

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

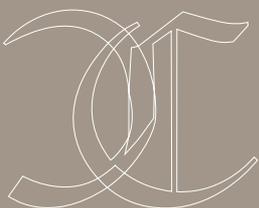
N° 658



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} avril
2007*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

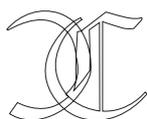
Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Par avis du 15 janvier 2007, la Cour s'est prononcée sur la question de la composition des juridictions de Nouvelle-Calédonie, plus précisément sur la composition des juridictions pénales statuant sur intérêts civils et la question de la présence, lorsque victime et prévenu relèvent tous deux du statut civil coutumier kanak, des assesseurs coutumiers complétant la formation de jugement. Suivant en cela les observations de l'avocat général, la Cour énonce que la juridiction pénale doit dans ce cas se déclarer incompétente, l'action civile ainsi exercée relevant de la seule juridiction civile complétée par des assesseurs coutumiers, la juridiction pénale n'admettant pas, elle, la présence de ces assesseurs. Cet avis est à rapprocher d'un précédent avis rendu par la Cour le 16 décembre 2005 (*Bicc* n° 637 du 1^{er} avril 2006, pages 25 à 42), dans lequel la Cour énonçait déjà qu'« *Il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes* » pour en déduire la nécessité de la présence d'assesseurs coutumiers venant, cette fois, compléter la juridiction civile de droit commun statuant en matière d'assistance éducative

Jurisprudence



Par un second avis rendu le même jour, la Cour a, par ailleurs, apporté des précisions sur le statut des maîtres de l'enseignement privé, retenant qu'« *intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement* » ces derniers « *entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux* », leur permettant ainsi d'être désignés délégués syndicaux dans l'établissement au sein duquel ils exercent leurs fonctions

Doctrine



Cet avis est à rapprocher d'une décision du Tribunal des conflits du 15 janvier 2007 (*cf.* ce numéro, rubrique « Tribunal des conflits », n° 655), dans laquelle le tribunal précise que l'autorité académique n'ayant pas le pouvoir d'imposer la candidature d'un maître à un chef d'établissement d'enseignement privé sous contrat d'association, le litige entre un enseignant et la direction d'un établissement privé sous contrat d'association lui ayant refusé un poste dans ce dernier relève des seules juridictions judiciaires, quand bien même ce poste aurait « été attribué à un autre enseignant par décision du recteur d'académie, après accord du directeur d'établissement et avis de la commission mixte académique », ce litige « mettant en cause un acte d'une personne morale de droit privé, détachable du contrat de droit public qui lie l'enseignant à l'Etat »

Enfin, un arrêt de chambre mixte du 26 janvier 2007 est venu préciser les règles applicables en matière d'avis à tiers détenteur au sein des procédures civiles d'exécution et, plus précisément, au regard des règles gouvernant la procédure de saisie-attribution, précisant que « *l'obligation de renseignement incombant au tiers saisi et les sanctions attachées à son inexécution en matière de saisie-attribution sont inapplicables au tiers détenteur* » et, plus généralement, dans un litige portant sur une dette de nature fiscale impliquant le droit pour le comptable public de saisir le juge de l'exécution aux fins de délivrance d'un titre exécutoire contre le tiers détenteur, qu'« *aucune disposition légale ne prévoit l'application à l'avis à tiers détenteur des autres règles relatives à la saisie-attribution* », mettant fin à une divergence de jurisprudence entre la deuxième chambre civile et la chambre commerciale

Table des matières

Jurisprudence

Tribunal des conflits

Séparation des pouvoirs. _____ 655 à 659

Cour de cassation (*)

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Séance du 15 janvier 2007

Outre-mer _____ Page 8

Représentation des salariés _____ Page 25

II. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 26 janvier 2007 rendu par la chambre mixte

Impôts et taxes _____ Page 43

• Procédures civiles d'exécution _____ Page 43

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES _____ Numéros

Accident de la circulation _____	660
Acte de commerce _____	661
Architecte entrepreneur _____	662
Assurance _____	663
Assurance (règles générales) _____	664-665
Assurance dommages _____	666-667
Banque _____	668 à 670
Cassation _____	671-672
Chambre de l'instruction _____	673
Chasse _____	674
Chose jugée _____	675
Communauté européenne _____	676
Compétence _____	677
Conflit de juridictions _____	678 à 680
Conflit de lois _____	681

Contrat d'entreprise _____	682
Contrat de travail, durée déterminée _____	683-691
Contrat de travail, exécution _____	684
Contrat de travail, rupture _____	685
Convention européenne des droits de l'homme _____	686-687
Conventions internationales _____	672-688
Copropriété _____	689-690
Divorce, séparation de corps _____	687
Emploi _____	691-692
Entreprise en difficulté _____	693-694
Expropriation pour cause d'utilité publique _____	695
Garde à vue _____	696
Impôts et taxes _____	697
Instruction _____	698-699
Intérêts _____	700
Juridictions correctionnelles _____	701
Outre-mer _____	702-703
Postes télécommunications _____	704
Prescription civile _____	705
Presse _____	706-707
Preuve (règles générales) _____	687
Procédure civile _____	708 à 713
Procédures civiles d'exécution _____	714
Propriété littéraire et artistique _____	715

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Protection des consommateurs	716
Protection des droits de la personne	717
Prud'hommes	671-718 à 720
Réglementation économique	721-722
Représentation des salariés	723
Saisie immobilière	724
Sécurité sociale	725-726
Sécurité sociale, accident du travail	727
Sécurité sociale, assurances des non-salariés (loi du 12 juillet 1966)	728
Sécurité sociale, assurances sociales	729-730
Sécurité sociale, prestations familiales	731
Société civile	732
Société commerciale (règles générales)	733
Statut collectif du travail	734
Statuts professionnels particuliers	735
Substances vénééneuses	736
Tierce opposition	713
Transports terrestres	737
Travail réglementation	738 à 741
Vente	742

Jurisprudence des cours d'appel relative à la concurrence

Concurrence	746-747
Concurrence déloyale ou illicite	748

Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon sur les obligations de l'employeur en matière d'accidents du travail

Contrat de travail, exécution	749 à 751
-------------------------------	-----------

Autre jurisprudence des cours d'appel

Filiation	752
Procédure civile	753

5

Doctrines

Pages 85 à 87

Cours et tribunaux

Jurisprudence des cours d'appel relative à la construction immobilière

Architecte entrepreneur	743
Construction immobilière	744-745

Jurisprudence

Tribunal des conflits

N° 655

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige mettant en cause un acte d'une personne morale de droit privé détachable du contrat de droit public liant l'une des parties. - Cas. - Action d'un enseignant tendant à la condamnation d'un établissement d'enseignement privé sous contrat d'association. - Applications diverses.

Il résulte de l'article L. 442-5 du code de l'éducation, dans sa rédaction alors applicable, et des dispositions des articles 8 à 8-4 du décret du 22 avril 1960 modifié que l'autorité académique n'a pas le pouvoir d'imposer la candidature d'un maître à un chef d'établissement d'enseignement privé sous contrat d'association.

Dès lors, relève des seules juridictions de l'ordre judiciaire l'action d'un enseignant tendant à la condamnation d'un établissement d'enseignement privé sous contrat d'association au paiement d'une indemnité en réparation du préjudice que lui auraient causé les refus opposés par le directeur de l'établissement à sa candidature pour assurer un service d'enseignement vacant dans cet établissement, le poste ayant été attribué à un autre enseignant par décision du recteur d'académie, après accord du directeur d'établissement et avis de la commission mixte académique, un tel litige mettant en cause un acte d'une personne morale de droit privé, détachable du contrat de droit public qui lie l'enseignant à l'Etat.

15 janvier 2007.

N° 3610. - T.A. Lyon, 1^{er} septembre 2006.

Mme Mazars, Pt. - Mme Ingall-Montagnier, Rap. - M. Chauvaux, Com. du Gouv.

N° 656

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses agents de droit privé. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Contentieux du licenciement des agents d'un service public industriel et commercial soumis par des dispositions légalement prises à un régime de droit public.

Les agents des services publics industriels ou commerciaux sont soumis à un régime de droit privé à l'exception de celui qui est chargé de la direction de l'ensemble du service et du chef de la comptabilité s'il a la qualité de comptable public ; il n'appartient qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire de se

prononcer sur les litiges individuels concernant lesdits agents ; seule une disposition édictée ou autorisée par le législateur peut déroger à ces règles.

Un agent ayant été recruté par contrat pour occuper un emploi au sein d'un service de l'Etat dont l'activité était retracée dans un compte de commerce et qui avait un caractère industriel ou commercial et son contrat étant régi par des dispositions légalement prises le soumettant à un régime de droit public, sa demande tendant à la réparation du préjudice que lui a causé son licenciement avant le terme de son contrat relève de la compétence de la juridiction administrative par dérogation à la règle rappelée plus haut.

15 janvier 2007.

N° 3589. - C.A. Paris, 23 février 2006.

Mme Mazars, Pt. - M. Durand-Viel, Rap. - M. Duplat, Com. du Gouv. - SCP Delvolvé, Av.

N° 657

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses usagers. - Définition. - Cas. - Action en réparation du préjudice subi par un usager en raison de pratiques discriminatoires. - Applications diverses.

Relève de la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire l'action en responsabilité engagée par l'usager d'un service public industriel et commercial pour obtenir réparation d'un préjudice trouvant son origine dans la fixation, dans des conditions jugées contraires au droit communautaire de la concurrence par la Cour de justice des Communautés européennes, des redevances commerciales stipulées en rémunération de l'autorisation, donnée par un établissement public, d'exploiter, dans un aéroport, une activité de services d'assistance en escale, de telles redevances, liées à l'organisation de cette activité industrielle et commerciale, n'impliquant pas l'usage de prérogatives de puissance publique par cet établissement public.

15 janvier 2007.

N° 3568. - T.C. Paris, 25 novembre 2005.

Mme Mazars, Pt. - M. Gallet, Rap. - Mme de Silva, Com. du Gouv. - SCP Richard, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 658

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses usagers. - Existence d'une convention d'occupation du domaine public. - Absence d'influence.

La gestion et l'exploitation des abattoirs municipaux présentent le caractère de service public industriel et commercial et la transaction dont l'homologation est demandée a eu pour objet de réparer les préjudices subis, en qualité d'usager de ce service, par une société commerciale consécutivement à l'incendie des abattoirs dont elle occupait certains emplacements.

Dès lors, même si cette société est par ailleurs liée à la personne publique propriétaire des abattoirs municipaux, par une convention d'occupation du domaine public pour ce qui concerne les emplacements du marché, l'homologation de la transaction visant à réparer les préjudices industriels et commerciaux qu'elle a subis ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

15 janvier 2007.

N° 3529. - C.A. Bordeaux, 28 février 2006.

Mme Mazars, Pt. - Mme Mitjavile, Rap. - M. Duplat, Com. du Gouv.

N° 659

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif à un contrat de droit privé. - Cas. - Contentieux de la rupture du contrat de travail d'un agent recruté pour participer à l'activité de gestion du domaine privé d'une personne publique. - Conditions. - Détermination.

L'activité par laquelle une personne publique gère son domaine immobilier privé ne constitue pas, par elle-même, une mission de service public ; par suite, les agents recrutés par cette personne publique pour participer à l'exécution d'une telle activité sont, à défaut de disposition législative contraire, soumis à un régime juridique de droit privé.

Dès lors, il n'appartient qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire de connaître du litige qui oppose une personne publique à un agent à la suite de la décision prise de le licencier de ses fonctions de gardien d'un immeuble appartenant au domaine privé de la commune.

15 janvier 2007.

N° 3521. - C.A. Paris, 26 mars 2004.

Mme Mazars, Pt. - Mme Hagelsteen, Rap. - M. Duplat, Com. du Gouv. - M^e Foussard, Av.

Cour de cassation

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 15 JANVIER 2007

Titre et sommaire	Page 8
Avis	Page 8
Rapport	Page 9
Rapport complémentaire	Page 20
Observations	Page 22

Avis n° I :

Outre-mer

Nouvelle-Calédonie - Statut civil coutumier - Domaine d'application - Etendue - Réparation du préjudice né d'une infraction - Portée.

8
•

Il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leur coutume, et de l'article 19 de la même loi que la juridiction civile de droit commun, seule compétente pour connaître des litiges dans lesquels toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak, est alors complétée par des assesseurs coutumiers.

En conséquence, la juridiction pénale, à laquelle ne sont pas applicables les articles 2 et suivants de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, dont le sens et la portée n'ont pas été modifiés par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte à droit constant du code de l'organisation judiciaire, est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak.

AVIS

LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire, L. 151-1 et suivants dudit code dans leurs dispositions encore en vigueur, 706-64 et suivants du code de procédure pénale ;

Vu la demande d'avis formulée le 25 septembre 2006 par la cour d'appel de Nouméa, chambre correctionnelle, reçue le 18 octobre 2006 et rédigée ainsi :

« Lorsque la juridiction pénale est appelée à statuer sur l'action civile opposant victime et prévenu de statut civil coutumier kanak, doit-il être fait application des articles 7 et 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la juridiction pénale doit-elle être complétée par des assesseurs coutumiers conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 ? »

EST D'AVIS :

Qu'il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leur coutume, et de l'article 19 de la même loi que la juridiction civile de droit commun, seule compétente pour connaître des litiges dans lesquels toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak, est alors complétée par des assesseurs coutumiers.

En conséquence, la juridiction pénale, à laquelle ne sont pas applicables les articles 2 et suivants de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, dont le sens et la portée n'ont pas été modifiés par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte à droit constant du code de l'organisation judiciaire, est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak.

M. Canivet, P. Pt. - Mme Guihal, Rap., assistée de Mme Cadu, greffier en chef. - M. Finielz, Av. Gén.

Rapport de Mme Guibal

Conseiller rapporteur

Par un arrêt du 25 septembre 2006, la cour d'appel de Nouméa, chambre correctionnelle, a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

« Lorsque la juridiction pénale est appelée à statuer sur l'action civile opposant victime et prévenu de statut civil coutumier kanak, doit-il être fait application des dispositions des articles 7 et 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la juridiction pénale doit-elle être complétée par des assesseurs coutumiers conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 ? »

PLAN DU RAPPORT

Introduction

A. - Le rappel des faits et de la procédure

B. - La recevabilité de la demande d'avis

I. - Le contexte institutionnel calédonien

A. - De l'accord de Nouméa à la loi organique du 19 mars 1999

B. - La répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie

1° Le partage du pouvoir normatif par la loi organique du 19 mars 1999

2° La législation antérieure au transfert des compétences

C. - Le droit coutumier

1° La reconnaissance du statut personnel par le droit constitutionnel

2° L'application du droit coutumier par les juridictions civiles de droit commun

II. - La juridiction pénale peut-elle être complétée par des assesseurs coutumiers ?

A. - Le droit pénal ignore, en principe, la coutume

B. - La juridiction qui statue sur les intérêts civils reste une juridiction pénale

1° Les intérêts civils, même en cas de renvoi après la décision sur l'action publique, sont, en principe, jugés par des juridictions pénales

2° Les règles de procédure civile sont, en principe, inapplicables par les juridictions pénales

3° Les règles de composition des juridictions civiles sont inapplicables aux juridictions pénales

C. - Aucun texte ne déroge aux règles de composition des juridictions pénales lorsque les parties sont de statut civil coutumier

1° La présence d'assesseurs coutumiers est prévue auprès des seules juridictions civiles

2° La composition des juridictions pénales néo-calédoniennes fait l'objet de dispositions spéciales qui ne prévoient pas la présence d'assesseurs coutumiers

III. - La juridiction pénale est-elle compétente à l'égard des litiges de droit civil opposant des personnes de statut civil coutumier ?

A. - La juridiction pénale, statuant sur intérêts civils, ne peut appliquer des règles substantielles différentes de celles qu'applique le juge civil

1° La juridiction pénale, statuant sur intérêts civils, applique les règles substantielles du droit civil

2° Tout litige civil opposant des personnes de statut civil coutumier kanak est régi par le droit coutumier

B. - Les parties peuvent-elles proroger la compétence de la juridiction pénale ?

1° L'option de juridiction et l'option de législation

2° L'exercice de l'option devant le juge pénal

Introduction

A. - Le rappel des faits et de la procédure

Depuis plusieurs années, un conflit coutumier aigu oppose, dans l'île de Lifou, le petit chef de la tribu X..., Marcel Y..., au clan Z..., composé des familles de William, Alphonse et Rémy Z..., qui ne reconnaissent pas son autorité coutumière. En juillet 2003, le clan Z... a été expulsé de la tribu. Une médiation pénale coutumière a conduit à une coutume de pardon sous l'égide de la grande chefferie du district de Loessi en septembre 2004. Il a été décidé de réintégrer le clan Z... au plus tard en février 2005. Estimant que ce clan n'avait pas respecté les procédures coutumières lors de sa réintégration, Marcel Y... l'a exclu de nouveau. Face à la résistance des intéressés, il a fait exécuter sa décision par des membres de la tribu qui ont démonté et démoli l'ensemble des cases et des maisons habitées par les familles Z...

Marcel Y..., qui a revendiqué la responsabilité personnelle de ces faits, a été condamné à six mois d'emprisonnement avec sursis pour complicité de dégradation volontaire de biens immobiliers appartenant à autrui par un jugement, devenu définitif, rendu par le tribunal correctionnel de Lifou le 12 mai 2005. Par cette même décision, le tribunal a reçu en leurs constitutions de parties civiles Rémy, William et Alphonse Z..., a condamné Marcel Y... à leur verser une indemnité provisionnelle de 300 000 FCFP et a renvoyé l'affaire à une audience ultérieure pour permettre aux parties civiles de justifier du montant de leurs demandes.

Par jugement du 17 novembre 2005, le même tribunal, statuant sur les intérêts civils, a déclaré recevables les seules demandes d'indemnisation formées par Rémy, William et Alphonse Z... au titre de la destruction de leurs biens meubles et immeubles ainsi que de leur préjudice d'agrément, déclaré irrecevables les demandes présentées par d'autres membres des familles Z... et ordonné une expertise aux fins d'évaluation des éléments de préjudice.

Un appel a été formé contre ce jugement par Rémy, Alphonse et William Z... Les conclusions des parties portaient exclusivement sur l'évaluation des préjudices. La cour d'appel de Nouméa s'est interrogée d'office sur la nécessité de compléter la chambre correctionnelle par des assesseurs coutumiers. Elle a considéré qu'une telle obligation était susceptible de se déduire d'un avis rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 2005 (Avis n° 005 0011, *BICC* n° 637 du 1^{er} avril 2006, rapp. p. Chauvin, obs. F. Cavarroc, *Bull.* 2006, Avis, n° 9 ; *RTD Civ.* 2006, p. 516, obs. P. Deumier). Cet avis s'est prononcé en faveur de la présence d'assesseurs coutumiers lorsque la juridiction civile statue en matière d'assistance éducative, quoique l'assistance éducative soit une question étrangère à la tradition coutumière.

La cour d'appel, par un arrêt du 8 août 2006, a avisé les parties et le ministère public qu'elle envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur le point de savoir si la juridiction pénale, appelée à statuer sur l'action civile opposant une victime et un prévenu de statut civil coutumier kanak, devait être complétée par des assesseurs coutumiers.

Les parties et le ministère public ont unanimement conclu à la compétence de la cour d'appel statuant hors la présence d'assesseurs coutumiers pour trancher le litige.

Le procureur général a exposé que le droit pénal relevait de la seule compétence de l'État, en application de l'accord constitutionnel de Nouméa du 5 mai 1998 et de l'article 21 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. Il en a déduit qu'à défaut de dispositions spéciales, il convenait de se référer aux seules dispositions du code pénal et du code de procédure pénale pour définir les conditions de répression des infractions et d'indemnisation des victimes par le juge pénal.

Les parties civiles, comme le prévenu, ont fait valoir que la coutume kanak ne réglait nullement la question de l'allocation de dommages-intérêts à des victimes.

Les conclusions du prévenu étaient particulièrement développées. Elles soutenaient :

- que l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 qui prévoit que les contestations entre citoyens de statut civil particulier peuvent être portées devant la juridiction civile complétée par des assesseurs de statut civil particulier ne concernent que les domaines régis par ledit statut ;

- que « ces domaines sont d'ailleurs parfaitement connus puisqu'ils ont été recensés tout d'abord par la délibération du 3 avril 1967 concernant le droit de la famille (naissance ou mariage, divorce, filiation, adoption), plus tard par la délibération n° 148 du 8 septembre 1980 organisant la succession des biens immobiliers » ;

- que l'allocation de dommages-intérêts à des victimes est totalement étrangère au droit coutumier, comme d'ailleurs la matière de l'assistance éducative ;

- que « vouloir faire intervenir les règles coutumières pour tout le droit civil relève à l'heure actuelle d'une véritable utopie, ce constat étant aggravé par le fait que sur le terrain et en pratique les juridictions ont le plus grand mal à réunir les assesseurs coutumiers lorsque la situation l'exige, ces derniers ne se sentant soit pas véritablement concernés par la noble mission confiée, ou souhaitant tout simplement bloquer la juridiction qui ne peut rendre une décision du fait de leur absence ».

Le prévenu concluait en soulignant qu'à supposer que le système fonctionnât - ce qui, selon lui, n'était pas le cas actuellement - il existait plusieurs aires coutumières, dont les représentants pourraient, dans des secteurs que la coutume n'a jamais envisagés, créer des jurisprudences différentes génératrices d'insécurité juridique.

B. - La recevabilité de la demande d'avis

1° Au regard des règles de forme

La cour d'appel, ayant recueilli les observations écrites des parties et du ministère public, a décidé de solliciter l'avis de la Cour de cassation par un arrêt du 25 septembre 2006.

Cette décision a été adressée au greffe de la Cour de cassation avec les conclusions et les observations écrites. Elle a été portée à la connaissance du parquet général. Elle a été notifiée aux parties, avec la date de transmission du dossier, par lettres recommandées avec demande d'avis de réception reçues les 9 et 10 octobre 2006.

Le dossier complet est parvenu à la Cour de cassation le 18 octobre 2006.

Les formalités prescrites par les articles 706-65 et 706-66 du code de procédure pénale ayant été observées, la demande d'avis est recevable au regard de ces textes.

2° Au regard des règles de fond

Il est renvoyé à cet égard au rapport présenté par P. Chauvin sur la demande d'avis en matière d'assistance éducative.

La question de droit est-elle **nouvelle** ?

Les dispositions dont il convient d'apprécier la portée sont contenues dans la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, qui constitue un texte sinon réellement nouveau, du moins récent. En toutes hypothèses, la question posée n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation, ce qui suffit à caractériser la nouveauté.

La question de droit présente-t-elle une **difficulté sérieuse** ?

Telle qu'elle est formulée, la question pourrait paraître dénuée de pertinence. La cour d'appel de Nouméa interroge la Cour de cassation sur le point de savoir si la **juridiction pénale**, statuant sur intérêts civils dans un litige opposant des personnes de statut civil coutumier, doit être complétée par des assesseurs coutumiers en application de l'article 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. Or ce texte prévoit que les assesseurs coutumiers sont exclusivement appelés à compléter la **juridiction civile**.

Mais il ne semble pas que l'on puisse s'en tenir à cette constatation. Comme le souligne la cour d'appel, les règles substantielles qu'applique la juridiction pénale statuant sur intérêts civils sont les règles de droit civil. Dès lors qu'il paraît résulter de l'avis rendu le 16 décembre 2005, en matière d'assistance éducative, que la présence d'assesseurs coutumiers est requise, lorsque les parties sont de statut civil coutumier, dans toutes les affaires concernant la matière civile, peu important que la coutume soit muette sur la question en cause, il existe bien une difficulté concernant la possibilité pour la juridiction pénale de statuer, sans assesseur coutumier, sur un litige civil opposant deux personnes de statut civil coutumier. Le fond, en l'occurrence, ne semble guère dissociable de la forme : les juges professionnels ne sont pas en mesure de discerner des règles coutumières non écrites, ni, *a fortiori*, de dégager, sur des questions étrangères à la coutume, une jurisprudence inspirée de modes de raisonnement coutumiers.

La question posée doit donc être examinée sous ses deux aspects - explicite : la présence d'assesseurs coutumiers aux audiences de la juridiction pénale statuant sur intérêts civils - et implicite, en cas de réponse négative à la première question : la compétence de la juridiction pénale pour examiner les litiges d'intérêts civils opposant des parties de statut civil coutumier.

Ainsi analysée, la question présente une difficulté sérieuse.

La question se pose-t-elle dans de **nombreux litiges** ?

Il est renvoyé sur ce point aux observations de P. Chauvin. La population mélanésienne est actuellement estimée à environ 100 000 personnes. Même si elles ne sont pas toutes de statut civil coutumier kanak, leur nombre est suffisant pour que les hypothèses d'infractions commises par certaines d'elles au détriment d'autres personnes de même statut ne puissent être considérées comme marginales.

Les conditions édictées par l'article L. 151-1, alinéa premier, devenu l'article L. 441-1, du code de l'organisation judiciaire, auquel renvoie l'article 706-64 du code de procédure pénale, peuvent être considérées comme remplies, de sorte que la demande d'avis est recevable au regard de ces textes.

*
* *

Pour une présentation historique et sociologique des institutions néo-calédoniennes, il est renvoyé au rapport de P. Chauvin sur l'avis du 16 décembre 2005.

I. - Le contexte institutionnel calédonien

A. - De l'accord de Nouméa à la loi organique du 19 mars 1999

L'accord de Nouméa. Le 5 mai 1998, un « accord sur la Nouvelle-Calédonie » a été signé à Nouméa, entre le gouvernement de la République française et les représentants des principales formations politiques de Nouvelle-Calédonie (*JORF* du 27 mai, p. 8039). Il trace, pour vingt années, les principales orientations de l'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie ainsi que les modalités de son émancipation. Il comporte un « préambule » et un « document d'orientation ».

Le préambule souligne d'abord que le territoire constituant la Nouvelle-Calédonie « n'était pas vide » lorsque la France en a pris possession. La colonisation s'est traduite par des appropriations foncières et des

déplacements de population, qui ont privé les clans de leurs noms en même temps que de leurs terres, élément fondateur de leur identité. Des institutions ont été mises en place qui étaient « *dépourvues d'autorité selon la coutume, ce qui a accentué le traumatisme identitaire* ». « *La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité (...). La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie* ».

