

Séance du 27 février 2017

Demandes d'avis n° Q
1770001 (TI Dieppe) et
R 1770002 (CPH
Angoulême)

rapporteur : Agnès Martinel

RAPPORT

La Cour de cassation est saisie de deux demandes d'avis :

- l'une, sous le n° Q 1770001, formulée le 8 décembre 2016 par le tribunal d'instance de Dieppe dans les termes suivants: “ *l'indemnité d'occupation due par le locataire après acquisition de la clause résolutoire insérée dans le contrat de bail, peut-elle faire l'objet d'une indexation sur un indice déterminé dans le contrat résolu? A défaut, le principe de la réparation intégrale du préjudice justifie-t-il de pouvoir retenir une indexation de cette indemnité d'occupation?*”,
- l'autre, sous le n° R 1770002, formulée le 17 novembre 2016 par le conseil de prud'hommes d'Angoulême dans les termes suivants: “ *les dispositions de l'article L.433-1 du code de l'action sociale et des familles sont-elles conformes à l'article 2 de la Charte sociale européenne et à la directive européenne n°2003-CE du 4 novembre 2003 relative au temps de travail?*”.

La formation pour avis de la Cour de cassation est chargée, dans un premier temps, d'examiner la question de la recevabilité de forme de ces deux avis, plus précisément sur le respect des exigences des articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile relatifs à la mise en oeuvre du principe de la contradiction avant la saisine de notre Cour par le juge du fond.

I. - Rappel des faits et de la procédure

La première demande d'avis (n° Q 1770001), formulée par le tribunal d'instance de Dieppe, concerne un litige en résiliation de bail. Par un acte sous seing

privé en date du 13 mars 2012, l'office public de l'habitat OPH HABITAT a donné à bail à M. et Mme X... un appartement à usage d'habitation situé à Tôtes (76890). Le bailleur a fait délivrer le 2 décembre 2015 un commandement de payer les loyers.

Par acte d'huissier en date du 20 septembre 2016, ce dernier a fait assigner les locataires devant le tribunal d'instance de Dieppe, statuant en référé, aux fins de voir constater la résiliation du bail par l'effet de la clause résolutoire prévue au contrat, ordonner l'expulsion de ceux-ci ainsi que celle de tous occupants de leur chef, avec si besoin est le concours de la force publique, ainsi que la condamnation solidaire de M et Mme X... au paiement d'une provision sur les loyers et charges impayés et d'une indemnité d'occupation égale au loyer mensuel jusqu'au départ effectif des lieux, outre revalorisation légale, et ce à titre provisionnel.

A l'audience du 1^{er} décembre 2016, les défendeurs, bien que régulièrement assignés, n'ont pas comparu et ne se sont pas fait représenter. Au cours de cette audience, le juge des référés a évoqué la possibilité de demander à la Cour de cassation un avis sur la question de l'indexation de l'indemnité d'occupation. Le jugement indique qu'interrogé sur ce point, "*l'office public de l'habitat se déclare favorable à une telle procédure*". Le 2 décembre 2016, le procureur de la République de Dieppe a conclu à la saisine de la Cour de cassation pour avis.

Le jugement précise que la décision est mise en délibéré au 8 décembre 2016. Il ne comporte pas d'autre indication sur la procédure préalable à la transmission de l'avis à la Cour de cassation.

La seconde demande d'avis (n° R 1770002) concerne un litige prud'homal. Par une demande du 23 octobre 2015, M. Fabrice Corrivaud a saisi le conseil de prud'hommes d'Angoulême d'une demande à l'encontre de son employeur, l'association La Closerie, tendant à le voir condamner au paiement d'une somme de 200 990 euros à titre d'heures supplémentaires, d'une somme de 20 099 euros à titre de congés payés sur heures supplémentaires ainsi que 88 000 euros à titre de dommages-intérêts pour le non-respect de repos journaliers et de repos hebdomadaires.

