille, CRDP-L'ERADP ; Anne Jennequin, MCF en droit public à l'université d'Artois, Centre Droit Ethique et procédures (EA 2471) ; Alexandre Lucidarme, doctorant en droit privé, CRDP-L'ERADP ; Amélie Niemiec, docteur en droit privé, CRDP-L'ERADP ; Cathy Pomart, MCF en droit privé à l'université de La Réunion, Centre de Recherche Juridique (EA 14).

II. L'intérêt supérieur de l'enfant victime : une considération primordiale

B. La modularité renforcée des mesures judiciaires de protection de l'enfant

3) L'office du juge en matière de droit de visite médiatisé sur l'enfant placé auprès d'un service « gardien »

Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020, nos 18-25313 et 18-25894¹. Les premiers arrêts de la Cour de cassation concernant les visites médiatisées² rendus en application des derniers changements induits par la loi de 2016 relative à la protection de l'enfant et ses décrets d'application³ viennent de tomber et la Cour de cassation a tenu à le faire savoir puisque ces deux arrêts sont publiés au *Bulletin* mais également sur le site internet de la Cour. Dans le premier arrêt⁴, deux enfants avaient été confiés au service de l'Aide sociale à l'enfance, sur décision du juge des enfants. Le magistrat avait néanmoins accordé à la mère des mineurs un droit de visite libre et également un droit de visite médiatisé, conformément à l'article 375-7 du Code civil. Dans sa décision, le magistrat n'avait pas fixé la fréquence des visites médiatisées ; celui-ci indiquant simplement que les modalités devaient être fixées en concertation avec le service gardien des enfants et qu'en cas de difficultés, il pourrait être saisi. La mère des enfants conteste le jugement en raison de cette absence de précisions. La cour d'appel confirme l'ordonnance du juge des enfants. Aussi, la requérante va former un pourvoi en cassation. Bien que l'arrêt

d'appel soit cassé, la cour régulatrice valide la décision du juge des enfants quant au droit de visite médiatisé ; ce n'est que le raisonnement concernant le droit de visite libre qui subit les reproches des magistrats du Quai de l'Horloge. Dans le second arrêt, la mesure d'assistance éducative ordonnée par le juge des enfants au sujet de deux frères aménageait un droit de visite médiatisé au profit de chacun de leurs parents, précisant que ce droit s'exercera sous le contrôle du service de l'Aide sociale à l'enfance, gardien des mineurs et qu'en cas de difficultés, il pourra en être référé au juge. Contestant là aussi le manque de précisions de l'ordonnance du juge des enfants, la mère des mineurs va obtenir gain de cause devant la Cour de cassation. Il peut paraître curieux que l'une des affaires n'encourt pas les griefs de la Cour régulatrice sur les visites médiatisées alors que l'autre si. En réalité, cela montre la complexité entourant la mise en œuvre des visites médiatisées : si le législateur a entendu faire de preuve de souplesse considérant que les plus à mêmes de les organiser étaient la famille et le service gardien de l'enfant (a), il n'en demeure pas moins que le rôle du juge des enfants n'est pas effacé (b).

a) La prévalence accordée à l'entente entre la famille et le service gardien de l'enfant quant aux modalités du droit de visite médiatisé

La convention internationale des droits de l'enfant rappelle que l'enfant doit être séparé de ses parents contre leur gré seulement si cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'en cas de séparation, l'enfant doit être à même d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si son intérêt commande le contraire⁵. En droit français, ces principes sont repris à aux articles 375 et suivants du Code civil relatifs à l'assistance éducative qui prévoient d'une part, que chaque fois qu'il est pos-

1) Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020, nos 18-25313 et 18-25894 : Bull. civ. I ; Dr. famille 2020, comm. 52, p. 29, note Maria I. ; Lexbase févr. 2020, note Gouttenoire A. ; RJPf 2020, p. 36, note Corpart I.

2) Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020, nos 18-25313 et 18-25894 : Bull. civ. I ; Dr. famille 2020, comm. 52, p. 29, note Maria I. ; Lexbase févr. 2020, note Gouttenoire A. ; RJPf 2020, p. 36, note Corpart I.

3) L. n° 2016-297, 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfance : JO, 15 mars 2016 et D. n° 2017-1572, 15 nov. 2017, relatif aux modalités d'organisation de la visite en présence d'un tiers prévue à l'article 375-7 du Code civil : JO, 17 nov. 2017.

4) Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020, n° 18-25313 : Bull. civ. I ; Dr. famille 2020, comm. 52, p. 29, note Maria I. ; Lexbase févr. 2020, note Gouttenoire A. ; RJPf 2020, p. 36, note Corpart I.

5) CIDE, art. 9. D. n° 90-917, 12 oct. 1990, portant publication de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990 : JO, 12 oct. 1990, p. 12363.

sible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel⁶, et qu'en cas de placement chez une personne ou un établissement, ses parents conservent un droit de visite et d'hébergement⁷. Concrétisation du droit de la vie privée et familiale de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne veille à son respect par les autorités françaises⁸. Ce droit de visite peut être « libre » ou médiatisé, c'est-à-dire effectué avec la présence d'un tiers. Si les visites en présence d'un tiers datent de la loi de 2007⁹, il ne s'agissait pour le législateur que d'entériner la pratique des magistrats et des professionnels de l'enfance qui, pour protéger l'enfant confié à un parent violent, accompagner la reprise d'une relation parents-enfant ou encore travailler l'apprentissage du lien entre les protagonistes¹⁰, restreignaient parfois les droits de visite parentaux¹¹ sans pour autant les supprimer. Ces visites « sous surveillance »¹² ont été précisées par le décret de 2017¹³ pris en application de la loi de 2016¹⁴ : elles doivent être désormais spécialement motivées par le juge des enfants¹⁵ et une section complète du chapitre relatif aux droits des familles dans leurs rapports avec les ser-