« *L'identité kanak* » constitue le premier point du « *document d'orientation* ». Sa restauration passe notamment par une dérogation à l'article 75 de la Constitution, qui interdit le retour au statut personnel coutumier pour ceux qui ont, ou dont les ascendants ont, opté pour le statut de droit commun. Elle suppose également le transfert aux institutions calédoniennes de la compétence en matière de règles coutumières et la reconnaissance des autorités coutumières dans des conditions permettant de garantir leur légitimité. Elle comporte enfin des implications relatives au patrimoine culturel et à la terre.

Les autres points du « *document d'orientation* » fixent les principes relatifs aux institutions, aux compétences, au développement économique et social et à l'évolution de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie. Ils prévoient notamment le transfert progressif de compétences législatives à un Congrès élu, dont certaines délibérations auront le caractère de lois du pays et ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel, avant leur publication. Un Sénat coutumier sera saisi de tous les projets concernant l'identité kanak, mais le Congrès pourra passer outre sa délibération par un second vote.

Le point 5 prévoit qu'« *Au cours du quatrième mandat (de cinq ans) du Congrès, une consultation électorale sera organisée (...) sur le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité* ».

La loi constitutionnelle du 6 juillet 1998. Pour l'application de cet accord a été adoptée, par le Parlement français réuni en Congrès, le 6 juillet 1998, une loi constitutionnelle qui a rétabli un titre XIII de la Constitution, désormais intitulé « *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie* », comprenant deux articles, 76 et 77. L'article 76 a pour objet la consultation des populations néo-calédoniennes sur l'accord de Nouméa. L'article 77 dispose :

« *Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :*

- *les compétences de l'Etat qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;*

- *les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ;*

- *les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ;*

- *les conditions et délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté.*

Les autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi ».

La loi organique du 19 mars 1999. Sur le fondement de l'article 77 de la Constitution a été adoptée la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie (JO du 21 mars, p. 4197 - cf. F. Garde, *Brèves observations sur la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie*, in J.-Y. Faberon et G. Agniel (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 2000, p. 249 ; F. Garde, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, 2001 ; A. Christnacht, *La Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 2004 ; J.-Y. Faberon (dir.), *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, La Documentation française, 2004).

Elle crée les institutions prévues par l'accord de Nouméa : le Congrès, le gouvernement, le Sénat coutumier et les conseils coutumiers, le Conseil économique et social ainsi que les institutions provinciales. Elle définit leur composition, leurs règles de fonctionnement, leurs compétences et leurs rapports, entre elles et avec l'Etat, représenté par le haut-commissaire de la République.

Par l'institution des « lois du pays » (article 99), elle confère au Congrès un pouvoir législatif autonome et exclusif dans les matières qu'elle énumère.

Elle fixe, en matière de statut civil coutumier et de propriété coutumière, les règles nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa.

La décision du Conseil constitutionnel du 15 mars 1999. Le Conseil constitutionnel, auquel la loi organique a été soumise en application de l'article 77 de la Constitution, s'est prononcé par une décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 (JO du 21 mars, p. 4234), qui n'a déclaré contraire à la Constitution que deux dispositions relatives aux cas d'inéligibilité et à l'organisation de la consultation sur l'accession à la souveraineté.

Le Conseil a précisé que son contrôle devait s'exercer « *non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle* ». « *Toutefois, de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord.* » Sur l'extension du bloc de

constitutionnalité applicable à la Nouvelle-Calédonie, v. R. Fraisse, *La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie*, RFD. adm. 2000, p. 78 ; O. Gohin, chron., AJDA 1999, p. 500 ; P. de Deckker et J.-Y. Faberon (dir.), *L'Etat pluriculturel et le droit aux différences*, Bruylant, 2003).

Le Conseil n'a censuré aucune disposition relative au statut civil coutumier, à la propriété coutumière ou à la répartition des compétences entre l'Etat et les institutions calédoniennes. Il a seulement introduit une réserve d'interprétation concernant l'acquisition du statut civil coutumier par l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent.

*
* *

Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie n'est plus un territoire d'Outre-mer. Elle constitue une collectivité « *sui generis* » (J.-Y. Faberon (dir.), *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, La Documentation française 2004 ; R. Fraisse, *La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie*, RFD adm. 2000, p. 77).

B. - La répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie

1° Le partage du pouvoir normatif par la loi organique du 19 mars 1999

Les compétences de l'Etat. - Aux termes de l'article 21 de la loi organique :

« I. - L'Etat est compétent dans les matières suivantes :

(...)

2° **Justice, organisation judiciaire, organisation de la profession d'avocat, frais de justice pénale et administrative ; procédure pénale et procédure administrative contentieuse ; commissions d'office et service public pénitentiaire**

(...)

II. - L'Etat est également compétent dans les matières suivantes, sous réserve le cas échéant de l'application des dispositions mentionnées aux articles 28 à 38 (essentiellement, la faculté pour les autorités calédoniennes de passer des accords avec des Etats, des territoires, des organisations internationales) :

(...)

5° **Droit pénal, sous réserve des dispositions prévues aux articles 86, 87, 88 et au deuxième alinéa de l'article 157.** »

L'article 86 permet au Congrès d'assortir de peines d'amendes les infractions aux lois du pays et à ses règlements. L'article 87 l'autorise à assortir de telles infractions de peines d'emprisonnement sous réserve d'homologation par la loi. L'article 88 permet au Congrès, dans les domaines de sa compétence, de régler la transaction, qui éteint l'action publique sous réserve de l'accord du procureur de la République.

Quant à son contenu, la législation appliquée à la Nouvelle-Calédonie depuis son annexion en 1853 a toujours été et reste soumise au principe de spécialité. Enoncé par l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946, ce principe est actuellement déduit de l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il en résulte que les lois et règlements édictés en France ne s'appliquent dans les TOM que si leurs dispositions le prévoient expressément (par ex. CE, 12 mai 1989, Rec. CE 124 ; AJDA 1990, p. 711, note Prétot). Font exception à ce principe les textes dits de « souveraineté » tels que les lois organiques (Cons. const., 28 déc. 1985, n° 85-205 DC, JO, 29 déc., p. 15388), les lois relatives aux juridictions suprêmes (T. confl., 17 juin 1918, Rec. CE 593) ou les dispositions statutaires relatives aux agents de l'Etat (CE, 26 mars 1915, Rec. CE 90).

Les compétences de la Nouvelle-Calédonie. Aux termes de l'article 22 de la loi organique :

« La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes :

(...)

5° **Statut civil coutumier ; terres coutumières et palabres coutumiers ; limites des aires coutumières ;**

(...)

18° **Procédure civile, aide juridictionnelle et administration des services chargés de la protection judiciaire de l'enfance** ».

Certaines compétences, énumérées à l'article 21 III de la loi organique font l'objet, conformément à l'article 26, d'un transfert progressif de l'Etat à la Nouvelle-Calédonie au cours des mandats du Congrès commençant en 2004 et 2009. Il s'agit, notamment, du droit civil, des règles de l'état civil, ainsi que du droit commercial.

Les compétences normatives de la Nouvelle-Calédonie sont exercées par le Congrès. L'article 99 de la loi organique investit celui-ci d'un pouvoir législatif autonome dans les matières qu'il définit. Les projets de « lois du pays » sont soumis pour avis au Conseil d'Etat avant leur adoption par le gouvernement calédonien (article 100). Ces lois peuvent, avant leur promulgation, être déferées au Conseil constitutionnel dans les conditions prévues par l'article 104. Aux termes de l'article 107, elles ont force de loi dans le domaine défini à l'article 99 et ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation (V. Y. Brard, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les « lois du pays », Les petites affiches, 6 juin 2001, n° 112, p. 4 ; L. Tesoka, *Le « modèle » des lois de pays*, in J.-Y. Faberon, *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions* : La Documentation française, 2006, p. 211).

2° La législation antérieure au transfert des compétences

Le principe de permanence des textes s'applique à la situation calédonienne. Ainsi que l'exprimait R. Odent « *les lois survivent aux révolutions tant qu'il n'en a pas été ordonné autrement* » (R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours du droit, 6^e éd., 1977-1981, p. 426, cité in R. Fraisse, *La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie*, précité).

L'article 222 de la loi organique l'énonce dans les termes suivants :

« I. - *Les dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Nouvelle-Calédonie à la date de la promulgation de la présente loi organique et qui ne lui sont pas contraires restent applicables.*

II. - *Les lois, ordonnances et décrets intervenus dans les matières qui relèvent désormais de la compétence des autorités de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces peuvent être modifiés par leurs institutions dans les conditions et selon les procédures prévues par la présente loi organique.* »

C. - Le droit coutumier

Les présents développements reprennent ceux du rapport de P. Chauvin dans la procédure d'avis n° 05-00.026, largement inspirés des travaux de R. Lafargue, notamment de son ouvrage *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, PU Aix-Marseille 2003.

1° La reconnaissance du statut personnel par le droit constitutionnel

Sous le régime antérieur à la Constitution de la IV^e République, les « *sujets* » qui souhaitaient acquérir la nationalité française devaient souscrire une déclaration en vue de leur naturalisation. Une telle déclaration (qui engageait également l'épouse ainsi que les enfants nés et à naître) emportait automatiquement renonciation au statut personnel, de sorte qu'elle conduisait à une totale assimilation des intéressés.

La Constitution du 27 octobre 1946, en son article 82, a distingué citoyenneté et statut personnel : l'article 80 reconnaissait la qualité de citoyen à tous les ressortissants des territoires d'Outre-mer tandis que l'article 82 décidait que les citoyens n'ayant pas le statut civil français conservaient leur statut personnel tant qu'ils n'y avaient pas renoncé, ce statut ne pouvant « *en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen* ».

La **Constitution du 4 octobre 1958** se place dans le prolongement de la précédente. Elle prévoit, en son **article 75**, que « *les citoyens de la République, qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* ».

Tout en reconnaissant l'existence de deux statuts, le statut civil de droit commun et le statut personnel, l'article 75, en imposant le caractère irréversible de l'adoption du statut de droit commun, tend implicitement au dépérissement des statuts civils particuliers.

L'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 (revêtu d'une valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution : Cons. const., 15 mars 1999, précité ; Ass. plén., 2 juin 2000, pourvoi n° 99-60.274, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 4), rompt avec cette logique. Son point 1.1 prévoit expressément qu'à l'égard de la Nouvelle-Calédonie, il sera dérogé à l'article 75 de la Constitution. C'est sur ce fondement que l'article 13 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie règle les hypothèses dans lesquelles il peut être renoncé au statut civil de droit commun par les personnes qui ont relevé, ou dont les ascendants ont relevé, du statut coutumier.

2° L'application du droit coutumier par les juridictions civiles de droit commun

Le statut personnel kanak a été consacré par un arrêt du tribunal supérieur d'appel de Nouméa du 28 février 1920, puis par un arrêté n° 631 du 21 juin 1934, portant création d'un état civil des indigènes, lequel a été modifié et complété par une délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil des citoyens de statut civil particulier et complétée elle-même par une circulaire n° 13-2815 du 25 août 1967 relative au fonctionnement de l'état civil des citoyens de statut particulier.

Si le statut personnel était expressément reconnu par le droit français, les juridictions de la République n'appliquaient pas le droit coutumier, non seulement par l'effet de réflexes civilocentristes mais aussi parce qu'elles n'avaient pas les moyens de connaître le contenu d'un droit non écrit. Le raisonnement qu'elles avaient adopté est ainsi décrit par R. Lafargue (*op. cit.*, p. 37) : « *soit le plaideur réglait son litige devant l'autorité coutumière considérée comme son juge « naturel » (dans une société marquée par une logique de "développement séparé"), soit il avait échoué devant cette autorité et s'il saisissait le juge de droit moderne, on en déduisait son souhait de se voir appliquer le droit civil* ». La jurisprudence calédonienne, en effet, afin d'éviter au plaideur mélanésien d'avoir à changer de statut pour pouvoir agir en justice, avait admis une solution médiane : les parties pouvaient solliciter d'un commun accord l'application du droit civil en renonçant à se prévaloir d'une coutume que la juridiction n'était pas à même de connaître. A défaut d'une telle renonciation, les juridictions se déclaraient incompétentes *ratione personae*.

Une **ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982** instituant des **assesseurs coutumiers** dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel, a aménagé les conditions d'une application du droit coutumier par les juridictions de la République, « *sans créer des juridictions nouvelles - pas plus qu'un ordre de juridictions coutumières* » (R. Lafargue, *op. cit.*, p. 43). Ses dispositions ont été abrogées et remplacées à droit constant par les articles L. 562-19 à L. 562-24 du code de l'organisation judiciaire (ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006).

L'ordonnance du 15 octobre 1982 a officialisé la juridiction traditionnelle des chefs coutumiers sous la forme d'un pouvoir de conciliation. Elle a prévu surtout que lorsque le tribunal de première instance et la cour d'appel étaient saisis de litiges entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ledit statut, ils

étaient complétés par des assesseurs de statut civil particulier dotés d'une voix délibérative (articles 2 et 3). Les citoyens de statut particulier pouvaient néanmoins, d'un commun accord, réclamer, *in limine litis*, devant le tribunal de première instance « l'application des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction » (article 7).

Il semble que l'ordonnance du 15 octobre 1982 soit restée lettre morte jusqu'en 1990, les assesseurs coutumiers, entrés en fonction le 1^{er} janvier 1983, n'ayant été saisis qu'une seule fois et n'ayant pas été renouvelés (R. Lafargue, *op. cit.*, p. 43).

L'institution des assesseurs coutumiers a été « réactivée » par la loi n° 89-378 du 13 juin 1989, portant diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Cette loi a créé des sections détachées du tribunal de première instance de Nouméa - à Koné et Lifou - compétentes pour juger dans leur ressort des affaires civiles, correctionnelles et de police, notamment les litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions de l'ordonnance du 15 octobre 1982. Cette réforme a rendu la justice accessible aux populations mélanésiennes et rapproché les magistrats des justiciables dans des zones de forte vitalité des traditions coutumières.

Néanmoins, les modifications de l'organisation judiciaire n'ont pas eu, semble-t-il, d'effet immédiat sur la jurisprudence locale. La véritable rupture avec les habitudes intellectuelles passées a été consommée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 février 1991 (*Bull.* 1991, II, n° 44 ; D. 1992, p. 93, note G. Orfila). La cour d'appel de Nouméa s'était déclarée incompétente *ratione personae* dans un litige qui opposait deux personnes de statut particulier en retenant que seule la demanderesse avait renoncé à son statut particulier alors que le défendeur en revendiquait expressément le bénéfice. Cette décision a été cassée par la deuxième chambre, au visa des articles 3 et 7 de l'ordonnance du 15 octobre 1982, au motif que ces dispositions ne concernaient pas la compétence mais la composition des juridictions et qu'il appartenait seulement aux juges du second degré, dans de telles circonstances, « d'appeler des assesseurs désignés conformément à l'ordonnance précitée à compléter la formation de jugement ».

Cet arrêt interdit, par conséquent, aux juridictions civiles de se soustraire à leur obligation d'appliquer les règles coutumières lorsqu'elles sont saisies de litiges opposant des personnes de statut civil coutumier.

II. - La juridiction pénale peut-elle être complétée par des assesseurs coutumiers ?

Bien que ce ne soit pas directement l'objet de la question - qui porte exclusivement sur les intérêts civils - il convient de souligner que le droit pénal est, en principe, hermétique à la coutume (A), avant de rappeler que la juridiction qui statue sur les intérêts civils reste une juridiction pénale (B) et qu'aucune disposition ne vient déroger, à l'égard des personnes de statut civil coutumier, aux règles de composition de cette juridiction (C).

A. - Le droit pénal ignore, en son principe, la coutume

Aussi artificielle que puisse être la frontière aux yeux des intéressés, la pleine reconnaissance du statut particulier sur le plan civil est sans effet au regard de la loi pénale. La chambre criminelle rappelle qu'« aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut civil coutumier » (Crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959).

La mise à exécution de telles sanctions s'analyse, au regard du droit pénal, comme des violences volontaires ou - ainsi qu'en témoigne la présente affaire - comme la destruction de biens appartenant à autrui.

Le principe d'unité du droit pénal n'a pas été affecté par l'accord de Nouméa et les textes subséquents. L'accord a seulement prévu la reconnaissance d'une médiation pénale coutumière, qui ne paraît d'ailleurs pas s'être concrétisée.

La pratique des juridictions néo-calédoniennes comporte une reconnaissance implicite du fait coutumier à travers, notamment, la prise en considération du « pardon coutumier ». Les peines infligées par les institutions judiciaires n'éteignent pas, en effet, l'obligation de « rachat » du crime à l'égard du clan de la victime, de sorte que pour éviter que le coupable ne soit trop lourdement sanctionné, les juges, dans l'appréciation de la peine, tiennent compte des réparations coutumières (R. Lafargue, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, p. 138).

Toutefois, au-delà de ces accommodements pratiques, la reconnaissance *de jure* d'un statut pénal spécial est exclue. Elle se heurterait d'ailleurs aux engagements contractés par la France en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. La coutume pénale kanak fait, en effet, une large place aux châtiments corporels (mais pas seulement : cf. E. Rau, *Institutions et coutumes canaques* (1944), réédition préfacée et annotée par R. Lafargue, L'Harmattan, coll. fac-similés océaniens, 2006) ; elle ne satisfait pas au principe de légalité des infractions et des peines ni à celui de personnalité de la responsabilité pénale, l'ensemble du clan du coupable subissant les effets de la sanction.

B. - La juridiction qui statue sur les intérêts civils reste une juridiction pénale

1° Les intérêts civils, même en cas de renvoi après la décision sur l'action publique, sont, en principe, jugés par des juridictions pénales

Ceci résulte de l'article 3 du code de procédure pénale aux termes duquel : « L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction.

Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découlent des faits objets de la poursuite. »

Ce principe est mis en œuvre par l'article 464 du même code qui dispose : « *Si le tribunal estime que le fait constitue un délit, il prononce la peine.* »

Il statue, s'il y a lieu, sur l'action civile, et peut ordonner le versement provisoire, en tout ou partie des dommages-intérêts alloués.

Il a aussi la faculté, s'il ne peut se prononcer en l'état sur la demande en dommages-intérêts, d'accorder à la partie civile une provision exécutoire nonobstant opposition ou appel. »

Lorsqu'il est statué par un même jugement sur l'action publique et sur l'action civile, il va de soi que la décision est rendue par une juridiction pénale. Mais si l'affaire est renvoyée à des audiences ultérieures sur les seuls intérêts civils, c'est le même procès qui se poursuit, devant la même juridiction. Cela se déduit d'ailleurs de l'article 10, alinéa 2, du code de procédure pénale, issu de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 qui dispose : « *lorsqu'il a été statué sur l'action publique, les mesures d'instruction ordonnées par le **juge pénal sur les seuls intérêts civils** obéissent aux règles de procédure civile* ».

Les intérêts civils ne sont renvoyés devant une juridiction civile que si la loi le prévoit expressément. C'est ce que fait le second alinéa de l'article 470-1 dans une hypothèse très particulière.

L'alinéa premier de cet article prévoit que lorsque le tribunal saisi, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle, prononce une relaxe, il demeure compétent, sur la demande de la partie civile ou de son assureur pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite. C'est donc bien la juridiction correctionnelle qui, en principe, reste saisie. L'alinéa 2 ajoute : « *Toutefois, lorsqu'il apparaît que des tiers responsables doivent être mis en cause, le tribunal renvoie l'affaire, par une décision non susceptible de recours, devant la juridiction civile compétente qui l'examine d'urgence selon une procédure simplifiée déterminée par décret en Conseil d'Etat.* »

En vertu de l'article 804 du code de procédure pénale, les articles 3, 10 et 464 sont applicables en Nouvelle-Calédonie. L'article 470-1 l'est également, sous cette réserve que l'article 844 en retranche le dernier membre de phrase relatif à l'examen d'urgence selon une procédure simplifiée.

2° Les règles de procédure civile sont, en principe, inapplicables par les juridictions pénales

« *L'action en réparation du préjudice né de l'infraction, exercée devant les juridictions répressives, bien que "civile", est accessoire à l'action publique. Elle sera jugée, sauf les exceptions prévues par la loi, selon les règles de la procédure pénale (...). Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, un obstacle supplémentaire (à l'application du code de procédure civile) qui tient à la source de la procédure pénale paraît infranchissable. Selon les articles 34 et 37 de la Constitution, la procédure pénale relève exclusivement de la loi, tandis que la procédure civile est abandonnée au pouvoir exécutif. Par conséquent, en cas de silence de la loi, il devient impossible de raisonner par analogie et de fonder le jugement sur une disposition prise dans le nouveau code de procédure civile* » (J. Leroy, J.-Cl. Procédure pénale, article 464, n° 36).

Le seul renvoi aux règles de procédure civile qu'admet la chambre criminelle est celui qui est expressément opéré, en matière d'expertise après décision sur l'action publique, par l'article 10, alinéa 2, précité du code de procédure pénale.

La jurisprudence sur ce point (concernant des décisions rendues sur les seuls intérêts civils) est constante :

- à défaut de dérogations édictées par la loi, et les articles 554 et 555 du nouveau code de procédure civile étant inapplicables en matière pénale, la règle d'ordre public du double degré de juridiction s'oppose à toute intervention des caisses de sécurité sociale pour la première fois en cause d'appel (Crim., 4 novembre 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 358, pourvoi n° 91-84.370) ;

- les règles relatives à la péremption d'instance en matière civile ne peuvent recevoir application devant une juridiction pénale (Crim., 27 septembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 279, pourvoi n° 99-88.024, titré) ;

- les dispositions des articles 461 et 462 du code de procédure civile, qui régissent l'interprétation et la rectification des décisions de justice, n'étant pas applicables par le juge pénal, celui-ci ne peut procéder d'office à la rectification de ses décisions (sur une requête en interprétation) alors que les articles 710 et 711 du code de procédure pénale ne prévoient pas en cette matière de saisine d'office (Crim., 13 décembre 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 330).

3° Les règles de composition des juridictions civiles sont inapplicables aux juridictions pénales

Avant l'intervention de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui a prévu le renvoi des intérêts civils à un juge unique, les tentatives qui avaient été faites pour transposer en cette matière l'institution du juge rapporteur avaient été censurées par la chambre criminelle en ces termes :

« *Vu les articles 510 et 592 du code de procédure pénale ;*

Attendu qu'il résulte de ces textes que la chambre des appels correctionnels est composée, même lorsqu'elle statue sur les seuls intérêts civils, d'un président de chambre et de deux conseillers, qui doivent assister à toutes les audiences au cours de laquelle la cause est instruite, plaidée ou jugée ; que ces règles sont d'ordre public, les parties ne pouvant y renoncer ;

Attendu que l'arrêt attaqué mentionne qu'un conseiller rapporteur a entendu seul les plaidoiries, les avocats ne s'y étant pas opposés, et qu'il en a rendu compte à la cour d'appel dans son délibéré ;

Mais attendu qu'en cet état, la juridiction du second degré a violé les textes susvisés » (Crim., 1^{er} février 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 50, pourvoi n° 99-80.533).

C. - Aucun texte ne déroge aux règles de composition des juridictions pénales lorsque les parties sont de statut civil coutumier

1° La présence d'assesseurs coutumiers est prévue auprès des seules juridictions civiles

L'article 19 de la loi organique dispose : « **La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi** ».

Quant à l'ordonnance du 15 octobre 1982, elle a pour objet d'instituer « des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, au tribunal **civil** de première instance et à la cour d'appel ».

2° Aucune disposition législative ne déroge, en matière d'intérêts civils, aux règles de composition des juridictions pénales calédoniennes

La composition des juridictions pénales est fixée par les articles L. 933-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire (devenus les articles L. 562-8 et suivants). Les dispositions actuelles sont issues de l'ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992, mais l'échevinage en matière pénale a été d'abord introduit par la loi du 13 juin 1989.

En matière correctionnelle, le tribunal de première instance, siégeant en formation collégiale, est complété par des assesseurs non professionnels ayant voix délibérative (article L. 562-9). Il est précisé que les juges non professionnels ne peuvent être majoritaires (article L. 562-8, alinéa 2).

Ce système d'**échevinage** permet de prendre en considération la sensibilité locale, mais il n'a nullement pour objet d'introduire la coutume dans le procès pénal. Le recrutement des assesseurs correctionnels est d'ailleurs tout-à-fait distinct de celui des assesseurs coutumiers. Les premiers sont choisis, pour une durée de deux ans, parmi les personnes de nationalité française, âgées de plus de 23 ans, jouissant des droits civiques, civils et de famille et présentant des garanties de compétence et d'impartialité. La liste en est dressée par le garde des sceaux sur proposition du premier président après avis du procureur général et de l'assemblée générale de la cour d'appel (article L. 562-11). Quant aux assesseurs coutumiers, qui doivent également avoir la nationalité française, ils sont nécessairement de statut civil particulier et âgés de plus de 25 ans (article L. 562-21). Leur liste, qui doit garantir la représentation des différentes coutumes, est dressée par l'assemblée générale de la cour d'appel, sur proposition du procureur général (article L. 562-21).

III. - La juridiction pénale est-elle compétente à l'égard des litiges de droit civil opposant des personnes de statut civil coutumier ?

A. - La juridiction pénale, statuant sur intérêts civils, ne peut appliquer des règles substantielles différentes de celles qu'appliquerait le juge civil

1° La juridiction pénale, statuant sur intérêts civils, applique les règles substantielles du droit civil

L'article 69 de l'ancien code pénal enjoignait aux tribunaux de se conformer, en matière de responsabilité civile, aux dispositions du code civil. Si cette disposition n'a pas été reprise dans le nouveau code, le principe est toujours en vigueur comme en témoigne, par exemple, un arrêt du 4 janvier 1995 qui énonce : « *Attendu qu'il résulte des dispositions des articles 2 et 3 du code de procédure pénale que l'action civile en réparation d'un dommage découlant d'une infraction peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction ; qu'il s'ensuit que les règles de fond de la responsabilité civile s'imposent au juge pénal qui en est saisi par la victime* » (Crim., 4 janvier 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 3, pourvoi n° 93-82.698).