Lors de l'audience de renvoi du 1^{er} septembre 2016, le demandeur, représenté par son avocat, a demandé au conseil de prud'hommes de "*constater que les dispositions de l'article L.433-1 du code de l'action sociale et des familles ne sont pas conformes à l'article 2 de la Charte sociale européenne et à la directive n°2003-88-CE du 4 novembre 2011 relative au temps de travail*". Le défendeur a rappelé au Conseil la possibilité pour ce dernier de soulever une question préjudicielle et de soumettre ainsi le point de droit qui conditionne la solution du litige à une autre juridiction.

Le conseil des prud'hommes d'Angoulême, dans un jugement du 17 novembre 2016, a sollicité l'avis de la Cour de cassation, après avoir fixé au ministère public un

délai de deux mois pour présenter ses observations. S'agissant des parties, il a retenu que *“la demande d'avis aux parties n'a pas vocation à s'appliquer puisque l'entier dossier repose sur la question de droit soulevée et que les plaidoiries, lors de l'audience du 1^{er} septembre 2016, ont traité la question, dont tous les arguments se trouvent dans les conclusions écrites des avocats”*. Ce jugement a été notifié aux parties et au ministère public le 18 novembre 2016. Le même jour, le conseil de prud'hommes a avisé les parties et le ministère public de cette demande d'avis et les a invitées à formuler leurs observations.

II. - Recevabilité des demandes d'avis

1. - La question unique qui sera traitée ici est celle de la recevabilité de forme des deux demandes d'avis. Les exigences de forme de cette procédure sont posées par l'article 1031-1 du code de procédure civile qui, dans sa rédaction issue du décret n°2016-660 du 20 mai 2016¹, énonce que *“ lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point./ Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3.”* Notons que cette nouvelle rédaction, qui a remplacé la référence à l'article “L.151-1”

¹ L' article 1er du code civil, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 dont les dispositions ont remplacé, entre autres, celles du décret du 5 novembre 1870, fixe la plupart des règles relatives à l'entrée en vigueur des lois et règlements. La loi, si elle existe dès sa promulgation, entre en vigueur, en application de l' article 1er du code civil, le lendemain de sa publication au Journal officiel. Les actes réglementaires et assimilés se distinguent des actes individuels, qui produisent leurs effets dès leur signature lorsqu'il s'agit d'actes favorables aux intéressés, tels que des actes conférant des droits (CE, Sect., 19 décembre 1952, Delle Mattéi, Rec. p. 594). L'entrée en vigueur des actes réglementaires est, de façon générale, subordonnée aux mesures de publicité requises : publication au Journal officiel de la République française ou dans un bulletin ou recueil officiel. Cependant, le pouvoir réglementaire comme le législateur sont, en principe, libres de décider explicitement, en fonction de considérations d'opportunité, que la date d'entrée en vigueur de la norme sera postérieure à la date qui résulterait des règles de droit commun. Le droit en vigueur avant la publication des nouvelles normes peut être maintenu pour certaines situations juridiques. (CE, Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n° 288460). **Le décret n°2016-660 du 20 mai 2016, s'il prévoit que son article 42, qui modifie l'article R.441-1 du code de procédure civile, s'applique aux demandes d'avis effectuées à compter de la publication du présent décret, ne contient aucune disposition transitoire en ce qui concerne l'article 41, qui modifie l'article 1031-1 du code de procédure civile, lequel est donc applicable, comme toute loi de procédure, dès le lendemain de sa publication au JO et aux instances en cours.**

du code de l'organisation judiciaire (COJ) par l'article "L.441-1" et le mot "surseoit" par le mot "sursoit", n'a procédé qu'à des mises en cohérence du texte ayant, notamment pour objet de prendre en considération le changement de numérotation opérée dans le COJ par l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006.