vices de l'Aide sociale à l'enfance du Code de l'action sociale et des familles leur est désormais consacrée¹⁶. Le tiers, dont la présence est permanente ou intermittente, peut être un professionnel mais il ne s'agit pas d'une obligation¹⁷. En effet, il se peut que l'enfant ait déjà été confié par le juge des enfants à une personne physique telle que l'un des parents de l'enfant, un membre de sa famille ou un tiers digne de confiance auquel cas il apparaît que le juge des enfants attribuera vraisemblablement le rôle de tiers à l'accueillant. En revanche, quand il s'agit d'un tiers professionnel, le choix est laissé au service de l'Aide sociale à l'enfance ou à l'établissement auquel a été confié le mineur qui n'ont pas à en rendre compte au juge sauf s'il s'agit d'un espace de rencontre auquel cas ce dernier doit en être préalablement informé¹⁸. Les arrêts évoqués soulèvent le problème de la distribution des pouvoirs entre le juge des enfants et le service gardien du mineur : les textes concernant la médiatisation des visites, qui s'éloignent quelque peu des règles générales sur le droit de visite, auraient sans doute mérité plus de clarté. En effet, l'article 375-7 du Code civil, alinéa 5 prévoit que le juge des enfants doit fixer les modalités du droit de visite ce qui comprend leur nature (médiatisé ou non, assorti d'un droit d'hébergement ou non) et leur fréquence¹⁹ (nombre de fois par mois, par semaine, en alternance entre les deux parents...). Ainsi, le juge ne peut déléguer ses pouvoirs : il ne peut laisser ce droit de visite s'exercer « en concertation avec le service gardien »²⁰, au risque autrement de le laisser dépendre du bon vouloir des professionnels de la protection de l'enfance. En revanche, pour apporter un

6) C. civ., art. 375-2.

7) C. civ., art. 375-7, al. 4.

8) CEDH, 27 nov. 1992, n° 13441/87, *Olsson c/ Suède* : AJDA 1993, p. 105, note Flauss J.-F.

9) L. n° 2007-293, 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance : JO, 6 mars 2007, p. 4215.

10) Sur les aspects positifs du droit de visite médiatisé, v. Eschylle J.-F. et Huyette M., « Autorité parentale, assistance éducative, modalités, effets », JCl. Civil Code, fasc. 21, art. 371 à 387, spéc. n° 126.

11) Gebler L., « Encadrement du droit de visite des parents de l'enfant placé », AJ fam. 2017, p. 614. CA Amiens, 31 mai 2007, n° 07/00389 ; CA Amiens, 20 déc. 2007, n° 07/01784 ; CA Amiens, 28 févr. 2008, n° 07/02761. La Cour de cassation sanctionnait de telles pratiques considérant qu'il incombait au juge de définir la périodicité du droit de visite accordé au parent (Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 06-11674 : Bull. civ. I, n° 112 ; RTD civ. 2007, p. 329, note Hauser J. – Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, n° 07-13863).

12) Sur les difficultés générées par ce type de droit de visite : Neirinck C., « L'ambiguïté des visites médiatisées – le point de vue de l'universitaire », Dr. famille 2012, étude 18.

13) D. n° 2017-1572, 15 nov. 2017, relatif aux modalités d'organisation de la visite en présence d'un tiers prévue à l'article 375-7 du Code civil : JO, 17 nov. 2017. Sur ce décret, v. « Précisions sur les modalités d'organisation du droit de visite parental en présence d'un tiers », RJPF 2018, p. 39.

14) L. n° 2016-297, 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfance : JO, 15 mars 2016.

15) C. civ., art. 375-7, al. 4.

16) CASF, art. R. 223-29 à CASF, art. R. 223-31.

17) Sur cette possibilité, voir la critique opérée par : Denizot A., « L'organisation insouciant des visites en présence d'un tiers », RTD civ. 2018, p. 230.

18) CPC, art. 1199-2.

19) C. civ., art. 375-7, al. 4 et 5.

20) Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 98-05008 : Bull. civ. I, n° 297 ; D. 1999, p. 123, note Huyette M. ; Dr. famille 1998, comm. 198, note Murat P. – Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, n° 00-05070 – Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2015, n° 14-16511 : Bull. civ. I, n° 118 ; RJPF 2015, p. 41, note Corpart I. – Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2018, n° 17-15831 : RJPF 2018, p. 50, note Corpart I.

peu de souplesse au droit de visite, la loi de 2007 a permis au juge de décider que les conditions d'exercice seront déterminées de façon conjointe entre les parents de l'enfant et le service gardien dans un document qui lui est alors transmis et qu'il sera saisi de tout désaccord²¹. Les jours, heures et durée des droits de visite pourraient être décidées d'un commun accord par ces derniers. Ces dispositions qui s'appliquent au droit de visite libre ne sont pas applicables telles quelles aux visites médiatisées puisque ce même article 375-7 du Code civil évoque le fait que les modalités d'organisation de la visite en présence d'un tiers sont précisées par décret en Conseil d'État. Le législateur a été plus loin dans la liberté accordée au service gardien et aux parents de l'enfant, misant sans doute sur leur bonne volonté réciproque. Ainsi, l'article 1199-3 du Code de procédure civile dispose que « la fréquence du droit de visite en présence d'un tiers est fixée dans la décision judiciaire sauf à ce que, sous le contrôle du juge, les conditions d'exercice de ce droit soient laissées à une détermination conjointe entre le ou les parents et la personne, le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié ». D'une part, le texte vise la fréquence qui relèverait du juge des enfants et d'autre part, les conditions d'exercice du droit de visite médiatisé qui peuvent faire l'objet d'un accord mutuel. À la première lecture, le changement ne saute pas aux yeux et rappelle la règle du droit de visite libre. Il faut en réalité le coupler à l'article R. 223-30 du Code de l'action sociale et des familles qui prévoit que, « sauf dispositions contraires prévues par la décision judiciaire, la visite (médiatisée) s'effectue dans un lieu préalablement déterminé par la personne physique ou morale à qui l'enfant est confié en concertation avec le tiers (...). Le lieu, l'horaire et la fréquence des visites sont définis en prenant en compte l'âge, le rythme et les besoins de l'enfant, les disponibilités du ou des pa-