En cas de déclaration de culpabilité, l'identité de la faute pénale et de la faute civile comme la référence aux articles 1382 et 1383 du code civil. En revanche, le juge pénal fonde expressément :

- sur l'article 1384, alinéa premier, du code civil, la condamnation en qualité de civilement responsable de l'établissement dans lequel est placé un handicapé mental (Crim., 4 janvier 1995, précité) ou un mineur (Crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 357, pourvoi n° 95-84.186 ; Dr. famille 1997, n° 83, note P. Murat ; D. 1997, p. 309, note M. Huyette ; JCP 1997, II, 22833, note F. Chabas) ;

- sur l'article 1384, alinéa 4, la condamnation en qualité de civilement responsable des père et mère (Crim., 8 février 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 44, pourvoi n° 03-87.447 ; JCP 2005, II, 10049 note Steinlé) ;

- sur l'article premier de la loi du 31 décembre 1957, la substitution de la responsabilité civile de la personne morale de droit public à celle de son agent en matière d'accidents de la circulation (Crim., 20 janvier 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 37, pourvoi n° 91-87.009) ;

- sur l'article L. 911-4 du code de l'éducation, la substitution de la responsabilité civile de l'Etat à celle des membres de l'enseignement (Crim., 20 sept. 2006, pourvoi n° 05-87.229).

En matière d'accident de la circulation, la chambre criminelle juge que l'indemnisation des victimes est fondée sur les dispositions de la loi du 5 juillet 1985, à l'exclusion de celles des articles 1382 et suivants du code civil (Crim., 7 octobre 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 307, pourvoi n° 92-80.210).

En cas de relaxe sur des poursuites du chef d'infractions non intentionnelles, l'article 470-1 du code de procédure pénale prévoit que la juridiction pénale reste compétente pour réparer « *sur le fondement du droit civil* » les dommages résultant des faits qui ont fondé les poursuites.

2° Tout litige civil opposant deux personnes de statut civil coutumier kanak est régi par le droit coutumier

Le caractère général de l'application de la coutume aux litiges de droit civil opposant des personnes de statut civil coutumier kanak résulte maintenant très clairement de l'avis rendu le 16 décembre 2005. Mais il n'est

pas inutile de rappeler qu'une telle interprétation semble être à contre-courant des pratiques des juridictions calédoniennes, pratiques qui procédaient du constat que la coutume ignore certains aspects du droit civil, en particulier les contrats et la responsabilité civile. Les conclusions développées par le défendeur dans la présente affaire témoignent de la récurrence de ces difficultés (cf. H. Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Sirey, 1927, v. p. 251, n° 215 et p. 273, n° 240, cité par R. Lafargue, *Les statuts personnels dans le droit de l'Outre-mer français : entre droit et non-droit*, Actes du colloque *Les statuts personnels en droit comparé*, 21 novembre 2006, Université Marc Bloch, Strasbourg, à paraître).

La jurisprudence néo-calédonienne s'est développée sur une interprétation *a contrario* de la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'Outre-mer. Les juges avaient déduit de ce texte que le droit coutumier régissait seulement l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. Quant à l'ordonnance du 15 octobre 1982, qui prévoyait la présence d'assesseurs coutumiers pour statuer sur des « litiges » ou des « différends » en matière coutumière, elle avait été entendue par la cour d'appel de Nouméa comme excluant la matière gracieuse (R. Lafargue, *Distinction du droit à la différence en droit civil et en droit pénal : comparaison entre la Nouvelle-Calédonie et l'Australie*, in P. de Deckker et J.-Y. Faberon, *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruylant, éd. 2003).

La Cour de cassation, par un arrêt du 13 octobre 1992 (*Bull.* 1992, I, n° 248, pourvoi n° 90-20.544), a condamné cette interprétation, au moins, en ce qu'elle excluait les recours gracieux. La cour d'appel de Nouméa s'était déclarée incompétente pour connaître d'une requête aux fins d'ouverture d'une tutelle au motif que les dispositions du code civil relatives aux incapables ne s'appliquaient pas aux personnes relevant du statut particulier. Reprenant les termes du précédent du 6 février 1991, la première chambre civile a cassé cet arrêt en énonçant que les juridictions de droit commun étaient compétentes à l'égard de toutes personnes et qu'il leur appartenait seulement, le cas échéant, d'appeler des assesseurs, désignés conformément à l'ordonnance du 15 octobre 1982, à compléter la formation de jugement. C'est la loi organique du 19 mars 1999 - ainsi que l'interprétation qui en a été donnée par l'avis rendu le 16 décembre 2005 - qui fixent définitivement la portée de la coutume.

Les dispositions pertinentes de la loi organique sont les suivantes :

Article 7 : « *Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 7 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.* »

Article 9 : « *Dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique.* »

Dans les rapports juridiques entre parties qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents (par ex. Mélanésien et Wallisien), le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire. »

Article 19 : « *La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi.* »

La Cour de cassation a été amenée à interpréter ces dispositions à l'occasion de la demande d'avis formulée par le tribunal de première instance de Nouméa, section détachée de Koné, ainsi libellée : « *En matière d'assistance éducative, lorsque le père, la mère et les enfants sont de statut civil coutumier kanak, doit-il être fait application des articles 7 et 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et le juge des enfants doit-il statuer dans la composition coutumière prévue par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 ?* »

La Cour de cassation a répondu qu'il résultait de l'article 7 que les personnes de statut civil coutumier kanak étaient régies, « **pour l'ensemble du droit civil** », par leurs coutumes, de sorte que la **juridiction civile de droit commun** devait être complétée par des assesseurs kanaks lorsqu'elle statuait en matière d'assistance éducative à l'égard de parents et d'enfants de statut civil coutumier kanak (avis du 16 décembre 2005, pourvoi n° 05-00.026, précité). Elle a ainsi très clairement pris parti sur le caractère général et de principe du droit coutumier en matière civile, pour les personnes de statut civil coutumier, y compris dans un domaine du droit civil, l'assistance éducative, qui, comme le soulignait le rapporteur, était inconnu de la coutume.

B. - Les parties peuvent-elles proroger la compétence de la juridiction pénale ?

L'article 7, alinéa premier, de l'ordonnance du 15 octobre 1982 dispose : « *Les citoyens de statut particulier peuvent d'un commun accord réclamer devant le tribunal de première instance l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction.* »

L'application de ce texte suscite deux difficultés, l'une générale, l'autre particulière au juge pénal.

1° L'option de juridiction et l'option de législation

L'article 7 de la loi organique dispose que : « *Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.* »

Il n'est prévu aucune dérogation à ce principe. Alors qu'en ce qui concerne les rapports entre personnes de statuts particuliers différents, l'application du droit commun n'est prescrite par l'article 9, alinéa 2, de la même loi que sous réserve d'accord différent, aucune faculté d'option n'est ouverte lorsque le litige oppose exclusivement des personnes de statut civil coutumier kanak.

L'article 7 de l'ordonnance du 15 octobre 1982 n'est pas formellement en contradiction avec les dispositions de la loi organique puisque le choix qu'il offre aux parties porte exclusivement sur la composition de la juridiction et non sur le fond du droit. Néanmoins, l'impossibilité pour les juges professionnels de connaître la coutume étant avérée, la forme et le fond paraissent difficilement dissociables.

Faut-il en déduire que l'article 7 de l'ordonnance du 15 octobre 1982 a été implicitement mais nécessairement abrogé par la loi organique du 19 mars 1999 ? Il semble que l'on puisse faire l'économie de l'examen de cette question dans la mesure où le contenu de l'article 7, alinéa premier, a été repris par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire : il figure désormais à l'article L. 562-24 du nouveau code. Peu importe que l'ordonnance du 8 juin 2006, en faisant revivre une disposition éventuellement abrogée, ait excédé l'objectif de codification à droit constant imparti par la loi d'habilitation. Il n'appartient ni au juge civil ni au juge pénal, sur un point d'où ne dépend pas l'issue du procès pénal, de contrôler la légalité des actes administratifs - ce qu'est encore l'ordonnance du 8 juin 2006. Le projet de loi de ratification a, en effet, été déposé le 30 juin 2006, mais, à la date du présent rapport, n'a pas encore été adopté. *A fortiori*, lorsque la ratification sera intervenue, le contrôle de conformité à des règles nationales supérieures de dispositions ayant acquis valeur législative échappera à tout contrôle judiciaire.

2° L'exercice de l'option devant le juge pénal

La faculté pour les parties d'exercer devant le juge pénal, sur les intérêts civils, l'option prévue par l'article 7, alinéa premier, de l'ordonnance du 15 octobre 1992, devenu l'article L. 562-24 du code de l'organisation judiciaire, se heurte à deux difficultés. La première tient au principe d'inapplicabilité des règles de procédure civile par le juge pénal (même si la disposition en cause est de nature législative). La seconde résulte de la composition particulière de la juridiction pénale en Nouvelle-Calédonie. Renoncer à la présence d'assesseurs coutumiers pour proroger la compétence de la juridiction pénale aurait pour effet de faire juger les intérêts civils non par un tribunal composé de juges professionnels mais par une formation complétée par des échevins, c'est-à-dire dans des conditions qui ne sont pas celles du procès civil.

*
* *

En conclusion, le juge pénal, qui est tenu d'appliquer au contentieux sur intérêts civils les mêmes règles substantielles que le juge civil saisi d'un litige de même nature et qui, ne pouvant siéger en formation coutumière, est hors d'état de connaître le droit coutumier, doit certainement se déclarer incompétent sur les intérêts civils lorsque toutes les parties relèvent du statut civil coutumier kanak, sans que les intéressés puissent proroger sa compétence.

Il n'en résulte pas, d'ailleurs, que la constitution de partie civile ne soit pas recevable. Mais son effet se limite à mettre en mouvement ou à « corroborer » l'action publique (*« même dans le cas où la réparation du dommage échappe à la compétence de la juridiction répressive, la constitution de partie civile est cependant recevable en ce qu'elle tend à faire établir l'existence de l'infraction. »* : Crim., 10 févr. 1987, Bull. crim. 1987, n° 64, pourvoi n° 85-95.939). Tel est le cas, par exemple, en matière d'accident du travail, pour l'action de la victime ou de ses ayants droit contre l'employeur, ou, en matière de faute de service, pour l'action dirigée contre un agent public.

Rapport complémentaire de Mme Guibal

Conseiller rapporteur

Déclaration d'incompétence des juridictions pénales ou renvoi devant une formation complétée par des assesseurs coutumiers

L'ordonnance du 15 octobre 1982 a pour objet, selon son intitulé, d'instituer « des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances au **tribunal civil de première instance et à la cour d'appel** ». Un rapport au président de la République précède les dispositions de l'ordonnance et en expose le contenu.

Il précise que « *lorsque l'une des parties porte le litige devant le tribunal civil, celui-ci se complète par des assesseurs de statut civil particulier en nombre pair, ayant voix délibérative. S'il est interjeté appel du jugement, la cour d'appel est également complétée par des assesseurs coutumiers* » (paragraphe 7 et 8).

Il n'est fait aucune allusion aux juridictions pénales. **En l'état de l'ordonnance du 15 octobre 1982, la juridiction pénale complétée par des assesseurs coutumiers n'existe pas.**

Le tribunal (ou la cour d'appel) est une **juridiction distincte** selon qu'il statue en matière civile ou en matière pénale. Il est saisi suivant des modalités différentes et n'est pas assujéti aux mêmes règles procédurales.

Le problème se pose donc bien en termes d'**incompétence : la juridiction pénale ne peut être complétée par des assesseurs coutumiers parce qu'aucun texte ne le prévoit et les litiges opposant des plaideurs de statut coutumier ne peuvent être examinés que par une juridiction complétée par des assesseurs coutumiers parce que ceux-ci sont seuls aptes à dire le droit coutumier.**

Ce ne serait d'ailleurs pas un cas unique de compétence exclusive de la juridiction civile pour statuer sur une demande indemnitaire. En matière de transport international, la chambre criminelle juge que la responsabilité civile du transporteur, dont le régime, *sui generis*, est régi par des conventions internationales, échappe à la compétence des juridictions répressives (solution qui paraît être prétorienne et constante : « *Attendu qu'il résulte de la Convention internationale de Genève sur les transports internationaux de marchandises par route en date du 19 mai 1956 que l'action en responsabilité contre le transporteur international de marchandises par route est soumise à des règles spéciales en ce qui concerne notamment le délai de la prescription ainsi que l'indemnisation du préjudice, laquelle, sauf preuve d'un dol ou d'une faute équivalente au dol, qui ne se confond pas avec la faute pénale et dont la connaissance échappe aux juridictions répressives, est limitée à un certain montant ; que cette action ne s'identifie pas, lorsque le dommage a pour cause une infraction pénale, à l'action civile ouverte devant les juridictions répressives aux victimes d'une infraction pour la réparation de la totalité de leur préjudice et ne peut être exercée devant ces juridictions dont l'incompétence est, à cet égard, d'ordre public* » : Crim. 7 avril 1987, *Bull. crim.* 1987, n° 160, pourvoi n° 85-90.736 - solution identique en matière de navigation aérienne : Crim. 10 mai 1977, *Bull. crim.* 1977, n° 165, pourvoi n° 76-90.082 ; RTD Com. 1982, p. 482, note Du Pontavice, JCP 1978, II, 18803, note Chauveau).

L'incompétence des juridictions pénales étant admise, faut-il envisager un renvoi à la juridiction civile dans sa formation coutumière ? Il n'existe pas dans le code de procédure pénale de disposition qui autorise cette manière de procéder, sauf l'article 470-1, alinéa 2, qui règle le cas de mise en cause de tiers responsables après relaxe d'une infraction non-intentionnelle. Il s'agit certainement d'un texte d'exception par rapport au principe contenu dans les articles 3 et 464 (dans les affaires précitées de transport international, la chambre criminelle ne procède à aucun renvoi).

Impact de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire

L'ordonnance du 8 juin 2006 a-t-elle eu - involontairement - pour effet de permettre que la juridiction pénale soit complétée par des assesseurs coutumiers ?

Avant d'évoquer cette question, il faut souligner que **la réponse est sans incidence dans la présente affaire**, en vertu des règles d'application dans le temps des dispositions de procédure pénale.

Application dans le temps des règles de procédure pénale

Aux termes de l'article 112-2 du code de procédure pénale :

« *Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur :*

1° Les lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance. »

En l'espèce, il a été statué sur la culpabilité par un jugement devenu définitif en date du 12 mai 2005. Or, en vertu de l'article 3 du code de procédure pénale, l'instance sur intérêts civils n'est pas distincte de l'instance pénale.

Portée de la codification de l'ordonnance du 15 octobre 1982

S'il résulte très clairement de l'intitulé de l'ordonnance du 15 octobre 1982, ainsi que du rapport au président de la République, que les assesseurs coutumiers sont institués auprès de la seule juridiction civile, cette précision n'est pas reprise dans le corps du texte qui se borne à mentionner « le tribunal de première instance » et « la cour d'appel ».

L'ordonnance du 8 juin 2006 intègre les articles de l'ordonnance de 1982 dans le livre V du code de l'organisation judiciaire (dispositions particulières à certaines collectivités), titre VI (dispositions applicables à la Nouvelle-Calédonie), chapitre II (« Des juridictions »). Elle reproduit les dispositions relatives aux assesseurs coutumiers sans introduire aucun sous-titre distinguant les règles qui s'appliquent aux juridictions civiles et celles qui concernent les juridictions pénales.

En ce qui concerne **la cour d'appel**, qui fait l'objet de la section 2 (quatre articles en tout : L. 562-25 à L. 562-28), le résultat est le suivant.

L'article L. 562-28 (ancien article 3, alinéa 2, de l'ordonnance de 1982) dispose : « *Lorsque la cour d'appel est saisie des contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ledit statut, elle est complétée, conformément aux articles L. 562-20 à L. 562-23 par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, qui n'ont pas connu de l'affaire en première instance.* »

Cette disposition n'est assortie d'aucune indication restreignant sa portée. Elle se trouve même précédée d'un article L. 562-27 qui accroît la confusion en énonçant : « *Les règles relatives à la compétence, l'organisation et au fonctionnement de la chambre des appels correctionnels et de la chambre de l'instruction ainsi que celles relatives au ministère public près ces juridictions sont fixées par les dispositions du présent titre et par les dispositions de procédure pénale applicables en Nouvelle-Calédonie.* »

L'article L. 562-28, lorsqu'il est examiné sans référence à sa source, paraît consacrer la présence des assesseurs coutumiers indifféremment devant les chambres civiles et pénales. La méconnaissance du principe de codification à droit constant, imposé par la loi d'habilitation, ne peut être censurée par le juge judiciaire, même en l'état d'une ordonnance non ratifiée. En outre, l'apparente simplicité du texte ne semble pas laisser place à l'interprétation.

Le tribunal de première instance fait, quant à lui, l'objet de la section 1 (articles L. 562-1 à L. 562-24). Il n'y a, à l'intérieur de cette section, aucune subdivision. Les nouveaux articles L. 562-9 à L. 562-17 reproduisent les anciens articles L. 933-1 à L. 933-11 relatifs aux assesseurs - non professionnels et non coutumiers - en matière délictuelle. L'article L. 562-18 est relatif au juge d'instruction. Les articles L. 562-19 à L. 562-24 reproduisent les dispositions de l'ordonnance de 1982 sur les assesseurs coutumiers.

Pas plus que ceux relatifs à la cour d'appel, les nouveaux articles du code de l'organisation judiciaire consacrés au tribunal de première instance ne rappellent que les dispositions relatives aux assesseurs coutumiers étaient, dans le texte d'origine, limitées à la juridiction civile. Mais, en ce qui concerne la première instance, la codification suscite de nombreuses difficultés d'interprétation.

Tout d'abord, l'article L. 562-19 dispose : « *Les contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ce statut peuvent être directement portées, à l'initiative de l'une quelconque des parties, devant le tribunal de première instance.* » Ces termes paraissent peu compatibles avec l'action civile exercée devant le juge pénal, lequel ne saurait être saisi par « l'une quelconque des parties ».

Ensuite, il n'est donné aucune explication sur la façon dont devraient se combiner les dispositions sur les assesseurs coutumiers et non coutumiers. Rappelons que ces deux catégories d'assesseurs ne sont pas sélectionnées sur les mêmes critères et n'ont pas du tout le même rôle. Les assesseurs non coutumiers, faisant partie intégrante de la juridiction pénale, ne sauraient, lorsque celle-ci statue sur les intérêts civils entre plaideurs de statut coutumier, être évincés par les assesseurs coutumiers. Toutefois, une composition associant les deux catégories d'assesseurs ne serait pas seulement incongrue et, en pratique, d'une lourdeur insurmontable, elle serait en **contradiction avec l'article 836 du code de procédure pénale**.

Celui-ci dispose : « *Dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie, le tribunal correctionnel statuant en formation collégiale est complété par **deux assesseurs** dans les conditions prévues au code de l'organisation judiciaire.* »

Il est exclu que le nombre des assesseurs (que les dispositions législatives du code de l'organisation judiciaire ne fixent pas) puisse excéder ce qui est prévu par l'article 836 du code de procédure pénale, lequel n'a pas été touché par l'ordonnance du 8 juin 2006.

Il apparaît donc que les dispositions du nouveau code de l'organisation judiciaire relatives au tribunal de première instance ne peuvent s'entendre *de plano* comme permettant de compléter la juridiction correctionnelle par des assesseurs coutumiers. Elles requièrent une interprétation. Celle-ci doit être réalisée en un sens qui soit être :

- conforme au principe de codification à droit constant ;
- compatible avec l'article 836 du code de procédure pénale ;
- compatible avec l'article 19 de la loi organique du 19 mars 1999 qui prévoit :

« *La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi.* »

Si la juridiction pénale ne peut, en première instance, être complétée par des assesseurs coutumiers et si, de ce fait, elle n'est pas compétente à l'égard des litiges coutumiers, la question de la composition de la juridiction pénale d'appel, qui ne peut avoir une compétence plus étendue, cesse de se poser.

En conclusion, il peut être envisagé deux façons de répondre à la demande d'avis :

1° S'en tenir à la question posée et au droit applicable en l'espèce ; il conviendrait alors de supprimer dans le projet toute référence à la nouvelle codification ;

2° Prévenir en outre les difficultés futures par une référence expresse aux dispositions codifiées de l'ordonnance de 1982.

Observations de M. Finielz

Avocat général

La chambre des appels correctionnels de la cour d'appel de Nouméa a sollicité, par arrêt du 25 septembre 2006, en application des articles 706-64 du code de procédure pénale et L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, l'avis de la Cour de cassation sur la question ainsi formulée :

« Lorsque la juridiction pénale est appelée à statuer sur l'action civile opposant victime et prévenu de statut civil coutumier kanak, doit-il être fait application des dispositions des articles 7 et 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la juridiction pénale doit-elle être complétée par des assesseurs coutumiers conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 ? »

I. - Les faits et la procédure

1-1. A la suite d'un conflit opposant dans l'île de Lifou la tribu de X..., au clan Z..., les autorités coutumières de la tribu sanctionnaient ce clan d'une expulsion pour une durée de deux ans.

Cette décision était mise à exécution le 19 février 2005, les habitations occupées par les familles du clan étant démontées ou détruites.

Ces faits, qui méconnaissaient par ailleurs une décision du conseil du district de Loessi, ont entraîné la poursuite de Marcel Y..., petit chef de la tribu, devant la section détachée de Lifou. Le jugement rendu le 17 novembre 2005 a été frappé d'appel dans ses dispositions relatives aux intérêts civils.

Cette action, poursuivie devant les juges d'appel, opposait des parties de statut civil coutumier kanak, dans le cadre d'un contentieux, celui des intérêts civils, relevant d'une matière susceptible de donner lieu à application des articles 7 et 19 de « la loi organique » n° 99-209 du 19 mars 1999 et 3 de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982¹.

La cour d'appel, envisageant de solliciter une seconde fois l'avis de la Cour de cassation sur la définition du « champ de compétence de la juridiction civile de droit commun complétée d'assesseurs coutumiers »² a saisi pour observations les parties.

Celles-ci ont fait valoir les incidences négatives de l'inclusion, dans ce champ de compétence, de la matière des intérêts civils, étrangère au droit coutumier. Le procureur général a exprimé également un avis négatif, au motif que cette matière concernait le domaine pénal, dont la compétence relève de l'Etat.

1-2. La demande d'avis, accompagnée des notifications prévues par l'article 706-66 du code de procédure pénale, est recevable au regard des conditions de forme exigées.

Les règles de fond, posées par l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, paraissent également satisfaites.

La question soumise à votre examen est en effet nouvelle, pour n'avoir jamais été tranchée par la Cour de cassation. Elle est susceptible de se poser dans de nombreux litiges, pouvant concerner des procédures pénales, notamment celles jugées par les sections détachées.

Quant à l'exigence d'une difficulté sérieuse, quoique la rédaction de la question appelle une réponse qui ne peut qu'être négative à l'interrogation sur la composition de la juridiction pénale en cas d'application des dispositions 7 et 19 de la loi organique du 19 mars 1999³, elle tient aux conséquences de leur application éventuelle : celle-ci déterminera en effet la compétence, pour statuer sur les intérêts civils, soit de la juridiction pénale, soit de la juridiction civile.

¹ Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie :
Article 7 : « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes. »
Article 19 : « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi. »

- Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 :

Article 3 : « Lorsque le tribunal de première instance est saisi des litiges (concernant le statut civil particulier), il est complété par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair.

Lorsque la cour d'appel est saisie de ces mêmes litiges, elle est complétée par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair (...). Les assesseurs ont voix délibérative. »

- Codification de l'ordonnance précédente par l'ordonnance du 8 juin 2006 :

Article L. 562-19 du code de l'organisation judiciaire : « Les contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ce statut peuvent être directement portées, à l'initiative de l'une quelconque des parties, devant le tribunal de première instance. »

Article L. 562-20 du code de l'organisation judiciaire : « Lorsque le tribunal de première instance est saisi des litiges mentionnés à l'article L. 562-19, il est complété par des assesseurs coutumiers, en nombre pair.

Les assesseurs ont voix délibérative. »

Article L. 562-28 du code de l'organisation judiciaire : « Lorsque la cour d'appel est saisie des contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ledit statut, elle est complétée, conformément aux articles L. 562-20 à L. 562-23 par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, qui n'ont pas connu l'affaire en première instance.

Les assesseurs ont voix délibérative. »

² Observations de M. Cavarroc, avocat général, demande d'avis n° 0500026 du TPI de Nouméa, section détachée de Koné, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* n° 637, p. 37 à 42, du 1^{er} avril 2006.

³ En effet, quelle que soit la réponse donnée à la première question, celle-ci restera sans effet sur la composition de la juridiction pénale. Les assesseurs coutumiers ne complètent, selon les termes mêmes des articles 7 et 19 de la loi organique, que la juridiction civile, la composition de la juridiction pénale n'étant pas affectée par les dispositions relatives au statut civil coutumier.

La question posée, malgré les effets erronés qui lui sont attachés par la cour d'appel, présente ainsi une difficulté sérieuse.

II. - Le contexte institutionnel et juridique⁴

2-1. Signé le 25 mai 1998, après la conclusion le 26 juin 1988 des accords de Matignon, l'accord de Nouméa, à valeur constitutionnelle, affirme la pleine reconnaissance de l'identité kanak. A cet effet, il précise le statut coutumier, ses liens avec le statut civil de droit commun et la place des institutions coutumières⁵.

Ces accords concluaient une histoire coloniale commencée le 23 septembre 1853, en affirmant le particularisme de la population kanak, au travers de ses coutumes, illustré par un statut particulier, dit statut civil coutumier.

Ce statut avait acquis une première reconnaissance au lendemain de la première guerre mondiale. Une reconnaissance en forme d'exclusion puisque, sur le terrain juridique, l'appartenance par les parties à ce statut entraînait l'incompétence des tribunaux français pour connaître d'un litige. Par ailleurs, sa possession était incompatible avec l'acquisition de la nationalité française. Il a été ensuite reconnu par la Constitution de 1946, qui a alors distingué citoyenneté et statut particulier, dans son article 22, article repris dans l'article 75 de la Constitution de 1958⁶.