Ce texte est issu du décret n°92-228 du 12 mars 1992, pris en application de la loi n°91-491 du 15 mai 1991, qui a instauré la procédure d'avis devant la Cour de cassation, sur le modèle de la procédure de renvoi pour avis instituée devant le Conseil d'Etat par la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987. Il organise une procédure d'avis aux parties et au ministère public qui a pour objet de garantir le respect du principe de la contradiction. C'est ce qu'a ainsi clairement rappelé le Président Jean Buffet, dans sa présentation générale de la saisine pour avis de la Cour de cassation aux premiers présidents de cour d'appel le 29 mars 2000. *" En amont de la décision de saisine (article 1031-1 du code de procédure civile), a-t-il souligné, le juge doit aviser les parties et le ministère public de son intention de saisir la Cour de cassation et leur impartir un délai pour présenter d'éventuelles observations écrites. Le respect de la contradiction l'impose, et en même temps, c'est utile pour le juge à qui les intéressés peuvent soit démontrer l'inutilité de son intention, soit lui fournir des éléments de droit (jurisprudence, doctrine) que le juge ne connaît pas"*².

C'est aussi ce que relève le professeur Frédéric Zénati, dans une chronique publiée au Recueil Dalloz en 1992³. Selon cet auteur, *"les garanties touchant à l'organisation sont prolongées au plan de la procédure par des dispositions organisant le débat contradictoire, dont la délibération des juges ne peut faire l'économie. Le législateur l'avait bien compris en étendant à l'avis administratif les règles de la procédure contentieuse: devant le Conseil d'Etat, les parties constituent avocat et produisent des observations sur l'avis sollicité. La loi de 1991 étant une réplique de celle de 1987, on pouvait s'attendre à voir adopter des dispositions identiques pour l'avis devant la Cour de cassation. Le Gouvernement a eu, au cours des débats parlementaires, une attitude équivoque à propos du rôle des parties. Après avoir, contre toute attente, affirmé qu'elles ne seraient pas associées à la procédure d'avis pour des raisons de célérité, il a, sous la pression des sénateurs, admis que la question pouvait se discuter. La tardiveté de la publication du décret d'application suggère que l'hésitation a perduré. Bien heureusement, la tentation malencontreuse d'écarter le débat contradictoire devant la Cour de cassation n'a pas été suivie d'effet."*

² Présentation générale "La saisine pour avis de la Cour de cassation", Exposé de M. Jean Buffet, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, devant les premiers présidents de cour d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 *in site internet de la Cour de cassation*

³ F. Zenati, "La saisine pour avis de la Cour de cassation" (loi n°91-491 du 15 mai 1991 et décret n°92-228 du 12 mars 1992)", Recueil Dalloz, 1992 p.247

Notons que le texte initial de l'article L.151-1 du code de l'organisation judiciaire⁴, issu de la loi n° 91-491 du 15 mai 1991, prévoyait que l'avis "est communiqué aux parties". Ainsi qu'il ressort des travaux parlementaires, cette disposition résultait d'un amendement de l'Assemblée nationale, modifié ensuite par la Commission des Lois du Sénat⁵.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question de la recevabilité de forme de l'avis s'inscrit dans un logique très stricte. Dans un avis du 12 février 1993, notre Cour a jugé que n'était pas recevable la demande d'avis formulée par un conseil de prud'hommes dans un jugement dont il ne résultait pas que cette juridiction avait, préalablement à sa décision, avisé les parties et le ministère public de ce qu'il envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation, en leur fixant un délai pour produire leurs observations écrites (Avis, 12 février 1993, n°09-20.010, Bull.1993, Avis, n°1).

Dans deux avis du 14 décembre 1998 (Avis n° 09-80.011 et n° 09-80.012), notre Cour a considéré qu'il n'y avait pas lieu à avis dès lors qu'il ne résultait ni des énonciations de la décision ni du dossier transmis à la Cour de cassation qu'en application de l'article 1031-2 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, les parties en question aient été avisées de ce que le tribunal envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Dans un avis du 16 décembre 2002, nous avons précisé que la fin de non-recevoir ne pouvait être couverte par l'envoi d'un avis ultérieur. Nous avons en effet dit n'y avoir lieu à avis en relevant qu'il résultait des énonciations de l'arrêt "*que les parties et le ministère public n'ont été avisées et invitées à présenter leurs observations qu'après la décision de la cour d'appel sollicitant l'avis de la Cour de cassation*" (Avis, 16 décembre 2002, n°02-00.007, Bull. crim., 2002, Avis n°1).⁶