rents ainsi que les objectifs assignés à ces visites par le juge des enfants ». C'est ce texte qui permet d'évaluer toute la latitude laissée au service gardien dans l'organisation des visites en fonction de différents paramètres à évoquer avec les titulaires de l'autorité parentale. La Cour de cassation valide ce raisonnement dans le premier arrêt en date du 15 janvier 2020, affaire dans laquelle le juge des enfants n'avait pas fixé la fréquence du droit de visite médiatisé. Est-ce à dire alors que le juge des enfants n'a plus aucun rôle à jouer sur les conditions d'exercice du droit de visite ?

b) Le maintien de l'importance du rôle du juge des enfants quant aux modalités du droit de visite médiatisé

Au-delà du maintien du lien parents-enfant dans un format offrant la sécurité attendue pour le mineur, les visites en présence d'un tiers ont également de l'importance en termes de preuve pour le service gardien de l'enfant lorsqu'il s'agit de démontrer l'implication des parents envers leur enfant. Ainsi, en ce qui concerne la déclaration judiciaire de délaissement parental, l'article 381-2 du Code civil prévoit que la requête devra être transmise par le service de l'Aide sociale à l'enfance au terme d'un délai d'1 an, après que des mesures appropriées de soutien aux parents leur aient été proposées ; la charge de la preuve pesant sur le service départemental²². De même, pour solliciter une délégation forcée de l'autorité parentale, les services de protection de l'enfance devront apporter la preuve du désintérêt manifeste des titulaires de l'autorité parentale²³. Cette preuve pourra donc être fonction du fait qu'ils honorent ou non les droits de visite octroyés. Par conséquent, il ne faudrait pas que les modalités d'organisation des retrouvailles entre les parents et le mineur laissent à penser, à tort ou à raison, qu'elles ont été laissées à la

21) C. civ., art. 375-7, al. 5 et CASF, art. L.223-3-1. Le législateur a été plus exigeant sur le contenu de la décision judiciaire lorsque le droit de visite est fixé par le juge aux affaires familiales dans un espace de rencontre (C. civ., art. 1180-5).

22) Pour un arrêt où la preuve n'avait pas été apportée, v. CA Paris, 6 oct. 2016, n° 16/04118 : LPA 2 août 2017, n° 128r1, p. 7, note Niemic A. – À l'inverse : CA Aix-en-Provence, 14 mars 2017, n° 15/17131 : LPA 19 déc. 2018, n° 141n0, p. 6.

23) C. civ., art. 377 ; CA Paris, 13 oct. 2016, n° 16/00656 : LPA 2 août 2017, n° 128r1, p. 7, note Niemic A.

merci de l'arbitraire du service de l'Aide sociale à l'enfance²⁴, ce qui conduirait nécessairement à l'échec du rétablissement du lien parents-enfant. À ce propos, la Cour européenne des droits de l'Homme a pu rappeler que le comportement des services de protection de l'enfance ne devait pas faire échec au droit de visite décidé par les autorités judiciaires²⁵. La vigilance que doit opérer le juge des enfants sur l'accord mutuel est donc primordiale. Pouvoir s'en remettre à l'accord trouvé entre les deux parties ne signifie pas que le rôle du juge des enfants est occulté. En réalité, le juge des enfants doit opérer un contrôle sur l'entente trouvée et s'assurer qu'elle répond aux attentes et aux besoins de toutes les parties conformément à l'article R. 223-30 du Code de l'action sociale et des familles. C'est le rappel qu'a fait la Cour de cassation dans le second arrêt en date du 15 janvier 2020. En effet, dans cette affaire, le juge des enfants s'était contenté de renvoyer au contrôle du service gardien les modalités du droit de visite médiatisé. Ce laxisme est sanctionné par la cour régulatrice. Le juge des enfants peut s'en remettre à une détermination conjointe des conditions d'exercice du droit de visite médiatisée entre les parents et le service à qui les enfants avaient été confiés mais dans ce cas, il lui appartient de contrôler l'accord conclu, c'est ce qui avait sauvé de la cassation le droit de visite médiatisé du premier arrêt. En outre, le juge des enfants peut également décider de lui-même de la fréquence du droit de visite médiatisée : l'article 1199-3 du Code de procédure civile laissant d'ailleurs penser qu'il s'agit du principe et le renvoi à l'accord des parties l'exception. Ce n'est que si l'on couple cet article avec celui du Code de l'action sociale et des familles que l'on comprend la réelle alternative qui est laissée au juge des enfants. Il s'agira alors pour le magistrat de trouver un juste équilibre pour