Mais cette reconnaissance, au-delà de la réminiscence d'un passé qui avait exclu la population locale, cloîtrée dans des « réserves foncières » dont elle ne pouvait s'échapper qu'au prix du renoncement à sa spécificité coutumière, n'a commencé à prendre une autre signification qu'en 1982, avec sa transposition sur le plan judiciaire⁷.

Le législateur, tirant la conséquence de la dualité de statut, institua des assesseurs coutumiers devant compléter la juridiction de droit commun, saisie de contestation portant sur des matières réglées par le droit coutumier et opposant des citoyens relevant du statut civil particulier.

Mais ce texte n'a pas eu de portée autre que théorique, les assesseurs coutumiers, nommés en 1983 après sa promulgation, n'étant pas renouvelés dans leur fonction.

Le législateur du 13 juin 1989⁸, soucieux de répondre aux critiques formulées par les kanaks sur l'institution judiciaire, a voulu mettre en place une institution judiciaire répondant, dans son organisation et ses règles de fonctionnement, au particularisme de ce territoire : il a ainsi fait sortir la justice de ville de Nouméa, pour implanter de nouveaux lieux de justice dans le nord du territoire - section détachée de Koné - et dans les îles loyauté - section détachée de Lifou - et donné compétence à ces nouvelles sections pour connaître des litiges civils opposant des personnes relevant du statut coutumier.

Les perspectives ainsi ouvertes par la mise en place d'une justice plus proche et ouverte sur une autre réalité ont été renforcées par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 et la loi organique du 19 mars 1999⁹.

Désormais statut civil de droit commun et de droit coutumier sont placés à égalité, égalité autorisant le passage de l'un à l'autre - alors qu'auparavant la renonciation au statut coutumier, seule, était irrévocable - la prééminence du statut de droit commun, dans les rapports juridiques, étant réservée aux seules situations d'hétérogénéité de statut des parties¹⁰.

2-2. Malgré ces dispositions constitutionnelles et les réformes législatives entreprises, l'institution judiciaire a tardé à prendre en compte tous les effets de ce dualisme juridique.

Ainsi, alors que l'ordonnance de 1982 donnait compétence à la juridiction de droit commun pour appliquer le droit coutumier, les juges de Nouméa ont longtemps manifesté, au travers d'une incompétence *ratione materiae*, leur refus de connaître du droit coutumier.

Ce refus de l'institution judiciaire locale a été condamné par la chambre civile de la Cour de cassation : « *il appartenait à cette cour - la cour d'appel de Nouméa -, non de se déclarer incompétente, mais de compléter la formation de jugement par des assesseurs coutumiers* »¹¹.

Le particularisme du système judiciaire de Nouvelle-Calédonie était alors reconnu. Organisé autour de deux droits, il relève non de deux ordres de juridiction mais de la même juridiction composée différemment.

Restait alors une autre question : l'étendue du champ de compétence de la juridiction ainsi composée.

⁴ Pour un exposé plus complet, il est renvoyé à l'ouvrage de Régis Lafargue, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, presses universitaires d'Aix-Marseille 2003, ainsi qu'au rapport et à l'avis de M. Chauvin, conseiller, et M. Cavarroc, avocat général, au *Bulletin d'information* susvisé de la Cour de cassation.

⁵ La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 a traduit cet accord dans les articles 76 et 77 de la Constitution.

⁶ Article 75 de la Constitution de 1958 : « *Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.* »

⁷ Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, *JO* du 17 octobre 1982, p. 3106.

⁸ Loi n° 89-378 du 13 juin 1989 portant diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie.

⁹ Loi constitutionnelle susvisée n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JO* du 21 juillet 1998, p. 11143 et suivantes.

Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 organisant le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, *JO* du 21 mars 1999, p. 4197 et suivantes, articles 7 et suivantes.

¹⁰ Article 9 de la loi organique du 19 mars 1999 : « *dans les rapports juridiques entre les parties dont l'une est de statut civil de droit commun, et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique. Dans les rapports entre les parties qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statut personnel différent, le droit commun s'applique.* »

¹¹ Cour de cassation, deuxième chambre civile, 6 février 1991, RDS 1992 note Gérard Orfila.

III. - La compétence de la juridiction spécialement composée

Cette compétence a été fixée par l'ordonnance du 15 octobre 1982, en quelques mots : les contestations (article 2) ou litiges (article 3) sur des matières régies par le statut particulier. Elle a été ensuite précisée par la loi organique du 19 mars 1999, dans son article 19 : les litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier.

3-1. La détermination de la compétence de la juridiction spécialement composée

Deux analyses de ces textes se sont opposées.

La première limite le bloc de compétence de cette juridiction aux seuls domaines du droit civil dans lesquels la coutume a développé un droit spécifique. Cette conception s'appuyait sur une lecture restrictive du texte de l'ordonnance de 1982, interprété également comme excluant du domaine coutumier la matière gracieuse¹². Elle s'inscrivait également dans la lecture faite de la loi du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun, dans les territoires d'Outre-mer¹³, marginalisant ce statut.

Une seconde analyse tire toutes les conséquences du texte de l'ordonnance de 1982 et des textes ultérieurs, dont notamment l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999. Ce texte dispose que toutes les personnes relevant du statut coutumier sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.

La coutume n'est plus ainsi cantonnée dans son domaine traditionnel : elle concerne la totalité du domaine du droit civil, dès lors que les parties relèvent du statut coutumier.

La juridiction « coutumière » a changé de nature : sa justification n'est plus à rechercher dans un droit spécifique, le droit coutumier, qui constituerait une exception, née de l'histoire et de la géographie humaine, à l'application du droit commun.

Elle se trouve dans la complexité et l'hétérogénéité de la société calédonienne, longtemps confrontée à une justice qui en déniait la spécificité. Cette reconnaissance de la différence, voulue par la loi organique de 1999, dans son versant judiciaire civil, passe par une application de la loi, qu'elle résulte ou non du droit coutumier, adaptée à ceux qui revendiquent un statut distinct, conduite par le juge professionnel. Cette adaptation se réalise par l'échevinage, associant magistrats professionnels et assesseurs coutumiers.

La Cour de cassation dans l'avis qu'elle a précédemment exprimé le 1^{er} avril 2006, appliquant dans la matière d'assistance éducative les dispositions de l'article 19 de la loi organique du 19 mars 1999, a affirmé cette compétence donnée à la juridiction de droit commun complétée par les assesseurs coutumiers.

Cette compétence nouvelle est également revendiquée par le Sénat coutumier : « *Le code civil n'est pas plus une norme de référence qu'un "droit supplétif" auquel le juge aura recours en cas de silence d'une ou des règles coutumières* »¹⁴.

3-2. La compétence de la juridiction spécialement composée pour connaître des intérêts civils

La demande d'avis pose une question préliminaire : la décision sur les intérêts civils ressort-elle de la matière civile ou pénale ?

L'action civile exercée devant la juridiction répressive est soumise, sauf disposition législative spéciale, aux règles de la procédure pénale.

Quant aux règles de fond applicables, l'article 69 de l'ancien code pénal imposait l'application, en matière de responsabilité civile, des dispositions du code civil.

Cette solution a cependant été maintenue, après la disparition de cet article, dans le nouveau code pénal, par la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts relatifs à l'application de l'article 1384 du code civil¹⁵. Elle est de plus conforme aux dispositions de l'article 470-1 du code de procédure pénale, prescrivant, en cas de relaxe pour une infraction non intentionnelle, « l'application des règles du code civil ».

L'action civile engagée devant la cour d'appel de Nouméa pour l'indemnisation du préjudice né des faits de destruction relève ainsi du domaine de compétence de la formation coutumière.

La juridiction pénale, statuant sur les intérêts civils, dont la composition n'admet pas d'assesseurs coutumiers, doit se déclarer incompétente pour connaître de cette action civile, qui ne doit être examinée que par la seule juridiction civile complétée par des assesseurs coutumiers.

Cette réponse donne son plein effet à la volonté du législateur, clairement exprimée à plusieurs reprises depuis l'ordonnance du 17 octobre 1982. Elle donne également toute sa dimension juridique au préambule de l'accord de Nouméa : « *le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité dans un destin commun* ».

¹² Par un arrêt du 13 octobre 1992, la Cour de cassation a condamné cette jurisprudence « *que ces règles - d'organisation de la juridiction statuant sur les matières régies par le statut particulier - sont applicables... au jugement de toutes les affaires, quelle que soit la nature, relevant du statut civil particulier* » (Bull. 1992, I, n° 248, pourvoi n° 90-20.454).

¹³ Loi n° 70-589 du 9 juillet 1970, *JORF* du 10 juillet 1970, p. 6459. Cette loi a été interprétée comme limitant l'application du statut coutumier à certains domaines du droit civil, interprétation illustrant la réticence du juge à reconnaître à la coutume une valeur équivalente au code civil.

¹⁴ Lettre du 15 avril 2004 du président du Sénat coutumier.

¹⁵ *Crim.*, 4 janvier 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 3, pourvoi n° 93-82.698 ; *Crim.*, 4 janvier 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 6, pourvoi n° 94-85.432 ; *Crim.*, 26 mars 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 124, pourvoi n° 95-83.606 ; *Crim.*, 8 février 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 44, pourvoi n° 03-87.447.

Avis n° 2 :

Communiqué	Page 25
Titre et sommaire	Page 25
Avis	Page 25
Rapport	Page 27
Observations	Page 37

COMMUNIQUÉ

La Cour de cassation a été saisie pour avis par des tribunaux d'instance de la question suivante : « les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 codifié à l'article L. 442-5 du code de l'éducation et à l'article L. 613-8 du code rural qualifient d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux et peuvent-ils être désignés délégués syndicaux ? ».

La loi du 5 janvier 2005, tout en qualifiant les maîtres de l'enseignement privé d'agents publics et en précisant qu'ils ne sont pas liés à l'établissement dans lequel ils exercent par un contrat de travail, leur a cependant expressément conservé le droit que leur avait reconnu la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation d'être électeurs et éligibles aux élections de délégué du personnel, de membres du comité d'entreprise et de membre du comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail de l'établissement. Toutefois elle n'a pas précisé si les maîtres contractuels de l'enseignement privé pouvaient être désignés délégués syndicaux de l'établissement dans lequel ils exercent, alors que ce droit leur était reconnu par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

L'avis retient que les maîtres contractuels de l'enseignement privé, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'établissement dans lequel ils exercent, entrent dans le champ d'application de l'article L. 412-14 du code du travail relatif à la désignation des délégués syndicaux. Le concept de communauté de travail est ainsi mis en lumière, comme l'avait fait le Conseil constitutionnel dans sa récente décision 2006-545 du 28 décembre 2006, ainsi que, par de nombreux arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation (cf. Rapport annuel 2004, p. 109 à 116).

Source : Service de documentation et d'études

Représentation des salariés

Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Travail dans l'entreprise. - Appréciation. -

Critères. - Communauté de travail. - Portée.

Intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement, les maîtres de l'enseignement privé, dont le statut est défini par les articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux.

AVIS

LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 du nouveau code de procédure civile ;

Vu les demandes d'avis formulées le 18 août 2006 par le tribunal d'instance de Lyon dans une instance opposant l'association Saint-Marc d'éducation chrétienne et le syndicat CFDT et M. X... et le 29 août 2006 par le tribunal d'instance de Paris 13^e dans une instance opposant le groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul et le syndicat SNEC-CFTC et autres, et ainsi rédigées :

« Les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 codifié à l'article L. 442-5 du code de l'éducation et à l'article L. 813-8 du code rural qualifient d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux et peuvent-ils être désignés délégués syndicaux ? »

Sur le rapport de Mme Pecaut-Rivolier, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Maynial, avocat général, entendu en ses observations orales ;

Vu les observations écrites de la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, représentant la Fédération de la formation et de l'enseignement privé CFDT (FEP - CFDT), le syndicat CFDT de l'enseignement privé du Rhône (SEPR -FEP-CFDT) et M. Rémi X..., Maître Masse-Dessen entendue en ses observations orales ;

Vu les observations écrites de la SCP Peignot et Garreau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, représentant le groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul et l'association Saint-Marc d'éducation chrétienne, Maître Peignot entendu en ses observations orales ;

EST D'AVIS QUE :

Intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement, les maîtres de l'enseignement privé, dont le statut est défini par les articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux.

M. Canivet, P. Pt. - Mme Pecaut-Rivolier, Rap., assistée de M. Pinson, greffier en chef. – M. Maynial, Av. Gén.

Rapport de Mme Pecaut-Rivolier

Conseiller rapporteur

Par jugements du 18 et du 29 août 2006, le tribunal d'instance de Lyon puis le tribunal d'instance de Paris 13^e ont sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

« *Les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 codifié à l'article L. 442-5 du code de l'éducation et à l'article L. 813-8 du code rural qualifient d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux ?* »¹

PLAN DU RAPPORT

Introduction

A. - Les faits et la procédure à l'origine des demandes d'avis

B. - La recevabilité des demandes d'avis

I. - Contexte de la question posée

A. - Le régime applicable aux enseignants des établissements privés avant la loi du 5 janvier 2005

B. - La loi du 5 janvier 2005

II. - Arguments juridiques en faveur des deux thèses défendues

A. - Arguments juridiques en faveur de la possibilité de désigner un délégué syndical

B. - Arguments juridiques en faveur de l'exclusion de la possibilité de désigner un délégué syndical

Introduction

A. - Faits et procédure à l'origine des demandes d'avis

- Par lettre en date du 6 avril 2006, le syndicat SEPR-FEP-CFDT informait l'association Saint-Marc d'éducation chrétienne de la désignation de M. X..., maître contractuel en sciences économiques et sociales, en qualité de délégué syndical de l'établissement scolaire.

Par courrier recommandé en date du 18 avril 2006, l'association Saint-Marc d'éducation chrétienne saisissait le tribunal d'instance de Lyon d'une contestation de cette désignation.

L'association Saint-Marc faisait valoir que la loi du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat ne prévoyait pas la désignation de délégués syndicaux dans les établissements d'enseignement privés, et concluait à la nécessité de demander l'avis de la Cour de cassation sur cette question.

Le syndicat CFDT demandait au tribunal de rejeter comme mal fondée la contestation de l'établissement et, à titre subsidiaire, de saisir la Cour de cassation pour avis.

Par jugement du 18 août 2006, le tribunal d'instance a saisi la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire.

- Le litige s'est présenté dans les mêmes termes devant le tribunal d'instance de Paris 13^e. La désignation le 10 février 2006 par le syndicat SNEC-CFTC d'un délégué syndical au sein de l'établissement privé sous contrat du groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul a été contestée par l'établissement selon requête en date du 24 février 2006. Le groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul a demandé que soit mise en œuvre la procédure d'avis et le syndicat SNEC-CFTC, tout en concluant au mal-fondé de la contestation, a considéré opportune une telle demande d'avis.

Par jugement du 29 août 2006, le tribunal d'instance a également saisi la Cour de cassation en application de l'article L.151-1 du code de l'organisation judiciaire.

B. - La recevabilité de la demande d'avis

Au regard des règles de forme

Les formalités prescrites aux articles 1031-1 et 1031-2 du nouveau de procédure civile ont été remplies dans les deux dossiers.

¹ Le tribunal d'instance de Lyon ajoute, à la fin de sa question : « *et peuvent-ils être désignés délégués syndicaux ?* ».

Au regard des règles de fond

En application de l'article L.151-1 du code de l'organisation judiciaire, toute demande d'avis adressée à la Cour de cassation doit, pour être recevable, répondre à trois conditions : porter sur une question nouvelle, présenter une difficulté sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

1. La question posée est elle nouvelle ?

La nouveauté de la question n'est pas contestable, puisque cette question naît de la rédaction de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrée en application le 1^{er} septembre 2005. Par conséquent, aucun litige concernant la disposition litigieuse n'a encore fait l'objet d'un recours devant la Cour de cassation.

2. La question posée présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

Simple au premier abord, lorsqu'elle est examinée sous l'angle de la rédaction incomplète de la proposition de loi à l'origine du texte évoqué, la question est en réalité très complexe et nécessite une recherche à la fois de l'intention du législateur, de la législation de droit public et de droit privé en matière syndicale et des incidences économiques de l'alternative. Dans son rapport d'information sur la mise en application de la loi du 5 janvier 2005, le député-rapporteur, M. Censi, a d'ailleurs indiqué que la question du droit syndical des maîtres des établissements privés nécessitait manifestement des éclaircissements².

3. La question se pose-t-elle dans de nombreux litiges ?

A la connaissance du rapporteur, au moins cinq tribunaux d'instance ont été saisis, au cours de ces derniers mois, d'un litige portant sur la désignation d'un délégué syndical au sein d'un établissement privé sous contrat. Selon les chiffres de l'année 2004, il existe en France 9 053 établissements privés et 145 394 personnels enseignants au sein de ces établissements. Les questions relatives aux droits syndicaux de ces personnels et plus particulièrement celle relative à la possibilité de désigner un délégué syndical sont par conséquent des questions susceptibles de se poser dans de nombreux litiges.

I. - Le contexte de la question posée

La situation juridique et professionnelle des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat est d'une grande complexité en raison de la superposition de plusieurs liens nés de l'application de la loi Debré de 1959 : liens de l'enseignant avec l'établissement dans lequel il exerce, d'une part, lien de l'établissement avec l'Etat, d'autre part, et lien de l'enseignant avec l'Etat, enfin.

En effet, les « maîtres contractuels »³ sont des enseignants recrutés - le plus souvent par concours - spécialement pour exercer dans des établissements d'enseignement liés à l'Etat par un contrat d'association. Ils signent donc avec l'autorité administrative (l'académie) un contrat d'enseignement puis sont affectés à un établissement ayant lui-même signé avec l'Etat un contrat d'association. A l'intérieur de cet établissement, ils exercent sous le contrôle du chef d'établissement.

Dans cet enchevêtrement de liens contractuels, il n'y a jamais eu de doute sur le caractère administratif des contrats passés entre l'Etat et l'établissement. Mais la loi de 1959 ne donnait aucune indication sur la nature du lien contractuel unissant l'enseignant à l'Etat. Or, la recherche de la qualification de ce contrat butait sur des données variées et contradictoires : présence d'un co-contractant personne publique, mais soumission dans le cadre du travail à un chef d'établissement privé ; participation à l'exécution d'un service public, mais au sein d'une entreprise de droit privé ; assimilation des maîtres contractuels aux enseignants publics par le principe de parité posé par la loi Debré, mais dissociation des régimes applicables en matière de nomination et de révocation.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont donc été amenés à tenter progressivement de dégager un statut pour les maîtres contractuels du privé (A). C'est ce statut, complexe et parfois critiqué, que le législateur a voulu simplifier par la loi du 5 janvier 2005 (B).

A. - Le statut des maîtres contractuels de l'enseignement privé avant la loi du 5 janvier 2005

La Cour de cassation a d'emblée considéré que les maîtres contractuels disposaient de deux contrats : le premier, contrat d'enseignement de droit public, les liant à l'Etat en ce qui concerne principalement leur rémunération. Le second, véritable contrat de travail les liant à l'établissement privé où ils exercent leur fonction. La Cour a par conséquent décidé que l'établissement était l'employeur direct de l'enseignant, lequel était lié par un lien de subordination, et que le droit social des salariés s'appliquait aux maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés⁴.

Le Conseil d'Etat, de son côté, a déclaré, dès 1969, que les maîtres contractuels étaient liés à l'Etat par un contrat de droit public « pour l'exercice d'un enseignement constituant une activité de service public »⁵. La juridiction administrative considère que les enseignants, qui reçoivent une rémunération de l'Etat, lequel peut mettre un terme à leur contrat, sont des agents publics⁶.

² Rapport d'information du 5 octobre 2005, n° 2563.

³ Il existe trois catégories d'enseignants dans les établissements privés sous contrat :
- les maîtres « agréés » par l'Etat, recrutés par l'établissement privé, mais rémunérés par l'Etat (environ 12 000 personnes) ;
- les maîtres de l'enseignement public, ayant le statut de fonctionnaire, mais affectés provisoirement dans un établissement privé par le rectorat ou le ministère (environ 1 000 personnes) ;
- les maîtres contractuels, jusqu'à présent liés par contrat à la fois à l'Etat et à l'établissement, qui sont ceux concernés par la loi du 5 janvier 2005 (environ 130 000 personnes).

⁴ Soc., 14 juin 1989, Collège Saint-Charles c/ X..., pourvoi n° 86-40.315, *Bull.* 1989, V, n° 445.

⁵ Avis du Conseil d'Etat du 13 novembre 1969, section des finances, n° 303-011.

⁶ CE, 26 juin 1987, n° 75569.

Affinant peu à peu leurs jurisprudences respectives, les deux juridictions sont parvenues à un partage de compétence, aux termes duquel le contentieux pouvant naître des relations entre l'enseignant et l'Etat (rémunération, emplois publics, sanctions prises par le ministère) ressortissait de la compétence des juridictions administratives, tandis que le contentieux né des relations entre l'enseignant et l'établissement, entendu de manière large, ressortissait des juridictions civiles (conseil de prud'hommes ou tribunal d'instance)⁷.

Il ressortait notamment de cette jurisprudence que s'appliquait au sein de l'établissement d'enseignement privé, en faveur des maîtres contractuels, l'intégralité du droit de la représentation du personnel et du droit syndical tels qu'organisés par le livre IV du code du travail. Les maîtres contractuels devaient donc figurer dans le décompte des effectifs déclenchant la création des différentes instances (comité d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux, comité d'hygiène et sécurité), étaient électeurs et éligibles et pouvaient être désignés en qualité de délégués syndicaux. *A contrario*, les maîtres contractuels ne pouvaient revendiquer - sauf le cas particulier des franchises syndicales - l'application des dispositions applicables dans ce domaine aux fonctionnaires et agents publics.

Conçu pour être aussi protecteur que possible d'agents qui, incontestablement, ne bénéficiaient pas de conditions juridiques de travail clairement définies, le régime ainsi institué conduisait à orienter le statut des maîtres contractuels vers le droit privé. Mais cette position, qui permettait d'accorder à ces maîtres des avantages dont ils n'auraient pas bénéficié en tant qu'agents publics (institutions représentatives du personnel mais aussi indemnités de départ à la retraite, remboursement des cotisations de prévoyance...) a été parfois critiquée par la doctrine. On lui reprochait essentiellement l'« imbroglio »⁸ créé entre le contentieux relevant des juridictions administratives et judiciaires, les conflits nés de la complexité du régime mis en œuvre et les problèmes financiers engendrés par ce dernier.

A la croisée de ces trois problèmes, s'est trouvée posée la question de la prise en charge des heures de délégation dont bénéficiaient les représentants du personnel et les représentants syndicaux. Les jurisprudences conjuguées ou contradictoires du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et la tentative du pouvoir réglementaire d'avaliser la pratique syndicale en instaurant des franchises syndicales spéciales (article 7 du décret n° 85-728 du 12 juillet 1985) ont conduit à la mise en place d'un système particulièrement dérogatoire et complexe : les délégués syndicaux bénéficiaient ainsi à la fois d'un système de décharges d'activité issu du droit de la fonction publique et d'un système de crédit d'heures conforme au droit du travail, le paiement de ces heures étant pris en charge soit par l'Etat soit par l'établissement privé selon qu'elles s'exerçaient pendant ou en dehors des horaires normaux de service⁹.

C'est dans ce contexte qu'ont été déposées en 2004 deux propositions de loi en termes identiques, l'une par M. Censi à l'Assemblée nationale et l'autre par M. Haenel au Sénat.

B. - La loi du 5 janvier 2005

A l'origine, la proposition de loi n° 1757, qui deviendra la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, avait un objectif unique : homogénéiser le régime de retraite et de prévoyance des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat avec celui des fonctionnaires. En effet, malgré les tentatives d'égalisation des régimes menées en application du principe de parité inscrit dans l'article L. 914-1 du code de l'éducation, la prise en charge du système de retraite et du système de prévoyance par les organismes gérant les salariés du privé conduisait à des disparités, les retraites des enseignants du privé étant, selon les évaluations, inférieures de 20 % à celles des enseignants du public.

La proposition de loi - intitulée lors de son dépôt « proposition de loi visant à améliorer les retraites des maîtres de l'enseignement privé sous contrat » - a évolué au cours des travaux parlementaires afin de porter également clarification du statut des maîtres contractuels. Comportant deux articles au départ, le texte voté contient finalement huit articles générant un nouveau statut des maîtres du privé.

Ce nouveau statut, le législateur de 2005 l'a souhaité public : les articles 1 et 2 de la loi du 5 janvier 2005, modifiant respectivement les dispositions de l'article L. 442-5 du code de l'éducation et l'article L. 813-8 du code rural, disposent que les enseignants, « en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié ».

La situation juridique du maître contractuel ressort donc désormais du droit public, tant dans ses rapports avec l'Etat que dans ses rapports avec l'établissement dans lequel il travaille.

Néanmoins, le législateur a voulu préserver les droits acquis des maîtres contractuels du privé en matière de représentation des salariés. Au deuxième alinéa des articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural, il a donc été ajouté :

« Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants mentionnés à l'alinéa précédent sont, pour l'application des articles L. 236-1, L. 412-15, L. 421-2 et L. 431-2 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, tel que prévu à l'article L. 620-10 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des

⁷ Jurisprudences convergentes des deux hautes juridictions : CE, 26 mars 1993, recueil p. 85 ; Ass. plén., 5 novembre 1993, *Bull.* 1993, Ass. plén., n° 14.

⁸ Dans sa chronique à l'AJDA 1995, p. 427, M. Bernard Toulemonde, particulièrement critique à l'égard de la position de la Cour de cassation, extrait chez les différents auteurs ayant travaillé la question les termes de « perplexité », « processus scabreux », « imbroglio », « grand écart juridique », « acrobatie ou loterie ».

⁹ Conseil d'Etat, 31 janvier 2001, n° 202676, Fondation don Bosco.

délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail (...) ».

Les demandes d'avis dont est saisie la Cour de cassation naissent de la lecture de cet article : si la loi consacre l'application aux maîtres contractuels de l'enseignement privé des institutions représentatives du personnel que sont les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, elle ne dit rien des délégués syndicaux.

Omission involontaire ou choix délibéré ? De nombreux arguments juridiques peuvent être développés en faveur de l'une ou l'autre thèse.