⁴ devenu l'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire à la suite de la réforme issue de l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006

⁵ Rapport n°297 Sénat, fait par M. Marcel Rudloff, sénateur " *Sur proposition de sa commission, l'Assemblée nationale a complété le texte en précisant que l'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Cette adjonction rappelle le principe de la prohibition des arrêts de réglemets énoncé par l'article 5 du code civil, aux termes duquel "il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises". L'amendement précise encore que l'avis rendu est communiqué aux parties. Au texte proposé pour l'article L.151-1 du code de l'organisation judiciaire, votre commission vous proposera un amendement d'ordre rédactionnel prévoyant pour le troisième alinéa du texte la rédaction suivante: l'avis, qui ne lie pas la juridiction ayant formulé la demande, est communiqué aux parties à l'instance.*"

⁶ Cette affaire concernait la matière pénale. Le texte de référence est l'article 706-65 du code de procédure pénale, aux termes duquel " *lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles des parties et les conclusions du ministère public*"

Dans un avis du 8 octobre 2007, nous avons jugé la demande d'avis irrecevable au motif que "*la procédure de consultation des parties et du ministère public n'avait pas été respectée*" (Avis, 8 octobre 2007, n° 07-00.012). Il en a été de même dans un avis rendu un an plus tard le 24 novembre 2008 (Avis, 24 novembre 2008, n°08-00.012). Cet avis reprend la rédaction des avis du 14 décembre 1998.

Dans un avis du 7 avril 2014 (Avis, 7 avril 2014, n° 14-70.001, Bull. Crim. 2014, avis, n°1), la question s'est posée de savoir si l'avertissement de l'article 706-65 du code de procédure pénale, qui pose les mêmes exigences que celles de l'article 1031-1 du code de procédure civile, devait être adressé à la partie ou à son conseil. En l'espèce, la juridiction s'était bornée à solliciter les observations du conseil. La demande d'avis a été déclarée recevable. Dans le rapport, il est précisé que "*le fait de solliciter l'avis du conseil des parties a été considéré comme de nature à satisfaire aux conditions de l'article 1031-1 du code de procédure civile (Avis des 27 février 2006 et 6 octobre 2008).*"⁷

Dans des demandes d'avis plus récentes, il semble que notre Cour ait été moins restrictive. Mais cette souplesse n'est en réalité que très apparente. On peut, en effet, trouver dans le rapport les raisons pour lesquelles la demande d'avis a été déclarée recevable, notamment dans deux situations. Ainsi, dans un avis du 29 février 2016, la recevabilité de la demande a été admise alors que le procureur de la République, le prévenu et le civilement responsable n'avaient pas été avisés dans les formes prévues par l'article 706-65 du code de procédure pénale, aucun délai ne leur ayant été imparti pour formuler leurs observations ou déposer leurs conclusions. Mais ils avaient été consultés oralement à l'audience (Avis, 29 février 2016, n° 15-70.005, Bull. 2016, avis n°1).

Dans un avis du 4 avril 2016, nous avons déclaré la demande d'avis recevable alors que les parties n'avaient pas été avisées conformément aux exigences de l'article 1031-1 alinéa 1^{er} du code de procédure civile. Mais le rapporteur souligne dans son rapport que "*le tribunal a considéré que les observations du défendeur ne pouvaient être recueillies "vu les circonstances indiquées", c'est-à-dire le retour de la lettre de convocation à l'audience initiale avec la mention "NPAI".* Il y avait donc, en quelque sorte, une impossibilité matérielle d'aviser les parties et de recueillir leurs observations, et de plus, la question posée à la Cour par le tribunal portait justement sur les modalités de re-convocation d'une partie dont la première convocation revenait "NPAI" (Avis, 4 avril 2016, n° 16-70.001, en cours de publication, rapport de Mme le conseiller Vaissette et conclusions de M le premier avocat général Lemesle).

dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées."