assurer l'effectivité de ce moment privilégié entre les titulaires de l'autorité parentale et l'enfant dans les meilleures conditions possibles : il ne s'agit pas de déléguer son office mais de laisser de la souplesse au service gardien dans l'organisation de ces visites, qui est souvent le mieux à même de connaître les besoins de l'enfant. À défaut d'accord, la fixation des modalités reviendra alors au juge. Comme le souligne un auteur²⁶, le risque de ce dispositif réside dans le fait que les parties tardent à trouver un accord ou n'y parviennent pas, ce qui retardera la mise en œuvre du droit de visite médiatisé. De plus, évoquer la concertation paraît parfois illusoire en pratique : les parents souhaitant conserver un lien avec leur enfant risquent d'adhérer à la proposition qui leur est présentée de peur d'être privés de leur droit plutôt que d'entamer un véritable échange. C'est pourquoi le contrôle du juge des enfants sur l'accord amiable revêt toute son importance afin d'éviter un comportement discrétionnaire de la part des services de l'Aide sociale à l'enfance ; il devra vérifier qu'il s'agit d'une véritable concertation. Par ailleurs, il ne faut pas non plus oublier l'importance du rôle du juge des enfants quant à l'évolution du droit de visite qui pourrait devenir un droit de visite libre ou aboutir sur un hébergement par une nouvelle décision. Ce pouvoir appartient au seul magistrat qui pourra se servir notamment de l'analyse qui est exigée de la part du tiers professionnel lors des visites médiatisées sur les effets des visites sur l'enfant ainsi que sur la qualité et l'évolution de la relation entre l'enfant et son ou ses parents²⁷.

Au vu de la subtilité entourant les textes relatifs au droit de visite médiatisé, la publicité qu'a voulue la Cour de cassation concernant ces arrêts n'est donc pas inutile. Il paraît néanmoins regrettable que la Cour régulatrice ne se réfère qu'aux articles 375-7, alinéa 4 du Code civil et 1199-3

24) Gouttenoire A., « Le droit de visite des parents d'un enfant placé : droits et devoirs du juge des enfants », Lexbase, févr. 2020.

25) CEDH, 13 juill. 2000, n° 39221/98, Scozzari et Giunta c/ Italie : RTD civ. 2001, p. 439, note Marguénaud J.-P.

26) Gouttenoire A., « Le droit de visite des parents d'un enfant placé : droits et devoirs du juge des enfants », Lexbase, févr. 2020.

27) CASF, art. R.223-31.

du Code de procédure civile, le Code de l'action sociale et des familles étant souvent le grand oublié des juridictions civiles.

Amélie NIEMIEC

C. L'enfant témoin de violences contre l'un de ses parents : un mauvais traitement au sens de l'article 3 de la convention EDH

CEDH, 12 nov. 2019, A. c/ Russie, n° 37735/09. La Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt du 12 novembre 2019²⁸ a rendu une décision aux implications multiples s'agissant de l'angle « droits de l'enfant ». Les faits peuvent être exposés simplement. En effet, alors que le père de la requérante l'emmenait à l'école à l'occasion d'une fête de fin d'année, tôt le matin, il fut violemment arrêté par une unité spéciale de la police qui le soupçonnait de réaliser un trafic de drogues. En sortant de la voiture, le père fut attrapé par plusieurs hommes qui commencèrent à le frapper au sol. La requérante, qui était âgée de 9 ans à l'époque des faits, voulut intervenir en interpellant les policiers. L'un d'entre eux lui ordonna de rentrer dans la voiture, ce qu'elle fit et fut alors contrainte de regarder son père être frappé. Elle essaya de sortir de la voiture mais en fut empêchée par les policiers qui tenaient les portières. Elle réussit lors d'un moment d'inattention de ces derniers, à prendre la fuite et fut retrouvée en état de choc par son oncle, errant dans la rue, effrayée. L'événement entraîna de graves conséquences sur l'état de santé de la requérante : changement de comportement, grande fatigabilité, attaques de panique, réveils nocturnes, énurésie secondaire, problèmes de communication avec les autres enfants, et même troubles neurologiques et syndrome de stress post-traumatique. Différentes violations de droits conventionnellement garantis sont alléguées dans cette affaire. Seule nous intéressera celle relative à l'enfant au regard de l'article 3 de la convention européenne des

droits de l'Homme. Selon cette disposition, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Il s'agit d'un attribut inaliénable de la personne, consacrant un droit intangible et absolu²⁹, fondement d'une société démocratique. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en fait d'ailleurs un des éléments de la dignité humaine³⁰. On peut considérer que le droit à la vie et le droit à ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants de l'article 3 de la convention européenne ne constituaient pas les expressions juridiques du principe de la dignité de la personne³¹.

Dans l'affaire *A. c/ Russie*, la juridiction européenne constate que les autorités russes n'ont à aucun moment pris en considération les intérêts de la requérante dans la planification et l'exécution de l'arrestation de son père, alors qu'elle était mineure, que l'opération a été réalisée à proximité immédiate de l'école de l'enfant et que le père n'opposait aucune résistance. La Cour conclut à un manquement des autorités à prévenir les mauvais traitements subis par l'enfant et à la violation de l'obligation positive de l'État en vertu de l'article 3 de la convention (§ 68). Les juges considèrent également qu'il y a eu violation de l'article 3 dans la mesure où aucune enquête efficace n'a été menée à propos des événements dénoncés (§ 69). En revanche, bien que constatant la recevabilité de la plainte de la requérante au regard du droit au respect de la vie privée et familiale (pour non-respect de ses sentiments à l'égard de son père), la Cour considère que cette plainte est absorbée par la précédente et qu'il n'est donc pas nécessaire d'examiner s'il y a eu également violation de l'article 8 (§ 74). C'est par conséquent sur la reconnaissance d'une obligation positive de protéger les enfants exposés à la violence subie

28) Décision finale le 12 février 2020.

29) Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, 8^e éd., 2019, LGDJ, Manuel, n° 125.

30) V. chap. 1 « Dignité », art. 4 « Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

31) Dupre de Boulois X., « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », RDLF 2018, n° 13, spéc. 2^e partie.

par l'un de leurs parents que nous nous arrêterons quelques instants.