II. - Les maîtres contractuels de l'enseignement privé peuvent-ils être désignés délégués syndicaux depuis la loi du 5 janvier 2005 ? Eléments de réponse

Le fonctionnement extrêmement particulier de l'institution des maîtres contractuels de l'enseignement privé explique que, quelles que soient les tentatives de simplification et d'homogénéisation par les textes, des questions continueront de se poser. Rappelons qu'en pratique, les maîtres contractuels de l'enseignement privé passent un examen, le certificat d'aptitude aux fonctions d'enseignement dans les établissements d'enseignement privés (CAFEP), qui leur donne droit à inscription sur une liste d'aptitude. La désignation et l'affectation des maîtres contractuels de l'enseignement privé est ensuite le fait de l'autorité académique, qui publie les emplois vacants, réunit la commission consultative mixte et missionne le maître auprès de l'établissement privé¹⁰. Mais le choix en réalité appartient *in fine* au chef d'établissement, auquel l'administration n'a pas le pouvoir d'imposer un maître. Une fois affectés à un établissement, les maîtres ne sont pas titularisés dans leur emploi. En cas de fermeture de classe, notamment, le contrat des maîtres avec l'établissement est automatiquement rompu. Il peut également leur être imposé par l'établissement un service à temps incomplet se traduisant par une perte de revenus.

Il importe donc de souligner que même après l'adoption de la loi du 5 janvier 2005, le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat reste singulier et se distingue notamment de celui des fonctionnaires mis à disposition d'un organisme privé par le fait que le fonctionnaire continue à appartenir à son corps d'origine et à bénéficier de la sécurité de l'emploi tandis que le maître contractuel, qui n'est recruté que pour être mis à disposition d'une personne morale privée, reste toujours hors de la sphère publique *stricto sensu*¹¹.

Au bénéfice de ces observations, il convient d'examiner les arguments justifiant d'appliquer ou d'exclure les dispositions relatives à la désignation de délégués syndicaux aux maîtres contractuels de l'enseignement privé.

A. - Arguments dans le sens du maintien de la possibilité de désigner un délégué syndical

Nous étudierons successivement cinq séries d'arguments pouvant être évoqués pour justifier le maintien de l'institution des délégués syndicaux.

1. Les travaux parlementaires

La loi du 5 janvier 2005 étant issue d'une proposition parlementaire, les débats donnent des indications fort utiles sur l'intention du législateur, et cela d'autant plus que l'article relatif à la représentation salariale et syndicale est issu d'un ajout à la proposition initiale.

Devant l'Assemblée nationale comme devant le Sénat, les parlementaires ont indiqué clairement qu'ils souhaitaient à la fois « sortir le contrat des maîtres du cadre du code du travail »¹², tout en maintenant à leur profit les institutions sociales et les droits qui leur ont été reconnus jusqu'à présent. A plusieurs reprises, les députés et les sénateurs évoquent les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le CHSCT.

Mais ils mentionnent également, et de manière expresse, les délégués syndicaux.

M. Censi se réfère ainsi à la « représentation syndicale » et M. Richard, à la nécessité de respecter « l'intégralité des droits syndicaux ». Mais deux propos plus explicites encore peuvent être cités.

En premier lieu, celui du député Lionel Luca, à l'origine de l'amendement visant à maintenir au profit des maîtres du privé les droits de la représentation du personnel : le député affirme que son amendement « permet tout d'abord la mise en place des délégués syndicaux (...) ».

En second lieu, ceux tenus le 22 décembre 2004 à partir d'une proposition d'une sénatrice, Mme David. Cette dernière avait déposé un amendement afin qu'il soit expressément inscrit dans le texte de la loi que la désignation de délégués syndicaux était possible. Le rapporteur, Mme Troendle, a indiqué être défavorable à cet amendement qui « semble déjà satisfait ». Le ministre de l'éducation nationale, dont l'avis a alors été requis, a affirmé : « **pour répondre directement à la question, j'ajoute qu'un enseignant peut être délégué syndical** ». Après cet échange, la sénatrice a retiré son amendement.

¹⁰ Selon les articles 8-2 et suivants du décret du 22 avril 1960, modifié : après publication des emplois vacants, les personnes qui postulent font acte de candidature auprès de l'autorité académique, laquelle notifie à chacun des chefs d'établissement « la ou les candidatures qu'elle se propose de retenir ». Mais en pratique, il est toléré que certains établissements privés, notamment d'enseignement catholique, effectuent un examen préalable des candidatures par l'intermédiaire d'une commission spéciale. En tout état de cause, le chef d'établissement doit donner son accord avant toute nomination.

¹¹ Voir à ce sujet Jean Savatier, *Le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz.

¹² M. Censi, débats à l'Assemblée nationale le 8 décembre 2004.

La lecture des travaux parlementaires et notamment des débats, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, laisse ainsi apparemment supposer que l'intention du législateur a bien été de permettre aux maîtres du privé de continuer à être désignés délégués syndicaux.

Toutefois, cette lecture doit être tempérée par deux séries d'éléments, sur lesquels nous reviendrons plus longuement en deuxième partie : la confusion entretenue entre la notion de délégué syndical et celle de représentant syndical au sens du droit public, et la volonté du législateur, également affirmée à plusieurs reprises, de limiter l'application du code du travail aux dispositions n'ayant pas d'équivalence dans l'enseignement public.

2. La cohérence du texte de loi

La loi de 2005 ne prévoit pas expressément la désignation de délégués syndicaux. Pourtant, elle se réfère, en ce qui concerne la prise en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, à l'application de l'article L. 412-5 du code du travail. Or, l'article L. 412-5 du code du travail concerne les seuils d'effectif liés à l'exercice du droit syndical dans les entreprises tel qu'il est énoncé dans le chapitre 2 du livre 4 du code du travail, soit, plus précisément, à la création de sections syndicales et à la désignation de délégués syndicaux.

Par conséquent, les syndicats à l'origine du litige estiment que la référence à l'article L. 412-5 ne peut avoir de sens que si la désignation de délégués syndicaux est possible.

De fait, le chapitre dans lequel s'insère l'article L. 412-5 du code du travail ne contient que deux droits soumis à condition d'effectif : le droit à la mise à disposition des organisations syndicales, par l'employeur, d'un local et le droit à désignation d'un délégué syndical.

Peut-on imaginer que la référence à l'article L. 412-5 n'ait eu pour seule finalité que de permettre la mise à disposition de locaux au profit des organisations syndicales ? Cette analyse semble peu pertinente puisque, comme nous le verrons plus loin, l'exclusion de l'institution du délégué syndical ne pourrait se justifier que par des considérations liées à l'existence, dans le droit public, d'une institution équivalente (les représentants syndicaux). Or le droit public prévoit également la mise à disposition de locaux au profit des organisations syndicales, avec un seuil d'effectif différent de celui du droit privé. Par conséquent, les droits soumis à condition d'effectif auxquels se réfère l'article L. 412-5 du code du travail devraient être soit reconnus soit écartés dans leur globalité.

On peut cependant donner une autre portée à la référence à l'article L. 412-5 du code du travail. Cette référence peut simplement autoriser la prise en considération du nombre de maîtres contractuels employés par l'établissement pour le calcul de l'effectif permettant la mise en place des délégués syndicaux au profit des autres catégories de personnels (maîtres agréés, mais également personnels auxiliaires, d'entretien etc.) sans que pour autant les maîtres contractuels soient en droit de désigner eux-mêmes en leur sein des délégués syndicaux. Une telle analyse conduirait ainsi à intégrer les maîtres contractuels dans le calcul des effectifs au profit des autres catégories de personnel sans leur conférer le droit à désignation. Cette distinction entre la prise en compte d'un salarié dans les effectifs et le droit de ce salarié à exercer les droits liés à la représentation du personnel n'a rien d'exceptionnel. Ainsi, les salariés employés sous contrat à durée déterminée sont pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise au prorata de leur temps de présence (article L. 620-10 du code du travail) mais ne sont ni électeurs ni éligibles dès lors que le scrutin a lieu en dehors de la période couverte par leur contrat¹³.

3. L'application aux maîtres du privé des autres institutions représentatives du code du travail

L'application aux maîtres du privé de toutes les autres dispositions du code du travail relatives à la représentation du personnel est un argument fort en faveur de la possibilité de désigner des délégués syndicaux. D'une part, parce que les missions des différentes institutions représentatives du personnel sont conçues comme complémentaires : chacun des acteurs de la représentation a un rôle déterminé, de telle sorte que les salariés puissent au final être représentés dans tous les aspects de la vie de l'entreprise en rapport avec l'exercice de leur travail. D'autre part, parce que l'existence d'un délégué syndical est parfois même nécessaire à la mise en place des autres institutions représentatives du personnel. Ainsi, le délégué syndical est habilité à négocier, au nom de son syndicat, les accords préélectoraux permettant le déroulement du processus électoral¹⁴. De même, au-dessous d'un certain seuil d'effectif, le délégué syndical est de droit représentant syndical auprès du comité d'entreprise.

Ces considérations pourraient conduire à penser, comme le suggèrent certains auteurs¹⁵, que l'absence de référence aux délégués syndicaux ne peut être qu'une maladresse de rédaction ou encore, comme le suggèrent les syndicats, que la loi n'a estimé utile de citer que les institutions issues d'une élection et non d'une désignation.

Un élément textuel peut d'ailleurs conforter cette analyse : les textes relatifs aux conditions à remplir pour devenir délégué du personnel, être candidat au comité d'entreprise ou au CHSCT font référence à la notion de « salarié ». Celui relatif aux conditions pour être désigné délégué syndical (voir l'article L. 412-14 du code du travail) n'évoque que l'obligation de « travailler dans l'entreprise depuis un ans au moins ». On pourrait

¹³ Soc., 28 avril 1986, *Bull.* 1986, V, n° 140.

¹⁴ Mais l'absence de délégué syndical n'est pas un frein à la négociation des accords préélectoraux et à la participation des syndicats : conformément à la jurisprudence émanant d'une décision de l'assemblée plénière, l'employeur doit alors envoyer directement l'invitation à négocier au siège des organisations syndicales représentatives (Ass. plén., 5 juillet 2002, *Bull.* 2002, Ass. plén., n° 2).

¹⁵ Pour B. Toulemonde, la référence à l'article L. 412-5, et les débats parlementaires rendent « plausible » l'hypothèse du maintien des délégués syndicaux : chronique AJDA 2005, p. 478.

alors en déduire qu'un texte spécial était nécessaire pour étendre les premières institutions citées aux maîtres contractuels du privé auxquels on supprimait le contrat de travail de droit privé, alors qu'un tel texte n'était pas nécessaire pour que s'applique toujours à eux le droit de désignation des délégués syndicaux.

Cependant, la prudence s'impose. Outre qu'il ne ressort pas des débats parlementaires qu'une telle analyse littérale ait dicté le choix des rédacteurs du texte, il existe maintes autres situations, notamment liées au droit public, dans lesquelles n'ont été volontairement étendues aux agents que certaines institutions représentatives du personnel. Ainsi, le législateur a réservé au personnel de droit privé de la Caisse des dépôts et consignations un statut hétérogène, ce personnel bénéficiant de toutes les dispositions du code du travail en matière de représentation salariale, à l'exception de celles concernant le comité d'entreprise¹⁶. Dans d'autres cas, la loi a créé un organisme de concertation remplaçant certaines institutions représentatives du personnel¹⁷. S'agissant des fonctionnaires mis à disposition d'une entreprise privée, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour a longtemps écarté l'électorat et l'éligibilité au comité d'entreprise¹⁸.

Les institutions représentatives du personnel n'ont en effet pas toutes la même finalité et il est loisible, dans certaines situations particulières, de confirmer la présence de certaines en excluant les autres. Dans le cas des maîtres des établissements privés, il convient de tenir compte du fait que leur assimilation à des agents publics laisse subsister certaines différences, dont l'une, essentielle, concerne la garantie de l'emploi. La participation au comité d'entreprise peut donc se justifier par la nécessité de veiller à la bonne marche de l'entreprise. La présence de délégués syndicaux est-elle tout aussi nécessaire ? La mission spécifique des délégués syndicaux, celle qui les distingue des autres catégories de représentants du personnel et notamment des délégués du personnel, est leur participation à la négociation des accords collectifs. Or ces accords collectifs, qui concernent la politique salariale de l'entreprise, l'avancement, les horaires de travail, n'ont pas vocation à s'appliquer aux maîtres contractuels de l'enseignement privé dont le salaire est pris en charge par l'Etat. Plus encore, dès lors que la loi du 5 janvier 2005 assimile totalement le maître contractuel à un agent public, l'application d'un accord collectif à cette catégorie d'enseignant est juridiquement exclue : le Conseil d'Etat a en effet récemment rappelé, suivant en cela les conclusions de son commissaire du gouvernement¹⁹, que les accords collectifs conclus dans la fonction publique avec des syndicats n'ont aucune valeur juridique contraignante et sont inopérants sur l'état du droit.

Dès lors, on peut s'interroger sur l'intérêt juridique qui pourrait s'attacher à l'extension au profit des maîtres contractuels du privé de la possibilité de désigner des délégués syndicaux. Il est vrai qu'il ne faut pas oublier que la mission initiale et pérenne des délégués syndicaux est d'assurer un rôle de liaison entre le chef d'entreprise, les salariés et leurs syndicats qui va au-delà de la simple négociation des accords collectifs. Une telle mission demeure importante s'agissant d'agents publics n'ayant ni la garantie de leur emploi ni celle de leurs horaires et de leur rémunération et la présence dans ce cadre de délégués syndicaux au comité d'entreprise revêt une véritable signification.

4. La jurisprudence habituelle de la Cour de cassation

Qualifiés par la loi d'agents publics, travaillant dans des établissements privés, les maîtres contractuels se trouvent dans une situation très proche des fonctionnaires détachés ou mis à disposition d'une entreprise privée.

Or, pour ces fonctionnaires détachés ou mis à disposition, la Cour de cassation a élaboré un régime leur permettant, pendant le temps de leur mise à disposition, d'être « intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise »²⁰ bien qu'ils soient toujours rémunérés par l'Etat. Cette notion d'intégration à la communauté des travailleurs, qui a succédé, dans la jurisprudence de la Cour de cassation applicable aux fonctionnaires détachés, à la notion de lien de subordination²¹, conduit la Cour à déclarer applicables à ces fonctionnaires tous les droits de la représentation des salariés et de la représentation syndicale de l'entreprise. Les fonctionnaires détachés sont par conséquent électeurs et éligibles tant pour les élections de délégué du personnel que pour les élections au comité d'entreprise et susceptibles d'être désignés comme délégués syndicaux ou représentants syndicaux au comité d'entreprise.

Au regard de cette jurisprudence, il peut sembler cohérent d'appliquer aux maîtres contractuels de l'enseignement privé, agents publics exerçant dans des établissements de droit privé, l'institution des délégués syndicaux. Il peut même sembler incohérent d'exclure l'application aux maîtres contractuels d'une institution représentative dont vont bénéficier, au sein de la même entreprise, les fonctionnaires enseignants détachés ou mis à disposition.

Cependant, la jurisprudence de la Cour étend aux fonctionnaires enseignants mis à disposition ou détachés l'ensemble des institutions représentatives du personnel dans la mesure où ces fonctionnaires se trouvent liés à l'entreprise, pendant le temps de leur mise à disposition ou de leur détachement, par un contrat de travail²². Tel n'est plus le cas des maîtres contractuels...

¹⁶ Loi n° 96-452, 28 mai 1996, Soc., 28 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 353.

¹⁷ Par exemple, dans le cas des chambres d'agriculture : article 46 de la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999.

¹⁸ Soc., 2 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 92. Mais depuis un arrêt du 23 mai 2006, les fonctionnaires mis à disposition sont électeurs et éligibles au comité d'entreprise : *Bull.* 2006, V, n° 182.

¹⁹ Arrêt du 19 juin 2006. Voir « *L'absence de valeur juridique des "accords collectifs" conclus dans la fonction publique* », conclusions du commissaire du gouvernement Yves Struillou, *Droit social sept./oct.* 2006, p. 890.

²⁰ Soc., 23 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 182.

²¹ Par exemple, Soc., 5 mars 1997.

²² Ass. plén., 20 décembre 1996, *Bull.* 1996, Ass. plén., n° 10 ; Soc., 5 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 99. Voir également Trib. des conflits, 7 octobre 1996, *Bull.* 1996, T. confl., n° 16.

5. Le champ d'application des dispositions du code du travail

La question posée par les tribunaux d'instance de Lyon et Paris 13^e se réfère à l'article L. 412-14 du code du travail. Mais, de manière plus générale, cet article est inclus dans la section III du chapitre II du titre I du livre IV du code du travail, section qui comporte un article L. 412-11 ainsi rédigé : « *Chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale dans les entreprises et organismes visés par l'article L. 421-1 qui emploient au moins 50 salariés désigne (...) un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise* ».

Il ne fait guère de doute que les établissements d'enseignement privés font partie des entreprises et organismes visés par l'article L. 421-1 du code du travail, lequel se réfère aux « établissements industriels, commerciaux ou agricoles (...) les associations ou tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet ». Le fait que les établissements d'enseignement privés soient chargés d'une mission de service public ne modifie pas leur nature juridique et la loi du 5 janvier 2005 n'affecte en rien cette qualification.

Par conséquent, conformément à la jurisprudence précitée de la Cour, le simple fait de travailler habituellement au sein d'une entreprise ou d'une association répondant aux critères de l'article L. 421-1 du code du travail devrait ouvrir droit à la possibilité de désigner des délégués syndicaux.

B. - Arguments en faveur de l'exclusion du droit des maîtres contractuels du privé à être désignés délégués syndicaux

Ces arguments sont au nombre de trois.

1. L'existence d'institutions équivalentes dans le statut de la fonction publique

Il s'agit là de l'argument le plus important en faveur de l'exclusion du droit des maîtres contractuels à être désignés délégués syndicaux.

Il ressort en effet des débats parlementaires qu'en étendant au profit des maîtres contractuels, devenus agents publics, le droit social applicable aux salariés du privé, le législateur a souhaité maintenir au profit des enseignants du privé les droits concernant leur représentation qui leur avaient été reconnus par la jurisprudence sous l'empire de la loi ancienne, dans la mesure où ils ne bénéficiaient pas d'institutions équivalentes dans le cadre de leur nouveau statut.

De fait, il est cohérent de considérer que si, par le biais de la législation applicable aux agents publics, les maîtres de l'enseignement peuvent bénéficier de droits de représentation équivalents à ceux qui sont ouverts par le code du travail, l'application des textes de droit privé peut alors être écartée, sans risque de violation du principe constitutionnel du droit des salariés à disposer d'une représentation notamment syndicale.

Or, s'il n'existe pas à l'évidence, dans le statut public, d'institutions équivalentes à celles du comité d'entreprise, de la délégation du personnel - s'agissant du CHSCT, l'hésitation est permise, puisqu'il existe des comités d'hygiène et de sécurité intervenant au niveau de circonscriptions - , les délégués syndicaux ont des missions proches de celles dévolues aux « représentants syndicaux » évoqués dans le décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique.

Afin de faciliter l'étude comparative nécessaire à l'examen de l'« équivalence », il est joint au présent rapport un tableau détaillant les missions des deux catégories de représentants syndicaux et leur statut.

Il en ressort que la mission générale des délégués syndicaux officiant dans le secteur privé et des représentants syndicaux dans le secteur public est proche : représenter l'organisation syndicale qui les a désignés dans l'entreprise ou dans le service, tant auprès du chef d'entreprise ou chef de service qu'auprès des salariés ou fonctionnaires ; relayer par des actions syndicales les revendications ou propositions pour l'amélioration de la situation des personnes travaillant dans l'entreprise ou le service.

En revanche, le cadre de la désignation des deux représentants diffère sensiblement : alors que le délégué syndical est désigné par les syndicats représentatifs, à partir d'un certain seuil d'effectif, au sein de l'entreprise ou de l'établissement dans lequel il travaille, le représentant syndical est choisi aux termes d'un système complexe de contingentement, à partir des heures de franchises syndicales octroyées sur le plan national aux syndicats en fonction de leur représentativité. Il n'existe donc pas de représentant syndical dans tous les services et la présence du représentant syndical ne dépend pas directement de l'effectif du service.

Peut-on, dans ces conditions, considérer que les deux institutions sont équivalentes, ce qui rendrait inutile la désignation de délégués syndicaux en sus des représentants syndicaux ?

La réponse à cette question est d'autant plus complexe qu'en réalité, l'institution des représentants syndicaux ne s'applique pas de plein droit aux maîtres contractuels, même qualifiés d'agents publics. En effet, le décret du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique n'a vocation à régir que les agents publics exerçant « dans les administrations de l'Etat et dans les établissements publics de l'Etat ne présentant pas un caractère industriel et commercial ». Cependant, sans avoir étendu aux maîtres du privé les dispositions générales du décret du 28 mai 1982, le pouvoir réglementaire leur a conféré, par un texte spécial, depuis 1985, le droit de bénéficier du système des franchises syndicales qui autorise l'action des représentants syndicaux. Par conséquent, depuis 1985, les syndicats sont en droit de désigner parmi les maîtres contractuels de l'enseignement privé des représentants qui bénéficieront de dispenses horaires, partiellement ou totalement, pour exercer leur fonction de représentants syndicaux.

Par conséquent, il ne peut être apporté de réponse sans que soit examinée au préalable la question, essentielle, de la prise en charge des heures de délégation.

2. Le principe du non-cumul des heures de délégation

Proche de l'argument relatif à l'équivalence des fonctions, l'argument portant sur le non-cumul des heures de délégation met en avant une incidence financière non négligeable liée à la présente demande d'avis.

Une réponse affirmative à la demande d'avis est en effet susceptible d'engendrer une autre question, que les deux tribunaux d'instance ont intentionnellement écartée comme ne ressortant pas de leur compétence d'attribution : si les maîtres contractuels sont en droit de désigner des délégués syndicaux, ces délégués auront-ils droit aux crédits d'heure prévus par le code du travail ? Et en ce cas qui, de l'établissement privé ou de l'Etat, devra prendre en charge le coût financier des heures de délégation ?

Les délégués syndicaux bénéficient en effet, de par la loi, d'heures de délégation prises en charge comme des heures de travail, y compris parfois en heures supplémentaires. Les représentants syndicaux bénéficient d'heures de franchise syndicale, calculées, comme indiqué plus haut, en fonction d'un système de contingentement national.

Depuis le décret du 12 juillet 1985, les syndicats ont droit à des franchises syndicales au bénéfice des maîtres contractuels du privé. Le décret n° 64-217 du 10 mars 1964, relatif aux maîtres contractuels et agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat a parallèlement été modifié pour autoriser le remplacement des maîtres contractuels lorsque ceux-ci bénéficient d'une décharge d'activité pour exercer un mandat syndical (article 2-2). Ces franchises syndicales représentent, actuellement, au plan national, l'équivalent de 140 emplois temps plein²³.

Si les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical recouvrent les mêmes missions, il paraît difficile d'admettre qu'il puisse y avoir à la fois, pour les maîtres du privé, droit à des heures de délégation et à des heures de franchise syndicale. Certains auteurs ont d'ailleurs souligné que, dans cette hypothèse, il y aurait violation, cette fois au profit de l'enseignement privé, de la règle de parité instituée par les lois Debré et Guerneur.

Dans les conclusions développées devant le tribunal d'instance, les deux syndicats d'enseignants contractuels effectuaient cependant une distinction entre les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical, qui ne seraient pas équivalentes, et la prise en charge des délégations, qui serait entièrement intégrée dans les décharges syndicales instituées par le décret du 28 mai 1982. Il y aurait ainsi application des dispositions du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux, mais non de celles relatives au crédit d'heure.

Outre que cette dissociation paraît aventureuse en l'état des textes, il convient de rappeler qu'elle ne résulte actuellement que d'une pratique.

Enfin, il faut indiquer que le régime des autorisations d'absence pour activité syndicale n'a jamais été étendu aux maîtres du privé et une incertitude demeure sur son application à ce jour.

Il est par conséquent incontestable que, s'agissant des enseignants contractuels de l'enseignement privé, la plus grande confusion règne quant à l'application des statuts parallèles de délégué syndical/représentant syndical, et le droit concurrent à des crédits d'heures et à des heures de franchise syndicale. L'examen des débats parlementaires et des discussions qui ont eu lieu par la suite sur la mise en œuvre de la loi du 5 janvier 2005 montre que cette confusion est maintenue, voire entretenue par les propos des différents intervenants, et qu'une clarification est manifestement souhaitable.

Ainsi, deux mois après le vote de la loi, sur une question parlementaire de M. Lachaud, le ministre de l'éducation nationale affirmait :

« S'agissant des heures de délégation syndicale, l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 dispose que, nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les maîtres continuent à bénéficier et à exercer leurs droits syndicaux et sociaux conformément à ce qui leur est déjà reconnu ».

Quelques mois plus tard, à l'occasion du rapport d'information sur la mise en application de la loi du 5 janvier 2005 déposé par M. Censi le 5 octobre 2005, M. de Robien, ministre de l'éducation nationale, s'exprimait ainsi :

« S'agissant de l'exercice du droit syndical, les règles de droit public ont vocation à s'appliquer aux décharges dont bénéficient les délégués élus qui sont des agents publics. Les maîtres ne perçoivent donc pas de rémunération pour leurs heures de délégation puisqu'il existe par ailleurs un système de décharge accordé par l'Etat et géré globalement par les syndicats. Les établissements privés n'auront donc plus à rémunérer les décharges syndicales dont bénéficient les maîtres ».

Ces réponses, relativement confuses sur les notions de délégué syndical et représentant syndical, ne suffisent pas à l'évidence à éclairer complètement la question de l'équivalence et du cumul. Mais ce travail de clarification incombe-t-il au pouvoir judiciaire, saisi sur avis ?

3. Le silence du texte

Certes moins doctoral, l'argument lié au silence du texte n'en existe pas moins et cela d'autant plus que l'omission matérielle ne ressort pas avec évidence. Il est incontestable que la loi du 5 janvier 2005 cite expressément un certain nombre d'institutions représentatives applicables aux maîtres du privé et n'évoque

²³ Un calcul forcément sommaire et approximatif permet néanmoins de considérer que le temps de décharge correspondant à 140 emplois temps plein pour 140 000 enseignants contractuels équivaut peu ou prou aux heures de délégation (10 à 20 heures par mois, selon les effectifs) institués pour les délégués syndicaux.

pas les délégués syndicaux. Sans s'arrêter à l'argument *a contrario* qui peut être mis en avant, la question se pose de savoir s'il appartient à notre Cour de décider, en l'absence d'un texte particulier et dans un contexte aussi complexe, l'application d'une institution syndicale de droit privé à des agents publics.