⁷ Rapport de M. Benoît Laurent p. 4 et 5

2. - Qu'en est-il des deux demandes d'avis qui nous sont soumises aujourd'hui? La première demande d'avis (Q 1770001), transmise par le tribunal d'instance de Dieppe, ne semble ne poser guère de difficulté. Si le ministère public a été avisé - et a conclu à la saisine de la Cour de cassation-, aucune consultation formelle des parties n'a été effectuée. L'office HLM demandeur a été consulté oralement à l'audience et s'est déclaré favorable à la procédure. Mais les défendeurs n'étaient ni comparants ni représentés. Et le tribunal n'a pas estimé utile de les aviser et de leur demander par écrit leurs observations. En tout état de cause, cela ne ressort ni du jugement ni du dossier qui nous a été transmis. La juridiction s'est bornée à leur notifier la décision du 8 décembre 2016 sollicitant l'avis de la Cour de cassation.

Plus délicate est la question soulevée par la seconde demande d'avis (R1770002). En effet, dans cette affaire, qui concerne une demande transmise à la Cour de cassation par le conseil de prud'hommes d'Angoulême, la juridiction s'est elle-même dispensée d'aviser les parties et de recueillir leurs observations. Elle a motivé cette décision par l'attendu suivant "*qu'en l'espèce, la demande d'avis aux parties n'a pas vocation à s'appliquer puisque l'entier dossier repose sur la question de droit soulevée et que les plaidoiries, lors de l'audience du 1^{er} septembre 2016, ont traité la question, dont tous les arguments se trouvent dans les conclusions écrites des avocats.*" Elle a ensuite notifié le jugement formulant la demande d'avis aux parties et au ministère public, en leur demandant d'adresser leurs observations écrites éventuelles.

Un point ne fait pas de doute. Le recueil de l'avis du ministère public et des parties est préalable à la décision du juge qui décide de demander un avis à la Cour de cassation. Cela résulte clairement du texte, nous l'avons rappelé dans notre avis du 16 décembre 2002 (Avis, 16 décembre 2002, n°02-00.007, Bull. crim., 2002, Avis n°1). Demeure la question de savoir si cette procédure est requise lorsque les parties ont déjà discuté de la question de droit, objet de la demande d'avis, dans leurs conclusions. Cette problématique est, à notre connaissance, inédite.

Deux interprétations nous semblent pouvoir être retenues. La première consisterait à considérer que, dès lors que les parties ont conclu sur la question de droit, objet de la demande d'avis, le juge n'a pas à recueillir leurs observations. Elle conduirait à une recevabilité de la demande d'avis. La seconde, plus restrictive, serait fondée sur une approche plus formaliste qui impliquerait que les parties soient avisées et invitées à présenter leurs observations, avant la décision de transmission, sur l'intention de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur une question précise, et ce même si les parties ont déjà conclu sur cette question de droit.

Dans une première interprétation, les parties n'ont pas à être avisées si elles ont déjà conclu sur la question de droit, objet de la demande d'avis. C'est l'approche qui a été retenue par le conseil de prud'hommes d'Angoulême. Elle nous conduirait à déclarer cette demande d'avis recevable. En faveur d'une telle interprétation, nous

pourrions nous fonder sur une analyse littérale du premier alinéa de l'article 1031-1 du code de procédure civile qui impose d'aviser les parties "à moins qu'elles n'aient déjà conclu sur ce point".

Après tout, si les parties ont déjà donné leur point de vue sur la question de droit, à quoi bon les interroger à nouveau? N'y-aurait-il pas là un "formalisme excessif", pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme? Nous savons, en effet, que les juges de Strasbourg sont très stricts en ce qui concerne l'existence de barrières procédurales empêchant ou limitant les possibilités de saisir un tribunal. Il résulte ainsi de la jurisprudence de la Cour européenne qu'une interprétation particulièrement rigoureuse faite par les juridictions internes d'une règle de procédure (formalisme excessif) peut priver les requérants du droit d'accès à un tribunal (CEDH, 28 octobre 1998, Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne, Recueil des arrêts et décision 1998-VIII, § 49; CEDH 16 février 2001, Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce, n° 39442/98, CEDH 2000-XII; et plus récemment CEDH 29 mars 2011, RTBF c. Belgique, n°50084/06).