1°/ Tout d'abord, on notera que cette appréhension des violences policières sous le prisme de l'article 3 n'est pas inédite, aussi bien s'agissant de la personne faisant directement l'objet de l'arrestation par la police que par ses proches éventuellement présents. Ainsi dans une précédente décision du 15 octobre 2013, les juges de Strasbourg ont-ils pu rappeler que si l'article 3 n'interdit pas le recours à la force par les agents de police lors d'une interpellation, celle-ci doit être proportionnée et absolument nécessaire au vu des circonstances de l'espèce³². Or en ne tenant pas compte de la présence éventuelle des enfants mineurs, psychologiquement vulnérables en raison de leur jeune âge (5 et 7 ans)³³, dans la planification et l'exécution de l'intervention policière au domicile familial, à une heure matinale, par des agents spéciaux cagoulés, les autorités bulgares ont contribué à amplifier les sentiments de peur et d'anxiété des requérantes à tel point que le traitement infligé a dépassé le seuil de gravité exigé pour l'application de l'article 3 de la convention³⁴. L'arrêt *A. c/ Russie* rappelle, s'il le fallait, que les mineurs représentent des personnes particulièrement vulnérables³⁵, à côté des catégories traditionnelles que constituent les détenus et les étrangers³⁶, les personnes atteintes de troubles psychiatriques³⁷, voire les femmes dans un certain contexte de tolérance sociologique des violences conjugales³⁸. Ainsi à l'égard des enfants,

32) CEDH, 15 oct. 2013, n° 34529/10, *Gustanovi c/ Bulgarie*, § 125.

33) *Affaire Gustanovi c/ Bulgarie*, § 132.

34) *Affaire Gustanovi c/ Bulgarie*, § 134.

35) V. dans le domaine des agressions sexuelles : CEDH, 12 nov. 2013, n° 5786/08, *Söderman c/ Suède*, § 81.

36) Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, 8^e éd., 2019, LGDJ, Manuel, n° 131.

37) CEDH, 16 nov. 2017, n° 30059/15, *Boukrourou et a. c/ France*. V. sur cet arrêt : Achkouyan L., Lusson J. et Fazolo I., « affaire Boukrourou c/ France : nouvelle condamnation symptomatique d'une relation tourmentée entre forces de l'ordre et citoyens », RDH 2018, n° 3766.

38) CEDH, 9 juin 2009, n° 33401/02, *Opuz c/ Turquie*, § 160 : « La Cour estime que la requérante peut être considérée comme relevant de la catégorie des "personnes vulnérables" ayant droit à la protection de L'État (...) », compte tenu notamment « de la vulnérabilité des femmes dans le milieu social qui est le sien, à savoir celui du sud-est de la Turquie ».

la qualification de mauvais traitements peut être facilement caractérisée même s'ils ne sont pas les victimes directes.

2°/ L'arrêt suscite une deuxième observation. La méthode de raisonnement ici employée par la Cour européenne s'inspire de celle utilisée pour déterminer l'étendue croissante de la protection de l'article 2 de la convention consacrant le droit suprême qu'est le droit à la vie. En effet, la jurisprudence européenne a dégagé au fil des ans un cadre clair et simple : le droit à la vie n'implique pas simplement l'interdiction pour les États de donner volontairement la mort mais également l'obligation positive de garantir le droit à la vie par une législation pénale dissuasive et l'obligation positive de prendre des mesures préventives concrètes afin de protéger la vie des personnes³⁹, y compris lorsque le risque d'atteinte résulte d'actes de personnes privées ou représente une simple mise en danger de la vie d'autrui⁴⁰. On ne peut s'empêcher de penser à la jurisprudence qui s'est élaborée peu à peu dans le sens d'une protection accrue et « audacieuse »⁴¹ des femmes victimes de violences conjugales⁴². La méthode d'inspiration invite à prolonger la réflexion vers son exploitation pour protéger les enfants exposés aux violences conjugales. Ce n'était pas l'objet de cet ar-

39) Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, 8^e éd., 2019, LGDJ, Manuel, n° 103, 113 et s. ; Roets D., « Les obligations positives de punir dans le giron du principe de proportionnalité revisitée » (CEDH, 25 janv. 2018, n° 33349/10, *Sidiropoulos et Papakostas c/ Grèce*), RSC 2018, p. 179.

40) V. récemment : CEDH, 25 juin 2019, n° 41720/13, *Nicolae Virgiliu Tanase c/ Roumanie*. L'arrêt admet l'applicabilité de l'article 2 aux accidents de la route, tout en excluant l'applicabilité de l'article 3, les blessures même graves causées par l'accident de la route n'étant pas susceptibles d'atteindre le seuil de gravité requis. Boiteux-Picheral C., Husson-Rochongar C. et Afroukh M., « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – Premier semestre 2019 », RDLF 2019, n° 47, spéc. p. 5.

41) L'adjectif est emprunté à Vasseur-Lambry F., « L'engagement de la Cour européenne des droits de l'Homme contre les violences conjugales : quand protection rime avec efficacité », in *Penser les violences conjugales comme un problème de société*, 2018, Artois Presses Université, p. 85, spéc. p. 87. L'auteure relève en effet que « s'agissant des violences conjugales, le contenu des obligations mises à la charge des États est tel que les arrêts constituent en soi une sorte de cahier des charges, une feuille de route relativement précise ».