Certes, le silence de la loi n'a aucune portée lorsque des principes généraux du droit sont en cause. L'exercice du droit syndical en fait indéniablement partie. Mais, une nouvelle fois, la possibilité pour les maîtres du privé, agents publics, de bénéficier d'une représentation syndicale par le biais des franchises syndicales relativise cet argument.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs précisé²⁴ que les dispositions du code du travail, relatives au droit syndical, ne s'appliquaient pas au secteur public en l'absence d'un texte législatif ou réglementaire exprès. La Cour de cassation a de son côté rappelé que les collectivités territoriales n'étaient pas au nombre des organismes expressément visés par l'article L. 412-11 au sein desquels peut être désigné un délégué syndical²⁵. Sous l'empire de l'ancienne législation applicable à la Caisse des dépôts et consignations, elle a également jugé que, dès lors que le statut de la caisse issu de la loi du 28 avril 1816 excluait l'emploi du personnel dans les conditions de droit privé, il ne pouvait être fait application des textes du code du travail relatifs à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise²⁶.

Dès lors que les maîtres contractuels sont officiellement des agents publics à part entière, obligés de démissionner au 1^{er} septembre 2005 des fonctions prud'homales qu'ils pouvaient avoir occupé éventuellement jusqu'alors²⁷, notre Cour peut-elle décider de continuer à leur appliquer, sans texte spécial, des dispositions particulières du code du travail ?

Conclusion

C'est en l'état de ces différentes observations que se présente la demande d'avis adressée à la Cour.

Il convient de préciser, pour conclure, que le rapporteur a demandé à cinq tribunaux d'instance ayant eu à connaître de la question de faire parvenir une copie de leur décision. Il en résulte qu'un tribunal d'instance a déclaré la contestation de l'établissement irrecevable faute de mandat régulier de son représentant. Le tribunal d'instance de Tarbes a validé à deux reprises la désignation d'un délégué syndical. Le tribunal d'instance de Bourgoin-Jallieu a quant à lui renvoyé l'examen de l'affaire au 9 janvier 2007. Les autres décisions ne sont pas parvenues au rapporteur.

Enfin, il convient de signaler que le député Censi a, le 1^{er} septembre 2006, déposé une proposition de loi « visant à compléter le droit syndical » des maîtres contractuels de l'enseignement privé. Cependant, et bien que la proposition de loi, qui est citée sur le site de l'Assemblée nationale, remonte désormais à trois mois, le contenu de la proposition n'a toujours pas été diffusé à l'heure où le rapporteur dépose son rapport. On ne peut donc que supposer que la proposition vise à apporter des éclaircissements sur le thème objet du présent avis. Mais de multiples propositions de loi restent à l'état de propositions.

Comparaison entre le statut des délégués syndicaux dans les entreprises privées et les représentants syndicaux dans la fonction publique

	Délégués syndicaux	Représentants syndicaux
Textes	Articles L. 412-11 à L. 412-21 du code du travail	Décret 82-447 du 28 mai 1982
Mode de désignation	Désignation par chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement considéré	Désignation par les organisations syndicales représentatives, soit au niveau national, soit au niveau local
Conditions d'effectif	Au moins 50 salariés	Aucune. Système du contingentement des franchises syndicales (voir ci-dessous)
Mission générale	- représentation du syndicat auprès du chef d'entreprise (article L. 412-11) - renvoi aux dispositions consacrées aux syndicats professionnels	Aucun texte ne décrit la mission générale du représentant syndical

²⁴ CE, 13 décembre 1985, n° 43753, Conf. nat. des groupes autonomes et de l'enseignement public c/ Fonction publique.

²⁵ Soc., 7 novembre 1989, *Bull.* 1989, V, n° 646.

²⁶ Soc., 28 novembre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 322.

²⁷ Réponse ministérielle apportée par le ministre de la justice à la question parlementaire n° 91087, *JO* du 23 mai 2006, p. 5516.

	Délégués syndicaux	Représentants syndicaux
Missions particulières prévues par les textes légaux	<ul style="list-style-type: none"> - article L. 412-17 : représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises de moins de 300 salariés - article L. 132-20 : négociation des conventions et accords de groupe 	<ul style="list-style-type: none"> - sur mandat spécial : participation au Conseil supérieur de la fonction publique, aux comités techniques, aux commissions administratives paritaires, aux comités économiques sociaux régionaux, aux comités d'hygiène et de sécurité, aux groupes de travail convoqués par l'administration, aux conseils d'administration de certains organismes
Missions résultant de la jurisprudence	<ul style="list-style-type: none"> - chargés d'exercer les pouvoirs dévolus à la section syndicale : l'affichage des documents syndicaux, de la distribution de ces documents, et de la collecte des cotisations syndicales - organisation de réunions syndicales - négociation des accords collectifs sur les conditions de travail (Soc, 1^{er} mars 1984, Bull. 1984, V, n° 291) - négociation des accords préélectoraux 	<ul style="list-style-type: none"> - représentant du syndicat auprès des fonctionnaires et à ce titre, chargé de l'affichage des documents syndicaux, de la distribution de ces documents et de la collecte des cotisations syndicales - organisation de réunions (certaines étant prévues par les textes : art. 5 décret 82 : réunion mensuelle d'information)
Moyens mis à disposition	<ul style="list-style-type: none"> - pas de moyen particulier - mais disposent des moyens liés à la présence d'une section syndicale : locaux selon les seuils d'effectif, panneaux d'affichage... 	<ul style="list-style-type: none"> - pas de moyen particulier - mais disposent des moyens liés à la représentativité de leur syndicat : locaux selon l'effectif du service ; panneaux d'affichage...
Droits spécifiques	<ul style="list-style-type: none"> - droit de s'absenter du poste de travail - droit de se déplacer librement dans l'entreprise pendant ou après leur temps de travail - droit de sortir de l'entreprise pendant les heures de délégation 	<ul style="list-style-type: none"> - droit pour le représentant syndical de circuler librement dans son service - droit d'entrer dans un service ou un établissement dans lequel il ne travaille pas (ou même dont il a été révoqué), pour une réunion ou la distribution de documents syndicaux
Temps de délégation	Le crédit d'heure conféré aux délégués syndicaux dépend de l'effectif de l'entreprise (article L. 412-20 : de 10 à 20 heures, selon l'effectif)	<ul style="list-style-type: none"> - régime général : les décharges d'activité, fixées selon un système de contingentement, puis attribuées aux organisations syndicales en fonction de leur représentativité et réparties librement par les organisations syndicales entre leurs représentants - régimes particuliers : autorisations spéciales d'absence pour certaines réunions ; détachement à plein temps
Prise en charge des heures de délégation	Les heures de délégation sont considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale	Les heures de délégation constituent des franchises
Révocation	Libre, par le syndicat	Libre, par le syndicat. Mais la suppression de la décharge syndicale notifiée par l'autorité administrative à la suite de la décision de l'organisation syndicale est une décision portant grief et pouvant faire l'objet d'un recours
Protection particulière	Article L. 412-18, protection contre le licenciement (statut du salarié protégé)	Pas de disposition spéciale : le fonctionnaire ne peut être licencié. Mais la jurisprudence a aménagé au profit des représentants syndicaux le droit disciplinaire applicable aux fonctionnaires (notamment lié à l'obligation de réserve, de neutralité...)

Observations de M. Maynial

Avocat général

Demande d'avis

Les syndicats représentatifs des maîtres de l'enseignement privé peuvent-ils désigner ces derniers en tant que délégués syndicaux dans les établissements d'enseignement privés sous contrat depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 qui leur confère la qualité d'agents publics employés et rémunérés par l'Etat ?

I. - Affaire pendante devant le tribunal d'instance du XIII^e arrondissement de Paris

Depuis le 29 juin 1995, Mme Y... est maître de l'enseignement privé qualifiée d'agent public (maître contractuelle). Elle exerce ses fonctions en sciences et techniques médico-sociales au sein du groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul, établissement privé sous contrat d'association avec l'Etat (l'Etablissement).

Le syndicat SNEC-CFTC (le Syndicat) ayant fait connaître à l'Etablissement qu'il la désignait en qualité de déléguée syndicale, l'Etablissement a fait connaître à cette dernière qu'il contestait la validité de sa désignation au motif qu'elle est agent public, par conséquent non titulaire d'un contrat de droit privé, puis a saisi le tribunal d'instance du XIII^e arrondissement de Paris aux fins de trancher cette contestation.

L'Etablissement a sollicité de cette juridiction la saisine pour avis de la Cour de cassation « sur les nombreuses questions que l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2005 a suscitées ».

Au soutien de sa demande, soulignant le statut hybride des maîtres contractuels, l'Etablissement évoque « l'ambiguïté (est) née de l'interprétation de la Cour de cassation qui considère, en effet, selon une jurisprudence constante, que les maîtres contractuels sont liés à leur établissement par un contrat de travail ». Il se dit favorable, au nom du principe de la parité entre les maîtres de l'enseignement privé et de l'enseignement public, à ce que s'applique aux premiers le droit syndical en vigueur dans la fonction publique tel que prévu par le décret du 28 mai 1982. Mais cette application est exclusive, selon lui, de toute désignation à des fonctions de délégué syndical auprès d'un établissement d'enseignement privé sous contrat. Car, interprétant la portée de la loi du 5 janvier 2005, muette sur ce point, et s'appuyant sur les travaux parlementaires, l'Etablissement estime que ce silence est le fruit non pas d'une omission mais d'une volonté manifeste du législateur. Il retient en outre, du fait que le statut des maîtres contractuels ne leur permet pas de recevoir le paiement des heures de délégation, qu'il ne saurait être désigné en qualité de délégué syndical au sens du code du travail que le personnel relevant du droit privé.

Le syndicat, tout en exprimant sa réserve sur l'opportunité de saisir pour avis la Cour de cassation « dans la mesure où les arrêts les plus récents semblent suffisamment explicites sur sa doctrine » et, en tout état de cause, soulignant que la question sur les heures de décharge est étrangère au litige, s'en remet à la sagesse du tribunal d'instance sur l'opportunité de saisir pour avis la Cour de cassation.

La Fédération de la formation et de l'enseignement privé CFDT, intervenant volontaire, indique « qu'il (lui) apparaît opportun de saisir la Cour de cassation pour avis sur la question de droit dont la réponse détermine, non seulement l'issue du présent litige, mais encore celle de plusieurs litiges actuellement pendants ou à venir ». Sur l'avis proprement dit, s'appuyant sur les travaux parlementaires préparatoires au vote de la loi, cette organisation syndicale a estimé que le législateur n'a pas entendu exclure les maîtres contractuels de la possibilité d'être désignés comme délégués syndicaux.

II. - Affaire pendante devant le tribunal d'instance de Lyon

M. X..., également maître contractuel en sciences économiques et sociales au collège Saint-Marc a été désigné par le Syndicat CFDT enseignement privé du Rhône SEPR-PEP-CFDT en qualité de délégué syndical auprès de cet établissement. L'association Saint-Marc d'éducation chrétienne a informé cet enseignant qu'elle contestait sa désignation puis a saisi le tribunal d'instance de Lyon aux fins de faire droit à sa contestation.

Par jugements des 18 et 29 août 2006, les tribunaux d'instance de Lyon, puis du XIII^e arrondissement de Paris relevant « que la question soulevée était une question de droit nouvelle, non encore tranchée par la jurisprudence et d'ores et déjà soumise à différents tribunaux de l'ordre judiciaire », ont adressé à la Cour de cassation la question suivante :

Les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005 du 5 janvier 2005 (...) qualifie d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux ?

Sur la recevabilité des demandes d'avis

Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent saisir pour avis la Cour de cassation avant de statuer lorsqu'elles sont elles-mêmes saisies d'une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

En l'espèce, les conditions d'ouverture de cette faculté légale sont remplies. En effet, la question de droit est nouvelle. Elle présente une difficulté sérieuse en ce sens qu'elle a trait à la détermination du droit pour les organisations syndicales représentatives de désigner en qualité de délégué syndical un enseignant contractuel. La réponse à cette question intéresse, entre autres, quelque 110 000 maîtres contractuels et 7 000 établissements privés sous contrat. En outre, des contestations opposant les organisations syndicales parties à la procédure à des établissements privés sous contrat ont déjà été portées devant plusieurs tribunaux d'instance et la question de droit n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation.

En conséquence, une réponse à la question ainsi posée serait d'un intérêt certain pour la profession d'enseignant sous contrat, les organisations syndicales les représentant et les établissements privés sous contrat.

Analyse de la loi du 5 janvier 2005, dite loi CENSI, du nom de son rapporteur à l'Assemblée nationale et du premier des signataires de la proposition de loi

Les travaux parlementaires

La proposition de loi CENSI relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat avait pour objet de soustraire les établissements privés sous contrat (les Etablissements) de la charge incombant normalement à l'Etat en sa qualité d'employeur et, à cet effet, de dissiper toute ambiguïté sur la nature du statut des enseignants contractuels tout en veillant à ce que leurs droits à la retraite soient équitablement traités. Les signataires de la proposition de loi entendaient corriger ainsi une inégalité de traitement qui avait trait à la retraite de ces personnels qui ne bénéficiaient pas du régime de retraite des fonctionnaires tout en préservant l'équilibre économique des personnes de droit privé chargées de l'administration des établissements d'enseignement. L'examen de la loi montre que, devant ces objectifs, les autres aspects de la problématique s'estompaient.

Le député M. Yves Censi, son rapporteur, n'a pas manqué de souligner la difficulté de concilier l'évolution des jurisprudences administrative et judiciaire, celle du Conseil d'Etat qui, dans son arrêt du 26 juin 1987 (arrêt n° 75569), expose que le maître contractuel exécute une mission de service public et reçoit en contrepartie une rémunération de l'Etat et celle de la chambre sociale de la Cour de cassation qui considère que l'employeur direct du maître contractuel est l'établissement privé, que, par là-même, le salarié est soumis au directeur de l'établissement par un lien de subordination qui emporte le caractère privé du contrat. Il s'ensuivait, selon notre Cour, que la juridiction prud'homale était compétente pour connaître du contentieux du contrat de travail, peu important que le maître soit recruté, soumis en dernier ressort au pouvoir disciplinaire du recteur et rémunéré à titre principal par l'Etat.

En contrepoint des principes ainsi posés, la proposition de loi avait opté pour que le maître contractuel puisse être élu délégué du personnel et membre du comité d'entreprise. Mais la question était ouverte sur la possibilité pour cet agent public d'être désigné comme délégué syndical. D'où l'intérêt de l'avis sollicité.

Lors des débats, un député (Mme David, PC), s'inquiétant de cette différence d'approche, déposa un amendement tendant à garantir le plein exercice du droit syndical dans les établissements. Elle exposa que pour être délégué syndical, il faut faire partie de l'entreprise et ajouta : « *si le contrat implicite de droit privé qui lie des enseignants à l'établissement disparaît, la nomination (du maître contractuel en qualité de délégué syndical) devient impossible* » ; d'où l'amendement déposé visant à pallier cette lacune. Le ministre de l'éducation lui demanda de retirer son amendement dans les termes suivants : « *Pour répondre directement à la question, j'ajoute qu'un enseignant peut être délégué syndical* ». Mme David lui répondit : « *Puisque que M. le ministre m'assure qu'un délégué syndical - nous sommes bien d'accord qu'il s'agit d'un délégué syndical et non d'un délégué du personnel (M. le ministre acquiesce) - peut être nommé par son syndicat dans un établissement privé, je retire mon amendement* ». Le rapport d'information présenté par M. Censi le 5 octobre 2005 a confirmé ce point de vue sans ambiguïté : « *La loi a donc explicitement prévu que : (...) - la désignation des délégués syndicaux restant, pour sa part, régie par les règles générales applicables aux agents publics.* »

La position exprimée par le ministre est d'ailleurs conforme aux termes du précédent rapport de M. Censi, qui indiquait au sujet des maîtres contractuels : « *Leurs titulaires doivent cependant continuer à bénéficier des institutions sociales et des droits qui sont les leurs à ce jour. (...) Ils pourront bénéficier de la représentation syndicale (...). En effet, comme les fonctionnaires détachés, l'exercice de leur activité professionnelle dans un établissement privé justifie qu'ils bénéficient de ces dispositions à défaut de dispositions équivalentes ou de réglementation établie sur ces points dans l'enseignement public... (Ils) pourront sans difficulté continuer à être désignés délégués syndicaux.* » Rapport Censi présenté à l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004.

Analyse de la loi proprement dite

La loi CENSI dispose que les maîtres contractuels, « en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef d'établissement (...) »¹.

Cette loi a modifié l'article L. 442-5 du code de l'éducation (pour l'enseignement général) et l'article L. 813-8 du code rural (pour l'enseignement rural) dispose en son alinéa 2 : « (...) (L'enseignement) est confié, en accord avec la direction de l'établissement (...) à des maîtres liés à l'Etat par contrat. Ces derniers, en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef de l'établissement, dans le respect du caractère propre de l'établissement et de la liberté de conscience des maîtres. Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, (ils) sont, pour l'application des articles L. 236-1, L. 412-5, L. 421-2 et L. 431-2 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement tel que prévu à l'article L. 620-10 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise (...) ».

Les maîtres contractuels : un statut sui generis

Le maître contractuel est un agent public, mais non un fonctionnaire. Il n'est pas *stricto sensu* en position de mise à disposition, ni de détachement comme l'indiquait à tort le rapport précité puisqu'il n'a pas vocation à occuper un emploi au service de l'Etat. Il n'appartient pas à un corps de l'Etat susceptible de l'accueillir. En revanche, ses liens avec l'Etablissement sont, une fois encore, affirmés : il est tenu à l'égard de l'Etablissement à un devoir de loyauté, notion qui vise en particulier l'orientation spécifique de l'Etablissement. Il doit, au surplus, en respecter le règlement intérieur. La loi de 2005 a ainsi créé un statut *sui generis*.

Il existe un lien entre ces enseignants et l'Etablissement puisqu'ils exercent « dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef d'établissement, dans le respect du caractère propre de l'établissement et de la liberté de conscience » qui reste la leur.

L'une des conséquences de cette position originale est que si l'on devait refuser à ces agents publics la possibilité d'être désignés comme délégué syndical auprès de l'Etablissement, ils ne pourraient pas davantage recevoir de mandat syndical au sein d'une hypothétique administration d'origine, de sorte qu'ils ne jouiraient que de libertés syndicales amoindries ; ce qui ne manquerait pas de soulever une interrogation sur la constitutionnalité d'une loi ainsi discriminant.

Mais est-il besoin d'insister sur le fait qu'une telle *capitis diminutio* ne repose nullement sur une disposition légale. Comment dès lors une liberté constitutionnelle pourrait-elle être tenue en échec par un silence de la loi ?

L'approche pragmatique

Abordons la question sur un plan pragmatique. Nous sommes en présence de salariés qui consacrent leur temps et leurs efforts à l'activité essentielle de l'Etablissement qui consiste en la dispense d'un enseignement. Si l'on écartait les maîtres contractuels, quels seraient les salariés habilités à être mandatés par les syndicats ? Il s'agirait des personnels administratifs, de surveillance et d'entretien.

La thèse qui se propose de tirer toutes les conséquences de la qualité « d'agent public » du maître contractuel aboutirait au résultat selon lequel ces catégories, certes utiles mais dont les fonctions se situent en marge de l'objet social de l'Etablissement, fourniraient seules des candidats aux fonctions de délégué syndical. Elles seraient les seules à pouvoir débattre, pour le compte des organisations syndicales, avec l'employeur des projets de réforme et de négocier des accords et, d'une manière plus générale, pour exercer sur les lieux du travail un droit reconnu par la Constitution (cf. article L. 412-1).

Certes, d'un strict point de vue théorique, on peut comprendre que des agents publics affectés auprès d'une personne morale de droit privé ne soient pas désignés comme délégués syndicaux auprès de celle-ci. Mais c'est oublier que le corps enseignant des Etablissements est constitué de ce seul type de salariés (ou en

¹ Article L. 442-5 : (Loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, art. 1, Journal officiel du 6 janvier 2005, en vigueur le 1^{er} septembre 2005) : « Les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré peuvent demander à passer avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public, s'ils répondent à un besoin scolaire reconnu qui doit être apprécié en fonction des principes énoncés aux articles L. 141-2, L. 151-1 et L. 442-1. Le contrat d'association peut porter sur une partie ou sur la totalité des classes de l'établissement. Dans les classes faisant l'objet du contrat, l'enseignement est dispensé selon les règles et programmes de l'enseignement public. Il est confié, en accord avec la direction de l'établissement, soit à des maîtres de l'enseignement public, soit à des maîtres liés à l'Etat par contrat. Ces derniers, en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef d'établissement, dans le respect du caractère propre de l'établissement et de la liberté de conscience des maîtres. Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants mentionnés à l'alinéa précédent sont, pour l'application des articles L. 236-1, L. 412-5, L. 421-2 et L. 431-2 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, tel que prévu à l'article L. 620-10 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail. Les rémunérations versées par l'Etat à ces personnels sont prises en compte pour le calcul de la masse salariale brute, tel que prévu à l'article L. 434-8 du même code, et la détermination du rapport entre la contribution aux institutions sociales et le montant global des salaires, mentionné à l'article L. 432-9 du même code. Les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat sont prises en charge dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public. Les établissements organisent librement toutes les activités extérieures au secteur sous contrat ».

L. 236-1 est relatif aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.
L. 412-5 (relatif à l'exercice du droit syndical dans les entreprises), L. 421-2 (délégué du personnel) et L. 431-2 (comité d'entreprise) concernent la détermination des effectifs et renvoient pour ce faire aux articles L. 629-10 et L. 620-11.

très grande majorité) qui, davantage que les autres catégories, ont reçu la formation et acquis l'expérience leur conférant une légitimité suffisante pour nourrir un dialogue syndical enrichi avec l'Etablissement sur son cœur de métier.

La loi elle-même donne des signes d'appartenance des maîtres contractuels à l'Etablissement

Ainsi, le mandat de délégué syndical est évoqué à l'article L. 442-5 du code de l'éducation qui prévoit que « *les professeurs sous contrat sont décomptés dans l'effectif qui détermine le seuil de 50 salariés pour leur mise en place* ». Ces dispositions assurent le rattachement des enseignants contractuels à l'Etat, tout en maintenant quelques rattachements dans la sphère du droit privé. Ce qui montre que la jurisprudence de la chambre sociale antérieure à la loi du 5 janvier 2005 avait des justifications sur lesquelles le législateur n'a pas été estimé concevable de revenir. Certes, pour l'essentiel, il est mis un terme au concept de contrat de travail, d'où il résultait la superposition d'un contrat de droit public avec l'Etat et un contrat de travail de droit privé avec l'Etablissement.

Sur la question précise de la désignation en qualité de délégué syndical

Ce qu'indique la loi, c'est qu'au plan collectif, les maîtres contractuels sont pris en compte comme tout salarié dans une entreprise privée en ce qui concerne les seuils des effectifs et les droits collectifs qui y sont attachés pour le calcul des effectifs de l'Etablissement pour l'appréciation des seuils concernant les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le CHSCT et les délégués syndicaux. Et, comme il vient d'être souligné, au plan individuel, ils peuvent exercer les mandats de délégué du personnel, de membre du CHSCT et du comité d'entreprise.

Mais surtout, on relève que si l'article L. 442-5 précité prévoit dans le décompte des seuils ces enseignants pour la désignation d'un délégué syndical tout en ne déterminant pas les conditions à remplir pour être désigné dans ces fonctions, c'est à notre sens parce qu'à la différence des délégués du personnel ou des membres du comité d'entreprise, ces fonctions procèdent d'un mandat accepté et non d'une candidature et d'une élection. Dès lors que la loi a fait entrer dans le calcul des effectifs les maîtres contractuels, ces derniers ont vocation à pouvoir être désignés.

Cette déduction se fonde, en outre, sur la nature même de la mission confiée aux délégués syndicaux, chargés de négocier des accords collectifs pour le compte de leur syndicat, des accords qui touchent à la vie concrète de l'établissement auquel le maître contractuel consacre sa vie professionnelle. Au demeurant, l'indépendance statutaire vis-à-vis de l'Etablissement² que confère le statut d'agent public ne peut que donner davantage de poids au maître contractuel pour tenir son rôle de négociateur syndical. Car, en même temps, ce salarié appartient à la collectivité des travailleurs au sein de l'Etablissement, peu important sa relation contractuelle avec ce dernier ; ce qui explique fort logiquement la décision du législateur de l'intégrer dans cette communauté pour le calcul des seuils.

A l'appui de cette thèse, il y a lieu de se référer aux décisions de la chambre sociale, qui énonce que si un salarié remplit les conditions requises pour être délégué du personnel, il remplit, par là-même, les conditions pour être désigné délégué syndical.

On peut ajouter deux arguments, l'un de principe et l'autre pratique.

Sur le plan des principes, les délégués syndicaux, les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise constituent ce que le livre IV du code du travail intitule entre autres « *Les groupements professionnels, la représentation des salariés...* ». Ils constituent l'une des facettes indissociables de la défense des droits des travailleurs. Ils incarnent à la fois la défense des droits des travailleurs au travers des organisations syndicales représentatives et les institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise. Dès lors qu'une loi ouvre le droit à une catégorie précise de personnels qui travaille dans l'entreprise d'accéder aux fonctions de délégué du personnel et de membre du comité d'entreprise, la chambre sociale n'a pas retenu d'arguments de principe qui s'opposeraient à ce qu'ils puissent être également délégués syndicaux.

Parmi les arguments pratiques en sens contraire, on peut avancer que si la loi CENSI renverse le rapport de force entre le rattachement au droit public et le rattachement au droit privé, elle limite le rattachement de ce travailleur à la puissance publique aux « *fonctions pour lesquels ils sont employés et rémunérés par l'Etat* ». Ce qui, en pratique, signifie qu'ils peuvent exercer d'autres fonctions pour lesquelles ils sont rémunérés par l'Etablissement.