Notons que si la Cour européenne a pendant longtemps admis, dans une certaine mesure, qu'un formalisme plus grand assortisse la procédure de cassation, dès lors qu'elle succède à l'examen de la cause par un tribunal de première instance, puis par une juridiction d'appel, disposant tous deux de la plénitude de juridiction (Voir sur ce point par exemple CEDH 23 octobre 1996, Levages Prestations services c. France, Recueil 1996-V), elle a infléchi, depuis quelques années sa jurisprudence. Si elle considère que les autorités nationales sont le mieux placées pour interpréter leur législation, elle peut conclure à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention si l'application des règles de procédure par les autorités judiciaires est excessivement formelle (Voir notamment CEDH 15 décembre 2011, Poirot c. France, n°29938/07, § 46, mais également CEDH 12 juillet 2016, Reichman c/ France, n°50147/11).

On pourrait objecter que ces décisions concernent essentiellement la recevabilité du pourvoi en cassation, et non la procédure d'avis devant la Cour de cassation. Notons, en effet, que dans l'hypothèse où la recevabilité de l'avis n'est pas admise, la question de l'accès à un tribunal ne se pose pas réellement, les parties pouvant, en tout état de cause, une fois la décision du juge du fond rendue, former un pourvoi en cassation.

Dans une seconde interprétation, plus formaliste, la consultation des parties serait obligatoire en tant que processus préalable à la transmission du dossier à la Cour de cassation. Cette interprétation trouve aussi sa logique dans le texte de l'article 1031-1 du code de procédure civile lui-même, qui pourrait s'analyser comme imposant une consultation des parties sur l'intention du juge de solliciter l'avis de la Cour de cassation, qui ne serait pas limitée à un avis sur la problématique juridique posée. En matière civile, le procès est "la chose des parties". Par le principe dispositif, "elles en

fixent la trame, la matière litigieuse, dans le cadre de la demande initiale et des demandes connexes qui la complètent éventuellement."⁸. Certains pourraient objecter que la conception retenue par notre code de procédure civile, sous l'impulsion du professeur Motulsky, est avant tout la traduction de l'adage "*da mihi factum, dabo tibi jus*"⁹. Il y aurait donc un partage, aux parties les faits, au juge le droit.

Mais cette conception de la procédure civile tend peu à peu à s'estomper. Ainsi que le soulignent des auteurs, "*pour autant, les rôles ne peuvent pas être aussi nettement répartis entre les parties et le juge: la distinction entre le fait et le droit, séduisante à premier aspect, est en définitive assez trompeuse, les juristes connaissent la fragilité des frontières qui les sépare. (...) L'allégation du fait est toujours coloré de droit*".¹⁰

En outre, le juge peut-il, sans l'accord des parties, décider de l'orientation de la procédure? La demande d'avis a nécessairement des incidences sur le temps du procès - qu'elle va nécessairement allonger - . Certes, notre Cour doit statuer dans un délai contraint. Mais, une fois, l'avis rendu, il faudra que la juridiction de fond convoque à nouveau les parties pour conclure sur cet avis. L'intention du juge de saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis a, de ce point de vue, un impact très fort sur le litige, son évolution et la situation des parties.

Cette approche ne méconnaîtrait pas, à notre sens, la logique que suit notre jurisprudence depuis plus de vingt ans. Nos avis vont bien dans le sens de l'existence d'une procédure préalable, l'absence d'avertissement préalable des parties ne pouvant être couverte par l'envoi d'un avis ultérieur ni par la notification du jugement transmettant la demande d'avis à la Cour de cassation (Avis précité du 16 décembre 2002). C'est d'ailleurs le sens qui avait été donné à ce texte par le président Jean Buffet qui, ainsi que cela a déjà été exposé plus haut, a souligné, s'agissant de cette formalité, que "*le respect de la contradiction l'impose, et en même temps, c'est utile pour le juge à qui les intéressés peuvent soit démontrer l'inutilité de son intention, soit lui fournir des éléments de droit (jurisprudence, doctrine) que le juge ne connaît pas*". Or, comment apporter de tels éléments, alors que l'intention de solliciter l'avis de la Cour de cassation est relevée de manière générale à l'audience comme dans la première demande d'avis par le tribunal d'instance de Dieppe, ou, comme c'est le cas dans la seconde demande d'avis, ne l'est à aucun moment de la procédure, et ce même si la problématique de fond a été abordée?