42) V. à propos de l'arrêt fondateur : CEDH, 9 juin 2009, n° 33401/02, *Opuz c/ Turquie*, § 160 : Marguenaud J.-P., « La prolifération des obligations positives de pénaliser : honte aux époux violents et haro sur les juges laxistes », RSC 2010, p. 2019 ; Ancel B., « Les violences conjugales saisies par le droit européen : évolution ou révolution ? », RTD eur. 2013, p. 701.

rêt qui ne concernait que la situation des enfants exposés aux violences policières subies par l'un de ses parents. Cependant, comme le fait remarquer Frédéric Sudre, la décision « offre d'intéressantes perspectives pour lutter contre les violences conjugales »⁴³. Ainsi sur le fondement de l'article 3 de la convention, l'on pourrait désormais contraindre les États à prévoir un arsenal pénal et civil efficace et rapide afin de protéger les enfants en premier lieu, et non plus de façon indirecte à travers la protection de la mère ou à travers la législation relative à la protection de l'enfance. L'impact des violences commises au sein du couple parental sur les enfants n'a été mise en évidence, en Europe francophone du moins, que depuis les années 2000⁴⁴. On a longtemps hésité sur la terminologie à privilégier : enfant témoin, enfant victime, enfant exposé⁴⁵, cette dernière expression ayant l'avantage d'identifier sans stigmatiser la présence des enfants dans un tel contexte. On peut aisément imaginer les potentialités d'une telle extension du domaine de l'article 3 de la convention avec la mise en œuvre du principe de subsidiarité et du principe de proportionnalité par les juridictions judiciaires et administratives françaises, et avec le développement contemporain du préjudice d'anxiété défini comme « la résonance psychique, à des degrés divers, du risque, voire du danger ressenti par la victime d'un dommage » ou par ses proches⁴⁶.

3°/ Notre troisième observation invite à la prudence cependant. En effet, la qualification de mauvais traitement trouvera certes à s'appliquer à la situation des enfants exposés aux violences commises par l'un de leurs parents (père ou beau-père le plus souvent) en cas d'inaction des auto-

rités informées. Les retentissements psychologiques (syndrome de stress post-traumatique et souffrance psychologique, développement de troubles de la personnalité, etc.) justifiés par ces enfants pourront aisément être rattachés aux violences et caractériser une violation de l'article 3 de la convention européenne. Toutefois, dans le cas d'une intervention policière un peu trop violente pour protéger mères et enfants, l'on serait susceptible de se retrouver dans une situation analogue à celle de l'arrêt commenté. Le risque serait que l'on puisse alors reprocher aux autorités étatiques que les troubles ressentis par l'enfant ne résultent pas des violences exercées par le parent interpellé contre l'autre mais de la violence de l'intervention des forces de l'ordre. On peut espérer que cette pirouette de la réflexion demeura une pure vue de l'esprit et que la hiérarchie entre les intérêts lésés fasse prévaloir, en toute situation, l'intérêt supérieur de l'enfant.

Frédérique LE DOUJET-THOMAS

D. L'usage non contractuel de l'image de l'enfant, victime d'une atteinte à son droit à l'image

CA Paris, 19 mars 2019, n° 17/15450. L'arrêt de la cour d'appel de Paris, en date du 19 mars 2019, est une illustration classique des conséquences judiciaires d'une utilisation de photographies d'enfants dans des conditions excédant l'autorisation contractuellement consentie. Ce qui est moins classique, et qui méritait d'être relevé au besoin pour le réaffirmer, c'est que l'usage des clichés au-delà de la durée contractuelle de l'autorisation constitue également une atteinte au droit à l'image des enfants.

La société SINAC, une maison de prêt-à-porter spécialisée dans la fabrication et la vente de vêtements pour enfants, a fait appel à deux photographes pour réaliser des photographies d'enfants portant les vêtements de sa marque « ZEF » à des fins commerciales et publicitaires. Le choix des jeunes mannequins a été simple puisque les photographes ont sol-

43) CEDH, 12 nov. 2019, n° 37735/09, A. c/ Russie : « L'enfant victime collatérale de la violence subie par l'un de ses parents », zoom par Sudre F., JCP G 2019, 1267, spéc. n° 49.

44) Sadlier K., « L'enfant co-victime de la violence dans le couple », in *Violences conjugales et famille*, Coutanceau R. et Salmona M. (dir.), 2016, Dunod, p. 122.

45) Douieb G. et Coutanceau R., « L'enfant exposé aux violences conjugales, Repérage clinique et rôle de certains facteurs sur l'ampleur de leurs troubles », in *Violences conjugales et famille*, Coutanceau R. et Salmona M. (dir.), 2016, Dunod, p. 132.

46) Vignon-Barrault A., « L'anxiété : le regard d'un civiliste », *Resp. civ. et assur.* 2019, étude 4.

licité leurs propres enfants et ceux d'amis proches. Les droits d'exploitation sur les clichés ont été cédés par les photographes et les parents à la société SINAC pour une utilisation sous forme de cartes postales imprimées à 6 000 exemplaires et de tirages photo dans les magasins ZEF et sur internet, pour une durée d'1 an. Plus d'1 an après, les cédants se sont aperçus que ces photographies servaient de visuels pour la marque ZEF dans une campagne de publicité diffusée par e-mailing par la société Vente-Privée.com, ainsi que sur le site internet de cette société. Après avoir fait dresser un constat par exploit d'huissier, les photographes ont assigné la société SINAC devant le TGI de Paris en leur nom personnel pour contrefaçon mais aussi, tout comme les autres parents, au nom de leurs enfants mineurs représentés sur les photos litigieuses.

Le TGI de Paris, par un jugement rendu le 9 mars 2017, reconnaît une atteinte aux droits d'auteur des photographes dont il indemnise le préjudice patrimonial et moral, mais il les déboute, ainsi que les autres parents, sur le fondement de l'atteinte au droit à l'image des enfants mineurs. En appel, la cour de Paris va confirmer le jugement en ce qu'il reconnaît l'existence d'une contrefaçon des droits des photographes sur les clichés exploités au-delà des limites fixées par le contrat de cession mais va infirmer la décision des premiers juges quant au débouté des demandes des parents, en leur qualité d'administrateurs légaux des droits de leurs enfants mineurs, en réparation de l'atteinte à l'image de ces derniers.

La posture des premiers juges n'était pas totalement dénuée de fondement : on pourrait en effet penser qu'il n'y a aucune atteinte au droit à l'image dès lors qu'on exploite (mal) un cliché pour lequel une autorisation a été préalablement accordée (1) ; mais la cour d'appel fait preuve d'une rigueur bienvenue en jugeant que l'exploitation des droits faisant suite à une autorisation périmée était constitutive d'une atteinte à l'image (2).