Si, par impossible, l'on devait considérer que le maître contractuel ne pouvait pas être délégué syndical au titre de ses fonctions rémunérées par l'Etat, ne pourrait-il pas l'être au titre d'autres fonctions ? Mais cette distinction obligerait alors le juge à se livrer à un examen précis qui le conduirait, au cas par cas, à autoriser ou refuser une telle délégation syndicale. Dans cette recherche, il importerait peu que ce salarié de type *sui generis* ne travaille que marginalement dans une relation de droit privé. En effet, dès lors qu'un travailleur a la qualité de salarié de l'entreprise, il n'appartient qu'aux organisations syndicales d'apprécier si celui-ci, ne travaillant pas en permanence dans l'entreprise, sera en mesure d'accomplir sa mission syndicale³.

Mais une telle dualité de statut ne manquerait pas de susciter d'autres sources de contentieux nourries de l'inégalité de traitement réservée aux maîtres contractuels selon qu'ils exécutent ou non des tâches

² Soc., 4 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 37 à 39 : *il résulte de la combinaison des articles L. 412-11, L. 412-14, L. 423-8, L. 423-9 du code du travail qu'un salarié élu délégué du personnel remplit par là-même les conditions d'ancienneté et de présence dans l'entreprise pour être désigné délégué syndical dans un établissement.*

³ Soc., 17 juillet 1996, *Bull.* 1996, V, n° 295.

complémentaires pour le compte de l'Établissement. Ce qui pourrait être de nature à inciter ce dernier à ne donner aucune fonction ne relevant pas strictement du contrat de travail de droit public, même au risque de porter préjudice à son projet éducatif.

Le maître contractuel salarié dans l'entreprise

Indépendamment du débat sur les effets du contrat de l'agent public avec l'État, l'article L. 412-14 du code du travail prévoit que « *le ou les délégués syndicaux doivent travailler dans l'entreprise depuis un an au moins* ». L'évolution du droit social en ce domaine montre que ce qui, aujourd'hui, est mis en exergue, c'est la situation de fait, pourvu qu'elle fasse apparaître que le salarié est étroitement associé au destin de l'entreprise où il travaille. C'est d'ailleurs pourquoi le maître contractuel est soumis au règlement intérieur de l'établissement. A titre d'illustration de cette évolution, l'article L. 423-7 du code du travail relatif aux délégués du personnel énonce que sont électeurs « *les salariés ayant travaillé dans l'entreprise* » et non pas les salariés de l'entreprise. Il s'ensuit que « *lorsque les circonstances font apparaître l'existence d'un lien de subordination avec l'entreprise d'accueil, le salarié « détaché » peut être inscrit sur les listes électorales* » de sorte qu'il bénéficie de la double qualité d'électeur⁴.

Salarié mis à disposition

La même question s'était posée à propos de la faculté pour des agents de la fonction publique travaillant au sein d'une société de droit privé sous le régime de la mise à disposition, qui restent à ce titre gérés par leur corps d'origine, pour déterminer s'ils étaient électeurs et éligibles au comité d'entreprise de cette entreprise.

La chambre sociale⁵ a considéré que ces fonctionnaires, au cours de cette période de mise à disposition, étaient intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise d'accueil et pouvaient se prévaloir de la qualité de salarié pour l'expression au sein de celle-ci des droits qui y sont attachés. Dès lors, ils sont électeurs et éligibles pour les élections des membres du comité d'entreprise, car cet organe a vocation à prendre en compte les intérêts de tous les salariés dans l'entreprise, quel que soit leur statut.

Deux questions écrites ont été posées sur des sujets proches

Le gouvernement a émis deux avis en apparence peu conciliables. Ainsi⁶ le garde des sceaux, dans une réponse du 4 avril 2006, a indiqué que « *les maîtres contractuels sont considérés comme des agents publics relevant des juridictions administratives, (qu')il en résulte une impossibilité pour les intéressés d'être électeur et éligible aux conseils de prud'hommes* ». Il faut interpréter cette réponse reflétant le principe selon lequel ces salariés sont des agents contractuels soumis au droit public et en particulier à celui de la fonction publique sous réserve d'une dérogation légale ou réglementaire ; mais c'est précisément le cas des fonctions au comité d'entreprise ou de délégué du personnel. Ce qui éclaire la portée de la réponse à la question posée par M. Yvan Lachaud au ministre de l'éducation : « *S'agissant des heures de délégation syndicale, l'article premier (de la loi) dispose que, nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les maîtres continuent à bénéficier et à exercer leurs droits syndicaux et sociaux conformément à ce qui leur est déjà reconnu* ». L'emploi de l'adverbe « nonobstant » et du verbe « continuer » ne peut que renvoyer aux règles relatives aux mandats dont les maîtres sont susceptibles d'être investis notamment en tant que délégués syndicaux.

Les commentateurs de la loi de 2005

Les commentateurs de la loi de 2005 semblent pencher en faveur de l'admissibilité des maîtres contractuels à occuper les fonctions de délégué syndical. Ainsi M. Bernard Toulemonde⁷ note :

« des agents publics empruntant au droit du travail :

Nonobstant l'absence de contrat de travail (de droit privé), la loi maintient expressément l'existence des institutions représentatives des personnels et les modalités d'exercice du droit syndical telles que prévues par le code du travail. Ce faisant, sur ce point, elle consacre et donne valeur législative à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi les maîtres contractuels restent comptés dans les effectifs déclenchant l'institution des délégués du personnel, les CHSCT, les comités d'entreprise ; ils y sont électeurs et éligibles ; ils sont inclus dans la masse salariale servant de base à la subvention de l'employeur. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions de droit commun ».

Plus précisément, M. Antony Taillefait, dans la même revue, relève que « *là aussi, l'égalisation des conditions avec les enseignants des établissements publics a été écartée par amendement à la proposition de loi initiale* ». En dépit de l'absence de contrat de travail avec l'établissement privé, la loi CENSI a prévu que les maîtres continueraient à bénéficier des institutions sociales et des droits qui sont les leurs à ce jour. Seule réserve de ce nouveau statut en faveur du droit public : « *la compensation du temps de représentation des enseignants délégués syndicaux, délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise. (Ils) ne percevront plus de rémunération pour les heures de délégation du fait de l'existence du système de décharge accordé par l'État et géré globalement par les syndicats.* »

⁴ Ass.plén., 29 février 1980, Bull. 1980, Ass. plén., n° 2 ; Soc., 7 juillet 1981, Bull. 1981, V, n° 663.

⁵ Soc., 23 mai 2006, Bull. 2006, V, n° 182, pourvoi n° 05-60.119.

⁶ Question écrite du 5 mars 2005 par M. Marc Francina.

⁷ ADJA, chroniques, p. 478 : « *les maîtres des établissements d'enseignement privés entre droit public et droit privé : une hybridation législative* ».

Conclusion

Nous sommes d'avis que les maîtres de l'enseignement privé mentionnés à l'article premier de la loi n° 2000-5 du 5 janvier 2005 entrent dans le champ d'application des dispositions des articles L. 412-4 et suivants du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux et, en conséquence, que les syndicats représentatifs des maîtres de l'enseignement privé peuvent désigner leurs délégués syndicaux dans les établissements d'enseignement privés sous contrat parmi cette catégorie de personnels depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 qui leur confère la qualité d'agents publics employés et rémunérés par l'Etat.

II. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 26 JANVIER 2007 RENDU PAR LA CHAMBRE MIXTE

Titre et sommaire	Page 43
Arrêt	Page 43
Rapport	Page 45
Avis	Page 55

1° Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes) - Avis à tiers détenteur - Notification à tiers détenteur - Règles applicables - Exclusion

2° Procédures civiles d'exécution

Mesures d'exécution forcée - Saisie-attribution - Tiers saisi - Obligation de renseignement - Domaine d'application - Exclusion - Cas

3° Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes) - Avis à tiers détenteur - Règles applicables - Détermination

1° L'article 56 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 n'est pas applicable à l'avis à tiers détenteur.

2° L'obligation de renseignement incombant au tiers saisi et les sanctions attachées à son inexécution en matière de saisie-attribution sont inapplicables au tiers détenteur.

3° Si l'avis à tiers détenteur comporte l'effet d'attribution immédiate prévu à l'article 43 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, impliquant le droit pour le comptable public de recourir aux dispositions de l'article 64 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, aucune disposition légale ne prévoit l'application à l'avis à tiers détenteur des autres règles relatives à la saisie-attribution.

ARRÊT

Par arrêt du 19 septembre 2006, la chambre commerciale, financière et économique a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte. Le premier président a, par ordonnance du 15 janvier 2007, indiqué que cette chambre mixte sera composée des première, deuxième et troisième chambres civiles et de la chambre commerciale, financière et économique ;

La demanderesse invoque, devant la chambre mixte, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la SCI Groupe Guiry ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par M^e Foussard, avocat du receveur des impôts de Montpellier Est ;

Le rapport écrit de M. Falcone, conseiller, et l'avis écrit de M. de Gouttes, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties.

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le receveur des impôts de Montpellier Est (le receveur des impôts), qui avait préalablement adressé à M. X... un avis de mise en recouvrement portant sur une créance

fiscale, a notifié à la SCI Groupe Guiry (la SCI), dont M. X... était associé et gérant, deux avis à tiers détenteur ; que la SCI n'ayant pas répondu et n'ayant effectué aucun paiement, le receveur des impôts l'a assignée devant le juge de l'exécution pour obtenir un titre exécutoire ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux premières branches :

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au receveur des impôts la somme de 404 320,58 francs avec intérêts au taux légal à compter du deuxième avis à tiers détenteur du 28 avril 2000, alors, selon le moyen :

1° que l'avis adressé au tiers détenteur doit comporter les mentions prévues par l'article 56 du décret du 31 juillet 1992 et, en particulier, l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée et le décompte distinct des sommes réclamées, en principal, frais et intérêts ; qu'en décidant que les avis à tiers détenteur n'étaient pas soumis aux exigences de ce texte relatif aux saisies-attributions en l'absence de dispositions spécifiques sur les modalités d'envoi des avis à tiers détenteur prévues par le livre des procédures fiscales, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles 262 et 263 du livre des procédures fiscales, 43 de la loi du 9 juillet 2001 et celles du texte précité ;

2° que l'avis à tiers détenteur par lequel le comptable du Trésor ou le comptable de la direction générale des impôts réclame à un tiers les impositions dues par un contribuable, doit informer ce tiers de la nature et du montant de cette dette fiscale afin d'être en mesure de s'assurer notamment de son existence et de son bien-fondé auprès du contribuable concerné ; qu'à ce titre, dans les mêmes conditions que la saisie-attribution, l'avis à tiers détenteur doit donc comporter un minimum d'informations, en particulier l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée et le décompte distinct des sommes réclamées, en principal, frais et intérêts ; qu'en décidant que le tiers saisi n'avait pas à disposer de ces informations sous prétexte que l'avis à tiers détenteur n'était pas régi par les dispositions du décret du 31 juillet 1992 relatives à la saisie-attribution, en particulier son article 56, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles L. 258, L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales et 43 de la loi du 9 juillet 1991 ;

Mais attendu que les exigences de l'article 56 du décret du 31 juillet 1992 ne sont pas applicables à l'avis à tiers détenteur ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique, pris en ses quatre dernières branches :

Vu les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales, 24 et 44 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et 59 et 60 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 ;

Attendu que l'obligation de renseignement incombant au tiers saisi et les sanctions attachées à son inexécution en matière de saisie-attribution sont inapplicables au tiers détenteur ;

Attendu que pour condamner la SCI à payer au receveur des impôts la somme due par M. X... l'arrêt retient, par motifs propres, que la SCI n'avait pas répondu au créancier et manifestait une volonté affirmée de cacher ses véritables obligations à l'égard de M. X... et, par motifs adoptés, que la SCI avait une obligation de déclaration qu'elle n'avait pas remplie et que ce seul défaut de déclaration, même en l'absence de dette effective envers M. X..., devait être sanctionné ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés ;

Et sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales, 24 et 86 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et 64 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 ;

Attendu que si l'avis à tiers détenteur comporte l'effet d'attribution immédiate prévu à l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991, impliquant le droit pour le comptable public de recourir aux dispositions de l'article 64 du décret du 31 juillet 1992, aucune disposition légale ne prévoit l'application à l'avis à tiers détenteur des autres règles relatives à la saisie-attribution ;

Attendu que pour condamner la SCI à payer au receveur des impôts la somme due par M. X..., l'arrêt retient que la SCI soutenait n'être tenue, au jour de la saisie, d'aucune obligation à l'égard de M. X..., alors que l'activité de gérant non statutaire de celui-ci impliquait une rémunération en contrepartie de l'exercice de cette fonction et que l'allégation de la SCI sur l'absence de distribution de dividendes était insuffisante à défaut de production de procès-verbaux d'assemblée générale ou de documents comptables ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a rejeté la demande de sursis à statuer présentée par la SCI Groupe Guiry, l'arrêt rendu le 10 novembre 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier, autrement composée ;

Ch. mixte 26 janvier 2007
Cassation partielle

N° 04-10.422. - C.A. Montpellier, 10 novembre 2003

M. Canivet, P. Pt. - M. Falcone, Rap., assisté de M. Barbier, greffier en chef. - M. de Gouttes, P. Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, Me Foussard, Av.

Rapport de M. Falcone

Conseiller rapporteur

1. Rappel des faits et de la procédure

Le 16 décembre 1992, le centre des impôts de Montpellier Est a adressé à M. Jean-Claude X... un avis de recouvrement portant sur une dette fiscale de 908 105 francs, pénalités comprises.

Cette dette n'ayant été acquittée que partiellement, le receveur principal des impôts de Montpellier Est (le receveur des impôts) a notifié à la SCI Groupe Guiry (la SCI), dont M. X... était associé et gérant, un premier avis à tiers détenteur le 11 mai 1999, puis un second le 28 avril 2000. Ces avis portaient sur une somme de 404 320,58 francs.

Malgré une lettre de rappel la SCI n'a pas déferé à la demande de paiement.

Le receveur des impôts a assigné la SCI devant le juge de l'exécution pour obtenir un titre exécutoire sur le fondement des articles 42, 43 et 86 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, de l'article 64 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 et des articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales.

Par jugement du 14 mai 2001, le juge de l'exécution de Montpellier a condamné la SCI Groupe Guiry à payer au receveur des impôts la somme de 404 320,58 francs avec intérêts au taux légal à compter du deuxième avis à tiers détenteur du 28 avril 2000.

La motivation du jugement est la suivante ;

« Attendu qu'aux termes de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 la SCI Guiry avait une obligation de déclaration qu'elle n'a pas remplie, et ce même si cette obligation aurait pu être remplie par la seule indication qu'elle ne devait rien à M. Jean Claude X... ;

Attendu que c'est donc pour ce seul défaut de déclaration et même en l'absence de dette effective envers M. Jean Claude X..., que la SCI Groupe Guiry doit être sanctionnée ».

Par arrêt du 10 novembre 2003, la cour d'appel de Montpellier a confirmé ce jugement en faisant application de l'article 64 du décret précité avec les motifs suivants :

« Attendu qu'il est de principe admis qu'il appartient au comptable public, lorsque le tiers détenteur, mis en demeure par l'avis, refuse de payer la dette fiscale ou ne répond pas, de saisir le juge de l'exécution aux fins de la délivrance d'un titre exécutoire contre le tiers détenteur, et ce en application de l'article 64 du décret du 31 juillet 1992, la reconnaissance à l'avis à tiers détenteur de l'effet d'attribution immédiate impliquant le droit pour le comptable public de recourir aux dispositions de l'article 64 ;

Attendu qu'en l'espèce, la SCI Groupe Guiry, en sa qualité de tiers détenteur, n'a pas répondu mais soutient n'être tenue au jour de la saisie, d'aucune obligation à l'égard du débiteur redevable de l'imposition ;

Mais attendu qu'il est constant, comme cela résulte de l'extrait du registre du commerce et des sociétés, que M. X... est le gérant non statutaire de la SCI et qu'il en est l'associé, comme cela ressort des statuts de la SCI ;

Attendu qu'il est donc pour le moins surprenant que la SCI puisse alléguer n'avoir aucune obligation à l'égard de M. X... alors que d'une part l'activité de gérant non statutaire implique, en contrepartie de l'exercice de cette fonction, une rémunération au profit de M. X..., que d'autre part l'allégation de la SCI sur l'absence de distribution de dividendes est insuffisante à défaut de production de procès-verbaux d'assemblée générale ou de documents comptables ;

Attendu que devant la volonté affirmée de la SCI de cacher ses véritables obligations à l'égard de M. X..., il convient de délivrer en application de l'article 64 du décret du 31 juillet 1992, au profit du receveur des impôts un titre exécutoire... »

C'est l'arrêt attaqué. La procédure est régulière.

Par arrêt du 19 septembre 2006, la chambre commerciale de notre Cour a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte.

2. Analyse succincte des moyens

Moyen unique : sept branches

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir condamné la SCI Groupe Guiry à payer à la recette principale des impôts de Montpellier-Est la somme de 404 320,58 F avec intérêts au taux légal à compter du deuxième avis à tiers détenteur du 28 avril 2000.

Première branche :

L'avis adressé au tiers détenteur doit comporter les mentions prévues par l'article 56 du décret du 31 juillet 1992 et, en particulier, l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée et le décompte distinct des sommes réclamées, en principal, frais et intérêts ; en décidant que les avis à tiers détenteur n'étaient pas soumis aux exigences de ce texte relatif aux saisies-attributions en l'absence de dispositions spécifiques sur les modalités d'envoi des avis à tiers détenteur prévues par le livre des procédures fiscales, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles 262 et 263 du livre des procédures fiscales, 43 de la loi du 9 juillet 1991 et celles du texte précité ;

Deuxième branche :

L'avis à tiers détenteur, par lequel le comptable du Trésor ou le comptable de la direction générale des impôts réclame à un tiers les impositions dues par un contribuable, doit informer ce tiers de la nature et du montant de cette dette fiscale afin d'être en mesure de s'assurer notamment de son existence et de son bien-fondé auprès du contribuable concerné ; à ce titre, dans les mêmes conditions que la saisie-attribution, l'avis à tiers détenteur doit donc comporter un minimum d'informations, en particulier l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée et le décompte distinct des sommes réclamées, en principal, frais et intérêts ; en décidant que le tiers saisi n'avait pas à disposer de ces informations sous prétexte que l'avis à tiers détenteur n'était pas régi par les dispositions du décret du 31 juillet 1992 relatives à la saisie-attribution, en particulier son article 56, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles L. 258, L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales et 43 de la loi du 9 juillet 1991 ;

Troisième branche :

En application des dispositions de l'article 64 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, le juge de l'exécution ne peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi qu'en cas de refus de paiement par celui-ci des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur ; les qualités d'associé et de gérant, statutaire ou non, d'une société civile ne confèrent pas en elles-mêmes la qualité de créancier de celle-ci au titre de rémunérations ou de dividendes, les fonctions de gérant n'étant pas automatiquement rémunérées et des bénéfices nécessairement réalisés et distribués ; en l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que la société exposante a indiqué n'avoir aucune dette envers son associé et gérant, M. Jean-Claude X..., débiteur d'une somme de 404 320,58 F auprès de la recette principale des impôts de Montpellier-Est ; en décidant que ces qualités d'associé et de gérant permettaient de justifier une obligation de l'exposante envers M. Jean-Claude X... et sa condamnation en qualité de tiers saisi au paiement de la somme susvisée, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants et violé les dispositions de l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, de l'article 64 du décret du 31 juillet 1992 et des articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales ;

Quatrième branche :

L'obligation de renseignement qui incombe au tiers saisi en matière de saisie-attribution n'existe pas en matière d'avis à tiers détenteur, les dispositions des articles 44 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 59 et 60 du décret du 31 Juillet 1992 ne lui étant pas applicables ; dès lors, en condamnant la société exposante au paiement des causes de la saisie pour ne pas avoir satisfait à l'obligation de renseignement prévue par ces textes, les juges d'appel les ont violés ainsi que les articles 24 et 44 de la loi du 9 juillet 1991, 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992 et L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales ;

Cinquième branche :

En application des dispositions de l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991 et de l'article L. 262 du livre des procédures fiscales, à la demande du comptable du Trésor ou de la direction générale des impôts, sous forme d'avis à tiers détenteur, le tiers n'est tenu qu'au paiement à ces derniers des fonds qu'il détient ou qu'il doit au contribuable débiteur du Trésor public, à concurrence des impositions et pénalités restant dues ; il n'est tenu à aucune autre obligation, notamment de production de documents de nature à justifier qu'il n'est pas débiteur du débiteur du Trésor public, à moins d'avoir reçu une injonction du juge de l'exécution à cet effet ; en l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que la société exposante a indiqué ne pas avoir de dettes envers M. Jean-Claude X..., débiteur, et la société exposante n'a reçu du juge de l'exécution aucune injonction de produire des documents comptables ou des procès-verbaux d'assemblées ; dans ces conditions, en condamnant la société exposante au paiement des causes de la saisie pour ne pas avoir produit de tels éléments d'information bien qu'elle n'ait pas été enjoint de le faire par le juge de l'exécution, les juges d'appel ont violé les textes susvisés ;

Sixième branche :

Subsidiairement et en tout état de cause, le tiers saisi qui n'a pas satisfait à l'obligation légale de renseignement ne peut être condamné au paiement des causes de la saisie s'il n'est tenu, au jour de la saisie, à aucune obligation envers le débiteur ; en l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que la SCI Groupe Guiry a indiqué n'être pas débitrice envers M. Jean-Claude X..., redevable d'une somme de 404 320,58 F auprès de la recette principale de Montpellier-Est ; en condamnant la société exposante au paiement au receveur principal des impôts de Montpellier-Est de l'intégralité des sommes dues par M. Jean-Claude X... au Trésor public, pour n'avoir pas rempli une obligation de déclaration, même en l'absence de dette effective envers M. Jean-Claude X..., les juges d'appel ont violé les dispositions des articles 24 et 44 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992 ;

Septième branche :

Enfin et subsidiairement, la condamnation aux causes de la saisie, prévue par l'article 60 du décret du 31 juillet 1992, ne peut être appliquée que si le tiers saisi en a été informé, conformément aux exigences de l'article 56 5° du même décret ; à défaut d'avoir recherché si la société exposante avait effectivement été informée de son obligation de renseignement, dans les conditions prévues par l'article 56 précité, les juges d'appel n'ont pas donné de base légale à leur décision au regard des exigences de ce texte et de l'article 60 susvisé.

3. Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi invite notre Cour à définir le régime juridique de l'avis à tiers détenteur : est-ce une voie d'exécution autonome régie par les seules dispositions expresses qui la concernent ou doit-il être assimilé à une saisie-attribution et soumis aux règles qui sont applicables à celle-ci ?

Les réponses divergentes données à cette question par la deuxième chambre civile et par la chambre commerciale, financière et économique ont conduit celle-ci à renvoyer le pourvoi devant une chambre mixte.

La question de principe qui nous est posée devra être analysée à travers les trois problèmes spécifiques que soulève le pourvoi :

- l'avis à tiers détenteur doit-il contenir les mentions prévues, à peine de nullité, par l'article 56 du décret du 31 juillet 1992 ?
- le tiers détenteur est-il tenu à une obligation de renseignement à l'égard de l'administration fiscale et peut-il être sanctionné en cas de non-respect de cette obligation ?
- à qui incombe la charge de la preuve de la dette du tiers détenteur envers le redevable ?

4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

I. - L'état du droit positif et ses origines

A. - Présentation générale

1. Définitions

La saisie-attribution consiste pour le créancier, muni d'un titre exécutoire, à saisir entre les mains d'un tiers une créance de son débiteur sur ce tiers¹.

L'avis à tiers détenteur est une voie d'exécution permettant à l'administration fiscale, titulaire d'une créance fiscale ou douanière privilégiée, certaine, liquide et exigible à l'encontre d'un redevable et néanmoins impayée, de poursuivre le recouvrement forcé de celle-ci par la saisie d'une créance de somme d'argent que le redevable détient à l'encontre d'un tiers².

2. Les textes applicables

a) Concernant l'avis à tiers détenteur :

- article L. 258 du livre des procédures fiscales : si la lettre de rappel ou la mise en demeure n'a pas été suivie de paiement ou de la mise en jeu des dispositions de l'article L. 277, le comptable public compétent peut, à l'expiration d'un délai de vingt jours suivant l'une ou l'autre de ces formalités, engager des poursuites. Sous réserve des dispositions des articles L. 259 à L. 261, ces poursuites sont effectuées dans les formes prévues par le nouveau code de procédure civile pour le recouvrement des créances. Elles sont opérées par huissier de justice ou par tout agent de l'administration habilité à exercer des poursuites au nom du comptable ;

- article L. 262 du livre des procédures fiscales : les dépositaires, détenteurs ou débiteurs de sommes appartenant ou devant revenir aux redevables d'impôts, de pénalités et de frais accessoires dont le recouvrement est garanti par le privilège du Trésor sont tenus, sur la demande qui leur en est faite sous forme d'avis à tiers détenteur notifié par le comptable chargé du recouvrement, de verser, aux lieu et place des redevables, les fonds qu'ils détiennent ou qu'ils doivent, à concurrence des impositions dues par ces redevables... ;

- article L. 263 du livre des procédures fiscales : l'avis à tiers détenteur a pour effet d'affecter, dès réception, les sommes dont le versement est ainsi demandé au paiement des impositions privilégiées, quelle que soit la date à laquelle les créances mêmes conditionnelles ou à terme que le redevable possède à l'encontre du tiers détenteur deviennent effectivement exigibles. Il comporte l'effet d'attribution immédiate prévu à l'article 43 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991...

b) Concernant la saisie-attribution :

Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991

- article 24 : les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à ces obligations peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte, sans préjudice de dommages-intérêts. Dans les mêmes conditions, le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut aussi être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf recours contre le débiteur ;

- article 43 : l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation... ;

- article 44 : le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures ;

- article 86 : l'avis à tiers détenteur prévu par les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales comporte l'effet d'attribution immédiate prévu à l'article 43.

¹ R. Martin. Encycl. Proc. Civ. - Saisie-attribution - octobre 2002 - n° 1.