⁸ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, "Procédure civile", Précis Dalloz 32^e éd. n°60

⁹ Adage de l'Ancien Droit : "donne moi les faits, je te donnerai le droit"

¹⁰S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cité

Pour le dire autrement, même si les parties ont discuté de la question de droit, qui sera l'objet de la demande d'avis, on pourrait penser qu'il importe qu'elles sachent, avant la transmission à la Cour, que le juge a l'intention de former une telle demande d'avis et qu'elles puissent également connaître la teneur de cette demande afin de pouvoir présenter leurs observations en toute connaissance de cause. Or, tel n'est pas le cas dans la seconde demande d'avis puisque la question, qui concerne la conformité d'un texte à la Charte sociale européenne et à la directive du 4 novembre 2003, était posée directement au juge. Les parties ne lui ont d'ailleurs jamais demandé de poser cette question à la Cour de cassation. Il semble en réalité que leur idée était plutôt celle d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne. Du moins, c'est ce qui transparaît dans le procès-verbal du greffier relatant les débats.

Il s'agirait donc de dire, dans cette seconde interprétation, que le texte impose "l'avis sur la demande d'avis", la "question sur la question". Est-elle pertinente? Faut-il la poser à la Cour de cassation? Ou à une autre juridiction? Est-elle utile? Le juge du fond ne peut-il pas lui-même la résoudre? A cet égard, la position du professeur Frédéric Zenati sur cette formalité de l'avis aux parties ne manque pas d'intérêt. Selon cet auteur, *" toute l'économie du système repose sur un pari escomptant que la Cour de cassation doit pouvoir en quelques mois arrêter ce qui jusqu'à présent était le produit d'une maturation jurisprudentielle de plusieurs années. Ce pari serait devenu une gageure si l'on avait refusé d'accorder aux magistrats suprêmes les conditions d'une recherche sereine et éclairée du droit dont ils jouissent en matière de cassation"*. *"Sans doute, souligne-t-il, l'intervention des parties est-elle de nature à retarder la procédure, mais à vouloir aller trop vite, on prend le risque d'accentuer l'insécurité juridique en exposant la Cour de cassation à la nécessité de reconsidérer des solutions hâtivement forgées et insuffisamment mûries"*.

Au soutien également de cette analyse, il paraît également possible d'invoquer la tradition jurisprudentielle de notre Cour. A la différence du Conseil d'Etat, nous avons toujours eu une interprétation restrictive de cette procédure d'avis. Cette dichotomie est d'ailleurs relevée par les présidents J-H Stahl et D. Chauvaux, dans une chronique publiée en 1995 à l'AJDA¹¹. Ainsi font-ils remarquer que *" la Cour de cassation, qui se prononce dans une formation particulière sur les demandes d'avis dont elle est saisie par les juridictions judiciaires, vérifie de façon scrupuleuse que la demande d'avis émane bien d'une juridiction statuant par décision juridictionnelle et que la question posée est bien une question de droit. Elle s'assure, en outre, avant de rendre un avis, de ce que les trois conditions posées par la loi du 15 mai 1991 - conditions identiques à celles énoncées par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987- sont remplies"*.

¹¹ J-H Stahl et D. Chauvaux, "Conditions de la saisine du Conseil d'Etat pour avis", AJDA 1995 p.882

Ainsi que le soulignait le président P. Chauvin, alors secrétaire général de la première présidence de la Cour de cassation, le 10 décembre 1993, lors d'un colloque intitulé "*l'image doctrinale de la Cour de cassation*"¹², texte d'ailleurs cité dans la chronique précédemment évoquée, "*les efforts de la Cour de cassation ont consisté à délimiter strictement les contours de la nouvelle procédure, de manière à éviter les saisines intempestives qui n'apparaîtraient pas fondées. (...) Les arrêts passent avant les avis*". Sans doute, notre procédure d'avis a, depuis vingt ans, beaucoup évolué. Mais l'esprit demeure identique.