1) L'autorisation préalable d'utiliser l'image de l'enfant

Si l'atteinte au droit d'auteur des photographes ne faisait en l'espèce aucun doute⁴⁷, la question de l'atteinte au droit à l'image pouvait se discuter.

On sait que l'atteinte à l'image est constituée par la réalisation non autorisée d'un cliché reproduisant les traits d'une personne⁴⁸, *a fortiori* lorsque cette image est par la suite exploitée à des fins commerciales⁴⁹. Le préjudice est double dans ce cas : il s'agit de réparer d'une part le dommage résultant du défaut d'autorisation de la captation de l'image, et d'autre part le préjudice lié à l'utilisation mercantile, sorte de circonstance aggravante de l'atteinte à l'image. Mais qu'en est-il lorsqu'une autorisation a été préalablement donnée moyennant une contrepartie financière et que seule la durée de l'usage commercial n'a pas été respectée ? Faut-il encore y voir une atteinte au droit à l'image ?

Les premiers juges ne le pensent pas. L'atteinte à l'image n'est pas caractérisée, selon eux, pour deux raisons. D'une part, les utilisations litigieuses ont été effectuées sans modification de l'image des enfants. Ici, l'accord avait été donné par les parents qui avaient consenti à ce que leurs enfants soient photographiés dans les poses et les circonstances définies par les termes de l'autorisation. Il ne s'agit donc que d'un simple réemploi des mêmes clichés. D'autre part, ces utilisations ont été faites exactement pour les

47) En l'espèce, outre l'exploitation non autorisée, les crédits photographiques avaient été à tort attribués à un tiers et les photographies avaient subi une dénaturation des couleurs initiales. Toutes ces atteintes constituaient une contrefaçon des droits moraux des auteurs, le droit à la paternité de l'œuvre et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, au sens de l'article L. 121-1 du CPI.

48) Sur la nécessité du consentement, CA Paris, 22 mars 1999 : Comm. com. électr. 1999, comm. 35, obs. Desgorces R. – CA Versailles, 21 mars 2002 : D. 2002, p. 2374, obs. Caron C. – TGI Paris, 19 nov. 2003 : Légipresse 2004, I, p. 23 ; TGI Paris, 5 janv. 2005 : Légipresse 2005, I, p. 53 – voire un consentement tacite, Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n^{os} 04-20715et 04-20715, X c/ Sté M6 : Bull. civ. I, n^o 139 ; D. 2006, p. 2703, obs. Marino L. ; JCP G 2006, IV 1739.

49) CA Rouen, 10 févr. 2010, n^o 10/002426 : LPA 2 juill. 2011, p. 18 et notre note – CA Paris, 27 févr. 2002, n^o 01/13713 : Légifrance ; sur l'ensemble de ces questions, Hassler Théo V., « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? », Légipresse 2007, p. 123, n^o 205.

mêmes fins : il s'agissait de promouvoir la marque ZEF, notamment sur internet, par une campagne de publicité utilisant les images des enfants. Les clichés ont été reproduits sur le site de la société Vente-Privée.com et par e-mailing, conformément à l'objet de l'autorisation expresse donnée par les parents, pour laquelle ils ont reçu une rémunération. En conséquence, il s'agit d'un usage pour un même objet et par le légitime bénéficiaire de l'autorisation. Le tribunal de grande instance en conclut alors que l'utilisation des droits cédés, conforme aux termes de l'autorisation donnée et contre rémunération, n'est pas susceptible de porter atteinte au droit à l'image tel que protégé par l'article 9 du Code civil. Aucune atteinte à la vie privée ne pourrait ici être alléguée, compte tenu de l'existence d'une autorisation expresse antérieure.

On pourrait se demander si le dépassement de la durée d'exploitation ne serait en définitive qu'une question d'exécution du contrat. Le non-respect de la durée d'exploitation des droits concédés est-il constitutif d'une faute contractuelle engageant la responsabilité de la société SINAC ? Le moyen, à juste titre, n'a pas été soulevé par les demandeurs. L'exploitation litigieuse ayant été menée en dehors des limites définies par le contrat, seule la responsabilité extracontractuelle pouvait être invoquée. Il s'agit d'un usage non contractuel et donc ne relevant que de la seule responsabilité délictuelle⁵⁰. Par ailleurs, on sait que la réparation du préjudice contractuel, limité au « dommage prévisible »⁵¹ est plus encadré que le préjudice délictuel (on ignore ce que le contrat a pu prévoir sur ce point) ; aussi les demandeurs avaient-ils intérêt à rester sur le terrain délictuel. Or sur ce fondement, il faut un préjudice. L'atteinte à l'image était ainsi le seul moyen utile pour obtenir réparation.

L'existence d'une autorisation préalable, pour un usage conforme à celle-ci mais en dépassement de la période consentie, n'est donc pas une atteinte à l'image selon les premiers juges. C'est sur ce point que la cour d'appel a réformé le jugement.

2) L'autorisation périmée d'utiliser l'image de l'enfant

Le contrat passé entre les parents des enfants mannequins et la société SINAC stipulait une durée d'exploitation d'1 an à compter de leur « première utilisation ». S'il y a eu débat entre les parties sur le point de départ peu précis du délai, les juges ont cependant considéré qu'on ne pouvait pas sérieusement contester que l'exploitation par la société SINAC s'était déroulée bien après l'écoulement du délai prévu au contrat.