En outre, s'agissant du fondement de cette formalité d'avis aux parties - le principe de la contradiction - , il convient d'évoquer brièvement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui est, sur ce point, de plus en plus rigoureuse. La notion de procès équitable, au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comprend le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance. Ce droit à une procédure contradictoire implique, en principe, la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge¹³, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision ou de la discuter (Voir sur ce point CEDH 23 juin 1993, Ruiz-Matéos c. Espagne, série A n°262 - CEDH 20 février 1996, Vermeulen c. Belgique, Recueil 1996 -1- CEDH Kress c. France, n° 39594/98, CEDH 2001-VI).

¹² P. Chauvin, "La saisine pour avis" Communication publiée au rapport annuel de la Cour de cassation 1993 p. 53

¹³ De manière générale, la Cour européenne des droits de l'homme est très sévère s'agissant du moyen relevé d'office par le juge. Dans un arrêt du 13 octobre 2005, elle a condamné à ce titre la France pour méconnaissance de l'article 6 § 1 de la Convention (CEDH 13 oct. 2005, Clinique des acacias et autres c/ France, n° 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01). Il s'agissait en l'espèce d'un recours formé par des établissements de santé privés contre un arrêt rendu par la Cour de cassation en matière de facturation de frais. Dans cette affaire, les requérants reprochaient à la Cour de cassation d'avoir soulevé un moyen d'office sans avoir, au préalable, suscité un débat contradictoire. Le Gouvernement avait fait valoir devant la CEDH que le moyen soulevé était dans les débats. La CEDH a jugé que les parties, qui n'avaient pas eu la possibilité de répliquer avant que la Cour de cassation ne statue, avaient été privées d'un procès équitable tel que garanti par l'article 6 §1.

La CEDH a ainsi considéré (§ 41) dans cette décision que "*force est de constater qu'un tel motif, fût-il incidemment suggéré par les défenderesses en l'espèce, pouvait prêter à controverse. Par ailleurs, il changeait les fondements juridiques des prétentions des requérantes tel qu'ils avaient été jusque là débattus (a contrario ABPB c/ France, n° 38436/97, 21 mars 2002)*". Il semble donc que le critère dégagé par la Cour européenne soit celui d'un changement du fondement juridique des prétentions des parties. Le moyen soulevé d'office qui a pour effet de changer ce fondement doit être soumis à la discussion des parties. Il ne faut pas en effet, pour reprendre l'expression utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, que les parties soient "*prises au dépourvu*". Ainsi que le notent J. Héron et T. Le Bars, dans leur ouvrage, "Droit judiciaire privé", LGDJ, les juges "*doivent être loyaux envers les plaideurs et s'abstenir de les prendre en traître*".

La Cour estime que ce contradictoire doit pouvoir s'exercer dans des conditions satisfaisantes. Le plaideur doit disposer de la possibilité de se familiariser avec les documents en question, de les commenter d'une façon appropriée et d'un délai suffisant pour rédiger ses arguments (Voir notamment CEDH 3 mars 2000, Kromar et autres c. République tchèque, n°35376/97).

Notons que la méconnaissance de ce droit à une procédure contradictoire a été retenue dans le cas d'une note du juge de l'instance inférieure déposée devant la juridiction de recours visant à influencer la décision à rendre, même dépourvue de fait ou d'argument nouveau (CEDH 21 juin 2007, Ferreira Alves c. Portugal, n° 25053/05).

Enfin, il convient d'observer que dans l'hypothèse où l'une des parties, non comparante, n'aurait pas été avisée de la demande d'avis, contrairement à l'autre partie, se poserait alors la question de la méconnaissance du principe de l'égalité des armes et pourrait conduire aussi à une méconnaissance de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Au vu des ces éléments, il appartiendra à notre Cour de se prononcer sur la recevabilité de ces deux demandes d'avis.