La conséquence logique de l'extinction du délai d'exploitation est de frapper de péremption l'autorisation consentie. Avec l'arrivée du terme du contrat, tous les effets contractuels doivent s'éteindre. La reprise d'une exploitation des droits initialement cédés doit alors être considérée comme une utilisation illégitime et sans droit de l'image des enfants. Il importe peu, précise la cour d'appel, que l'usage repris ait été conforme aux stipulations du contrat échu, dans la forme de l'image ou dans sa destination. Le dépassement du délai d'exploitation est constitutif d'un défaut pur et simple d'autorisation d'user de l'image des personnes. Et ce défaut d'autorisation est une violation de l'article 9 du Code civil.

La solution ainsi mise en œuvre ne peut qu'être approuvée. Rappelons que les droits de la personnalité, en ce qu'ils sont discrétionnaires, doivent recevoir une protection renforcée. Comme le souligne la Cour, l'article 9 permet à toute personne de s'opposer à la diffusion, sans son autorisation expresse, de son image, attribut de sa personnalité. C'est dans son principe même que le droit à l'image est protégé comme attribut de la personnalité, peu importe

50) En droit de la propriété intellectuelle, l'exploitation d'un droit en dehors de la période contractuelle est constitutive d'une contrefaçon.

51) C. civ., art. 1231-3.

qu'il y ait ou non une atteinte à la vie privée⁵².

La position des premiers juges avait pour inconvénient majeur de n'offrir aucun recours contre les utilisations illégitimes d'images dont les droits ont été préalablement cédés. La solution pose un problème car on peut imaginer toutes les dérives qui auraient pu en résulter : réemploi d'images de mannequins sans bourse délier, nouvelles campagnes de publicité sans demander l'avis ou l'autorisation des intéressés, etc. Pour autant, le préjudice

subi par des parents qui ont monnayé l'image de leurs enfants ne saurait être le même que celui d'une personne n'ayant jamais concédé une telle autorisation. La Cour ne l'ignore pas et précise à juste titre qu'il convient de tenir compte de cette circonstance pour l'appréciation de la réparation du dommage subi par les intéressés. Ainsi le préjudice lié à l'atteinte à l'image des enfants sera ici évalué à 300 € pour les photographes et à 100 € pour les autres parents, réparations somme toute assez symboliques.

Michel DUPUIS

52) C'est le principe de l'autonomie du droit à l'image consacré par la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1998, n° 96-15610 : D. 1999, p. 541, note Saint-Pau J.-C. ; v. égal. Loiseau G., « L'autonomie du droit à l'image », Legicom 1999, p. 71, n° 4.



Velickovic, la représentation de l'être humain 159k4



© DR

Libérer l'énergie, technique mixte sur papier (1997).

Les peintures de Vladimir Velickovic nous taraudent et ne peuvent nous laisser indifférents parce qu'elles évoquent une période de l'histoire où se sont perpétrés des actes de barbarie. À ce moment-là, l'humain était considéré comme une chose que l'on pouvait manipuler, supprimer, anéantir. Mais ceux qui agissaient ainsi oubliaient que la force de vie qui nous anime ne peut être détruite. La barbarie échoue donc à chaque fois.

Les hommes représentés dans les peintures de Velickovic n'ont pas de tête, mais le sexe est montré de façon ostentatoire diront certains. Si le peintre a montré exagérément le sexe masculin, c'est peut-être pour souligner que la vie est toujours là. Et Velickovic indique ici une résistance à la volonté destructrice. Car les corps sans tête, dans ses peintures, sont tout en force musculaire, tout en puissance, tout en élan. Ses hommes sans tête vont vers quelque chose. Les corps sont montrés courant, sautant, franchissant des obstacles, comme pour dire : il est possible de supprimer un corps, non la force qui est en lui. La volonté instinctive est toujours présente.

Il faut comprendre que l'âpreté extrême des peintures de Velickovic est due à ce qu'il a vécu au cours de son enfance. Velickovic est né en 1935 à Belgrade. Il avait donc dix ans à la fin de la Seconde Guerre mondiale, et son pays était occupé par les nazis. À jamais il en a été marqué. Comme son compatriote, le peintre Dado (1933-2010), qui a lui aussi été témoin d'atrocités. Dado, qui était Monténégrin, a rapporté plus tard : « En 1944, 13 janvier, les Allemands ont pendu deux résistants sur la place du village ; ils sont restés ainsi une quinzaine de jours. Pour me rendre chez ma tante, je passais devant ces deux pendus. Cette vision m'a permis, plus tard, d'admirer l'extrême réalisme des pendus dessinés par Pisanello. Des dessins magnifiques ».

De superbes dessins, Velickovic en a réalisés. Ils sont d'une puissance d'autant plus dérangeante que sa thématique n'a pas changé durant des années : des terres dévastées, hantées par les corbeaux, des potences, des instruments de torture, des barbelés, des corps meurtris. Des peintures gigantesques dans des harmonies de noir et de rouge qui évoquent des crépuscules sanglants. Elles plongent les spectateurs dans la boue de la barbarie.

Vladimir Velickovic (1935-2019) est né à Belgrade, où il reçut en 1960 son diplôme de la faculté d'architecture. En 1962 et 1963, il travailla à Zagreb dans l'atelier de Krsto Hegedunic (1901-1975), un peintre et illustrateur ; puis, en 1963, il réalisa sa première exposition personnelle. Après avoir reçu le prix de la Biennale de Paris, en 1965, il s'installa dans cette capitale. Le public parisien a alors pu découvrir son travail, particulièrement en 1967, lors d'une exposition à la galerie du Dragon. Il devint membre associé du mouvement « la figuration narrative ». Par la suite, Vladimir Velickovic exposa dans divers pays, et ses œuvres rejoignirent des collections particulières et des musées à travers le monde. Vladimir Velickovic enseigna à l'école nationale supérieure des Beaux-Arts de 1983 à 2000, et en 2006, il fut élu à l'Académie des Beaux-Arts.

Didier Du Blé