² S. Rezek. Jcl. Procédures formulaire, fasc.10 : avis à tiers détenteur, n° 1.

Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992

- article 59 : le tiers saisi est tenu de fournir sur-le-champ à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article 44 de la loi du 9 juillet 1991 et de lui communiquer les pièces justificatives. Il en est fait mention dans l'acte de saisie ;

- article 60 : le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier, sans préjudice de son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère ;

- article 64 : en cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur, la contestation est portée devant le juge de l'exécution qui peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi.

3. l'évolution historique

Les voies d'exécution prévues par le décret du 21 avril 1806 - et notamment la saisie-arrêt - étaient utilisées par le Trésor pour le recouvrement de ses créances. Une loi du 12 novembre 1808 a mis en place au profit du Trésor un procédé de recouvrement exorbitant du droit commun, que la pratique dénommera « *avis à tiers détenteur* » avant que le législateur adopte cette expression dans l'article 1848 du code général des impôts³.

Le propre de l'avis à tiers détenteur (article L. 263 du livre des procédures fiscales) est d'avoir un effet translatif immédiat au profit du Trésor public. Il en résultait que, avant la réforme des voies d'exécution, celui-ci avait une grande facilité pour primer les créanciers agissant par voie de saisie-arrêt puisque ces derniers ne pouvaient bénéficier de l'effet translatif que lorsque le jugement de validité était passé en force de chose jugée, même si, depuis 1981, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait limité l'efficacité de l'avis à tiers détenteur en retardant l'effet translatif à l'expiration du délai d'opposition ouvert au contribuable⁴.

Avec la réforme de 1991, l'avis à tiers détenteur et la saisie-attribution se situent sur le même plan. Dans la rédaction d'origine du texte, le Trésor se trouvait même placé dans une position d'infériorité par rapport au créancier privé qui pratiquait une saisie-attribution. Celui-ci bénéficiait de l'effet attributif immédiat prévu à l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 alors que le Trésor n'en bénéficiait qu'à l'issue d'un délai de 15 jours⁵.

La loi de finances n° 91-1323 du 30 décembre 1991 est venu « gommer » cette différence en intégrant à l'article L. 263 du livre des procédures fiscales un alinéa selon lequel l'avis à tiers détenteur comporte l'effet d'attribution immédiate prévu à l'article 43 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991. Cette disposition est reprise dans l'article 86 de la loi du 9 juillet 1991.

En présence d'une telle évolution qui fait produire les mêmes effets à la saisie-attribution et à l'avis à tiers détenteur, celle-là ayant été fortement inspirée par celui-ci, y a-t-il encore place pour une autonomie de l'avis à tiers détenteur ?

B. - Les réponses données

Dans le rapport de la Cour de cassation 1997, M. le conseiller Vigneron écrivait :

« On signalera en passant que, en raison précisément de sa spécificité, le contentieux du recouvrement des créances fiscales reste confié à la chambre commerciale, économique et financière, cependant que le contentieux général est soumis à la deuxième chambre civile.

Car le législateur n'a aucunement eu l'intention d'unifier la situation du comptable public et celle du créancier ordinaire : du premier, les prérogatives n'ont pas été supprimées. Il n'y a en effet aucune commune mesure entre les intérêts respectifs et l'impérieuse nécessité de recouvrer l'impôt n'est pas discutée. Ainsi n'ont pas été supprimées, mais seulement adaptées, les dispositions qui, insérées au livre des procédures fiscales, traitent des modalités du recouvrement de l'impôt.

Bien entendu, il s'agit là de textes d'exception, donc d'interprétation stricte : le droit commun s'applique chaque fois qu'il n'y est pas expressément dérogé ».

Ces observations doivent guider notre réflexion.

1. En faveur de l'autonomie :

Un argument de texte s'impose : la loi de 1991 ne fait référence à l'avis à tiers détenteur qu'en ce qui concerne ses effets, qui sont alignés sur ceux de la saisie-attribution.

Le législateur a laissé subsister l'avis à tiers détenteur à coté des autres mesures d'exécution forcée sans le réglementer, alors qu'en présence d'effets identiques il aurait été envisageable de ne conserver qu'une procédure, celle de la saisie-attribution. La raison est évidente : la procédure de l'avis à tiers détenteur est simple, rapide et entraîne des frais réduits. Son principal avantage est qu'elle peut être notifiée par la voie postale et n'entraîne pas la liquidation des frais de poursuite à la charge du débiteur, ce qui explique que l'administration préfère utiliser cette procédure plutôt que la procédure ordinaire de la saisie-attribution⁶.

³ Vignal, Droit pratique des voies d'exécution, Dalloz action, titre 93, l'avis à tiers détenteur.

⁴ Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, Litec, 7^e édition, p. 375.

⁵ Vignal, Droit pratique des voies d'exécution précité, n° 933.00 et suivants.

⁶ Francis Lefebvre, Doc. pratique, Rec VI., Ch. IX, novembre 2006, n° 60000.

La chambre commerciale part de la constatation que le législateur fiscal s'est borné à emprunter à la saisie-attribution son effet attributif immédiat de l'article 43 de la loi de 1991 pour en déduire que ce seul emprunt ponctuel ne suffit pas à faire de l'avis à tiers détenteur une variante de la saisie-attribution. M. Perrot écrit : « On ne marchandera pas à ce raisonnement une belle rigueur exégétique »⁷.

Elle refuse ainsi d'étendre les dispositions de la saisie-attribution à l'avis à tiers détenteur pour ne lui appliquer que les règles du droit commun. Tel a été le cas en matière de compétence (Com., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-11.895) avec la motivation suivante :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 263 du livre des procédures fiscales et l'article 86 de la loi du 9 juillet 1991 déclarent seulement applicable à l'avis à tiers détenteur l'effet d'attribution institué à l'article 43 de la même loi et qu'aucune disposition de celle-ci ni du décret du 31 juillet 1992 n'a prévu pour l'avis à tiers détenteur une dérogation à la règle générale de compétence de l'article 9 du décret du 31 juillet 1992, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (articles 9 et 65 du décret du 31 juillet 1992).

Tel a été encore le cas en ce qui concerne l'obligation de renseignement du tiers détenteur (Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 00-16.358) :

« Attendu qu'après avoir exactement énoncé que l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 n'est pas applicable à l'avis à tiers détenteur, la cour d'appel en a déduit à bon droit, sans violer l'article L. 258 du livre des procédures fiscales, que la demande du trésorier de Santes tendant à l'obtention d'un titre exécutoire à l'encontre de la société... ne pouvait être fondée que sur l'article L. 262 du même livre, de sorte que la société..., en sa qualité de tiers détenteur, n'était tenue à l'égard de Trésor public au paiement de l'impôt dont M. Y... restait redevable que dans la limite de ses propres dettes envers ce dernier ».

Observation : cette affaire se rapproche de la nôtre.

Dans un arrêt récent (3 octobre 2006, pourvoi n° 01-03.515), la chambre commerciale a jugé, d'une part, que les articles 56 et 58 du décret du 31 juillet 1992 étant applicables à la saisie-attribution, les exigences qu'ils fixent ne s'imposent pas à l'avis à tiers détenteur et, d'autre part, que les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales, qui dérogent aux règles prévues par le nouveau code de procédure civile pour le recouvrement des créances sans méconnaître les dispositions de l'article L. 258 du même livre, n'imposent pas la mention sur l'avis à tiers détenteur du titre exécutoire en vertu duquel celui-ci est délivré.

Ces décisions prennent le soin de faire référence aux dispositions de l'article L. 258 du livre des procédures fiscales pour dire qu'elles n'ont pas été violées.

Rappelons que cet article prévoit que, sous certaines réserves, les poursuites engagées par le comptable public sont effectuées dans les formes prévues par le nouveau code de procédure civile pour le recouvrement des créances.

La chambre commerciale considère que cet article, qui se situe au sein du **titre quatrième** du livre des procédures fiscales consacré au recouvrement de l'impôt, dans le **chapitre I** lui-même consacré aux procédures de recouvrement et dans la **section II** concernant l'exercice des poursuites, devrait s'appliquer aux poursuites de droit commun exercées par le comptable public et non aux procédures particulières de recouvrement énumérées dans la **section III** dont fait partie l'avis à tiers détenteur.

La deuxième chambre a une autre approche.

2. En faveur de l'assimilation :

L'administration, estimant qu'elle était titulaire d'une créance fiscale à l'encontre du tiers détenteur, utilisait contre lui les procédés de recouvrement de ces créances et, notamment, la possibilité d'émettre des titres exécutoires en vertu du privilège du préalable. Le tiers se trouvait alors dans l'obligation de se conformer aux règles de la procédure administrative, avec cette conséquence pratique qu'il devait respecter les formes prévues pour contester les titres administratifs et notamment provoquer une décision préalable, à peine d'être purement et simplement tenu de payer comme s'il était lui-même demandeur à la contestation⁸.

Cette pratique a conduit notre Cour à se prononcer par un premier avis du 7 mars 1997 au rapport de M. Vigneron (pourvoi n° 09-60.015).

Un comptable public avait demandé à un juge de l'exécution la délivrance d'un titre exécutoire à l'égard d'un tiers détenteur récalcitrant. Or le juge de l'exécution n'a pas normalement compétence pour délivrer de tels titres ; l'article 64 du décret du 31 juillet 1992 ne le lui permet que dans le cas où le tiers a reconnu ou a été jugé débiteur. Quant au livre des procédures fiscales, il n'envisage que les réclamations soulevées par le redevable de l'impôt, non par le tiers débiteur⁹.

Notre Cour a été d'avis qu'il appartenait au comptable public, lorsque le tiers saisi, mis en demeure par l'avis, refuse de payer la dette fiscale ou ne répond pas, de saisir le juge de l'exécution aux fins de délivrance d'un titre exécutoire contre le tiers saisi. Notre Cour a ainsi suppléé le silence de la loi. Cet avis a été approuvé par la doctrine et accepté sans réserve par l'administration fiscale.

Par un second avis du 9 février 1998 (pourvoi n° 09-70.013), elle a dit que la procédure d'ordonnance sur requête prévue à l'article 32 du décret du 31 juillet 1992 ne pouvait être poursuivie pour demander au juge

⁷ Procédures, 2002, n° 157, p. 8 et 9.

⁸ Perrot et Théry, Procédures civiles d'exécution, p. 449.

⁹ Vigneron, Rapport de la Cour de cassation 1997, précité.

de l'exécution la délivrance d'un titre exécutoire à l'encontre du tiers détenteur. Toute demande à cet effet doit être présentée selon les formes ordinaires de l'introduction de l'instance, c'est-à-dire par assignation conformément aux dispositions de l'article 19 du même décret.

Ces deux avis vont dans le sens d'une application du droit commun processuel à l'avis à tiers détenteur.

Dans la continuité de ces deux avis, la deuxième chambre civile a dit qu'en cas de refus de paiement par le tiers saisi, auquel un avis à tiers détenteur a été notifié, le saisissant doit obtenir du juge de l'exécution la délivrance d'un titre exécutoire pour pratiquer à l'encontre de ce tiers une mesure d'exécution forcée (23 novembre 2000, pourvoi n° 98-18.921).

Observation : On peut relever qu'à la suite de la formation de la Cour de cassation saisie pour avis, la deuxième chambre analyse le comportement du tiers saisi alors qu'on est en présence d'un tiers détenteur, semblant ainsi assimiler l'un à l'autre.

Quant à la compétence, la deuxième chambre a pris une position diamétralement opposée à celle de la chambre commerciale. Par un arrêt du 1^{er} février 2001 (pourvoi n° 99-11.896), elle a dit que la contestation d'un avis à tiers détenteur se trouve soumise à la règle de compétence territoriale prévue en matière de contestations relatives aux saisies-attributions par l'article 65 du décret du 31 juillet 1992.

Dans son commentaire de l'arrêt de la chambre commerciale du 12 mars 2002¹⁰, le professeur Perrot écrit : « *Il reste que l'argument d'analogie, qui a les faveurs de la deuxième chambre civile, n'est pas non plus dénué de pertinence si l'on considère que l'effet attributif de la saisie-attribution n'est tout de même pas un accessoire secondaire : c'est lui en effet qui caractérise essentiellement la saisie-attribution et lui donne toute son efficacité, comme ce même effet caractérise l'avis à tiers détenteur. A partir du moment où le législateur fiscal a jugé opportun d'aligner la procédure de l'avis à tiers détenteur sur cet effet capital de la saisie-attribution, on peut penser qu'il y a une parenté évidente entre ces deux mesures d'exécution forcée et que la règle de compétence territoriale écrite pour l'une vaut également pour l'autre.* ».

Au vu de ces avis et décisions, doit-on considérer que toutes les dispositions concernant la saisie-attribution sont applicables à l'avis à tiers détenteur ?

3. les limites à l'assimilation totale :

Les modalités procédurales d'envoi de l'avis à tiers détenteur et de la saisie-attribution sont différentes. Le premier peut être pratiqué par voie postale tandis que la seconde nécessite l'intervention d'un huissier de justice. Cette intervention n'est pas sans conséquence puisque la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992 y attachent des effets spécifiques, notamment quant aux obligations du tiers saisi.

L'acte d'huissier de justice par lequel un créancier fait pratiquer une saisie-attribution doit contenir certaines mentions et reproduire certains articles de la loi et du décret précités, permettant au tiers saisi de connaître ses obligations. Dès lors qu'il est informé, le tiers saisi qui ne respecte pas ses obligations peut être sanctionné, étant observé que son interlocuteur est l'huissier de justice.

La question se pose essentiellement pour l'application de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 qui dispose que le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné à payer les sommes dues au créancier. Cet article doit-il être rapproché du précédent qui prévoit que le tiers saisi est tenu de fournir sur-le-champ à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article 44 de la loi du 9 juillet 1991 ?

L'avis à tiers détenteur ne nécessitant pas l'intervention d'un huissier de justice, peut-on reprocher au tiers détenteur de ne pas avoir répondu à cet officier ministériel ?

Peut-on, encore, faire produire les effets d'une interpellation par un huissier de justice à une lettre, même recommandée, contenant en annexe la reproduction des articles de loi applicables écrits en petits caractères¹¹ ?

M. Rezek écrit à ce propos¹² qu'à défaut de texte spécial dans le livre des procédures fiscales pour définir l'obligation de renseignement du tiers saisi destinataire d'un avis à tiers détenteur, il y a lieu de se reporter aux dispositions générales applicables à toutes les voies d'exécution figurant dans le chapitre II de la loi du 9 juillet 1991, à savoir l'article 24 et l'article 27.

Il estime que l'article 56 5° du décret du 31 juillet 1992 est un texte spécial d'application de l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991 au cas particulier de la signification d'une saisie-attribution, que son application ne peut être étendue aux hypothèses de notification d'un avis à tiers détenteur et ajoute qu'il en est de même de l'obligation, édictée par l'article 59, alinéa 2, du décret du 31 juillet 1992, pour le tiers saisi destinataire d'une saisie-attribution de fournir à l'huissier de justice les renseignements demandés sur-le-champ.

Pour lui, « *le destinataire d'un avis à tiers détenteur n'a pas l'obligation de répondre sur-le-champ puisque l'article 59, alinéa premier, du décret du 31 juillet 1992 s'inscrit dans le titre III dudit décret relatif à la saisie-attribution.* ».

La documentation de base de la direction générale des impôts 12C, n° 235 et suivants (mise à jour : 30 octobre 1999) distingue le refus de paiement (D 64) et le refus de fournir les renseignements prévus (D 60).

¹⁰ Procédures, n° 157.

¹¹ Juris-Classeur Procédures fiscales, Fasc. 560-10 : Avis à tiers détenteur, Imprimés (imprimé n° 3735 joint en annexe du rapport).

¹² Rezek, *Différences et ressemblances entre l'avis à tiers détenteur et la saisie-attribution*, Semaine juridique notariale et immobilière, n° 46, 15 novembre 2002.

Quant au refus de paiement, elle donne les indications suivantes :

« D'une manière générale, il est recommandé aux comptables d'utiliser les dispositions prévues par l'article 64 précité.

Il sera demandé au juge de délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi à hauteur des sommes dont ce dernier était débiteur envers le redevable ou détenteur pour son compte au jour de l'avis à tiers détenteur.

Le montant de la créance saisie devra être suffisamment établi par tout moyen, au besoin après utilisation du droit de communication ».

Quant au refus de fournir les renseignements prévus, elle indique :

« La mise en œuvre des dispositions de l'article D 60 doit être réservée aux affaires dans lesquelles le défaut de fourniture des renseignements prévus révèle de la part du tiers détenteur une volonté manifeste de faire obstruction à l'action en recouvrement ».

II. - La situation factuelle et les questions qu'elle pose

Dans son commentaire de l'arrêt attaqué, M. Bourdillat¹³ pose la question en ces termes : *« En procédures fiscales d'exécution, suffit-il que l'administration créancière désigne du doigt un tiers pour que celui-ci, à qui elle notifie un avis à tiers détenteur réglementé par les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales, devienne alors un tiers obligé à son endroit, un tiers à l'encontre duquel, s'il ne paie pas ce qu'elle lui demande, elle pourra poursuivre le recouvrement forcé de la dette de son redevable quand bien même celui-là prétendrait ne pas être débiteur de celui-ci ? En d'autres termes et pour approcher de façon plus précise une problématique aux multiples données, dans la phase contentieuse, judiciaire et contradictoire qui suit le non-paiement par une personne physique ou morale d'un avis à tiers détenteur à elle notifié par un comptable public, à qui échoit la charge de la preuve relative à l'existence de la créance (ou supposée créance) entre le redevable défaillant et celui tout aussi défaillant que l'administration désigne comme le débiteur de son propre débiteur » ?*

Poursuivant l'analyse de l'arrêt, cet auteur écrit encore : *« Déniant l'existence d'une quelconque dette exigible à l'endroit de son gérant à la date à laquelle elle avait reçu l'avis à tiers détenteur dont elle était destinataire, la société civile immobilière se trouve condamnée au montant de la créance fiscale causale pour n'avoir pas apporté la preuve de ses dénégations. Une condamnation qui, quoique prononcée d'expresse façon à l'unique visa de l'article 64 du décret du 31 juillet 1992, renvoi de facto à l'application à l'espèce de l'article 60 du même texte. Une condamnation qui, en droit, et à de nombreux égards, nous paraît fort fragile. Une fragilité décisionnelle qui illustre le caractère obsolète et désuet de l'avis à tiers détenteur des articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales depuis le 1^{er} janvier 1993 ».*

La critique est sévère mais s'explique tant par la position prise par l'administration fiscale que par les réponses données par les juges du fond.

L'assignation devant le juge de l'exécution avait pour objet la délivrance d'un titre exécutoire contre le tiers détenteur et était fondée sur l'article 64 du décret du 31 juillet 1992. Après avoir cité le contenu de cet article, le receveur des impôts écrivait *« qu'il n'est pas contestable que la SCI Groupe Guiry a la qualité de débiteur envers M. Jean Claude X... au regard de la répartition des résultats (cf. documents joints) ».*

Le juge de l'exécution a prononcé une condamnation au seul visa de l'article 60 du décret précité (texte qui n'était pas invoqué par le demandeur) en relevant que c'était pour le seul défaut de déclaration et même en l'absence de dette effective envers M. X... que la SCI Groupe Guiry devait être sanctionnée.

Dans ses dernières conclusions d'appel, le receveur des impôts, tout en continuant à viser l'article 64, a écrit : *« Il lui (la SCI) aurait à tout le moins appartenu, alors même qu'elle ne conteste pas avoir été rendue destinataire de l'avis à tiers détenteur, de répondre à l'administration sur l'étendue de ses obligations envers M. X..., voire même en faisant valoir les arguments qu'elle développe aujourd'hui devant la présente juridiction. Il n'en a rien été et dans ces conditions de défaut de réponse du tiers, c'est donc à bon droit que l'administration peut considérer qu'il n'avait pas été déféré à l'avis à tiers détenteur et solliciter un titre exécutoire à son encontre ».*

La cour d'appel, emboîtant le pas à cette analyse, a visé l'article 64 mais retenu que la SCI n'avait pas répondu et avait une volonté affirmée de cacher ses véritables obligations à l'égard de M. X...

C'est en l'état de ces errements qu'il convient d'examiner les différentes branches du moyen qui, comme l'a relevé pertinemment le rapporteur devant la chambre commerciale, *« oscillent, au risque d'une contradiction au moins dans la cohérence du raisonnement, si ce n'est dans le moyen, entre la revendication de l'application des règles de la saisie-attribution quand elles pourraient permettre l'anéantissement de l'avis à tiers détenteur et la volonté de voir écarter celles-ci lorsqu'elles permettraient de parvenir à une condamnation du tiers détenteur ».*

Deux premières branches

Elles revendiquent l'application des règles de la saisie-attribution à la procédure de l'avis à tiers détenteur.

1. L'avis à tiers détenteur aurait dû comporter les mentions prévues par l'article 56 du décret du 31 juillet 1992 et, en particulier, l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée et le décompte distinct des sommes réclamées, en principal, frais et intérêts.

¹³ Droit et Procédures n° 4, juillet-août 2004, p. 224.

2. L'avis à tiers détenteur doit informer le tiers de la nature et du montant de la dette fiscale afin d'être en mesure de s'assurer notamment de son existence et de son bien-fondé auprès du contribuable concerné.

Pour rejeter la demande de nullité de l'avis à tiers détenteur, la cour d'appel a relevé d'abord que les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales ne contiennent aucune disposition quant aux mentions et indications que l'avis à tiers détenteur doit contenir, ensuite que la seule disposition de la saisie-attribution applicable à l'avis à tiers détenteur est l'effet d'attribution immédiate institué par l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 et que, dès lors, aucun texte ne saurait obliger l'administration à se conformer aux dispositions de l'article 56 du décret du 31 juillet 1992.

Cette motivation est conforme à la jurisprudence précitée de la chambre commerciale de notre Cour :

- 5 novembre 2002, pourvois n° 99-19.261 et 99-19.262 ;

- 3 octobre 2006, pourvoi n° 01-03.515 dont l'attendu de principe est : « *Attendu que les articles 56 et 58 du décret du 31 juillet 1992 étant applicables à la saisie-attribution, les exigences qu'ils fixent ne s'imposent pas à l'avis à tiers détenteur* ».

Il appartiendra à notre chambre mixte de dire si elle adopte cette analyse « autonomiste » ou si, comme l'administration elle-même semble l'admettre à travers les imprimés qu'elle a réalisés, les informations données au tiers détenteur doivent être identiques à celles données au tiers saisi.

Cinq dernières branches

Elles s'opposent à toute assimilation entre les deux procédures.

Avant de les examiner séparément il convient de relever qu'en page 5 du mémoire en défense, le receveur des impôts écrit : « *Cela étant, les cinq autres branches du moyen mettent en évidence la fragilité de la position de l'administration dans cette affaire* ». Devons-nous en déduire que le comptable public ne se fait pas d'illusion sur l'issue du pourvoi ?

Troisième branche :

- Violation de l'article 64 du décret du 31 juillet 1992 : il est reproché à la cour d'appel d'avoir statué par un motif inopérant en décidant que les qualités d'associé et de gérant de M. X... permettaient de justifier une obligation de la SCI envers lui et sa condamnation en qualité de tiers saisi au paiement de la somme indiquée.

Cette branche pose essentiellement la question de la charge de la preuve.

L'article 64 dispose que le juge de l'exécution peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi en cas de refus de paiement par celui-ci des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur.

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que la SCI n'avait pas répondu et soutenait n'être tenue au jour de la saisie d'aucune obligation à l'égard du débiteur redevable de l'imposition. Elle a ajouté qu'il était constant que M. X... était le gérant non statutaire de la SCI, qu'il en était l'associé, qu'il était pour le moins surprenant que la SCI puisse alléguer n'avoir aucune obligation à l'égard de M. X... alors que d'une part, l'activité de gérant non statutaire implique, en contrepartie de l'exercice de cette fonction, une rémunération au profit de M. X... et que d'autre part, l'allégation de la SCI sur l'absence de distribution de dividendes est insuffisante à défaut de production de procès-verbaux d'assemblée générale ou de documents comptables. Elle a alors fait application de l'article 64 du décret du 31 juillet 1992 pour sanctionner la volonté affirmée de la SCI de cacher ses véritables obligations à l'égard de M. X...

Dans la mesure où la SCI contestait être débitrice de M. X..., la cour d'appel pouvait-elle condamner le tiers détenteur au montant de la créance fiscale causale sans pour autant avoir statué sur l'existence même de la créance saisie, ni même sur son *quantum* ?

Dans son commentaire de l'arrêt attaqué, M. Bourdillat ajoute : « *L'entrée en voie de condamnation est d'autant plus surprenante qu'il ressort de la décision rapportée que la condamnation ne procède que d'une présomption, si ce n'est d'un curieux renversement de la charge de la preuve. Pour les juges du contentieux de l'exécution du second degré, le tiers détenteur doit être condamné parce que le redevable cumule en son sein les qualités d'associé et de gérant non statutaire et pour n'avoir pas rapporté la preuve de l'absence d'obligation entre la société et celui-là. En procédant de la sorte, nous pouvons craindre que la cour se voie reprocher d'avoir pris une voie de traverse qui lui est interdite*¹⁴.

Cette crainte apparaît partagée par le receveur des impôts qui, dans son mémoire en défense, convient qu'il ne paraît pas possible de démontrer que les conditions d'application de l'article 64 sont réunies, après avoir relevé que l'administration s'était contentée de considérer « *qu'un associé d'une SCI en sa qualité de porteur de parts, dispose dans son patrimoine d'une créance à tout le moins en germe à l'encontre de cette dernière* » et n'avait pas utilisé le droit de communication dont elle bénéficiait, aux termes des articles L. 83 et suivants du livre des procédures fiscales, pour mettre en évidence l'existence éventuelle d'une créance du redevable à l'encontre de la SCI.

Quatrième et septième branches :

- Violation des articles 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992 : Il est reproché à la cour d'appel d'avoir condamné la SCI pour ne pas avoir satisfait à l'obligation de renseignement prévue par ces textes alors que cette obligation n'existe pas en matière d'avis à tiers détenteur.

¹⁴ Bourdillat, Droit et procédures, n° 4 précité.

La question posée par cette branche du moyen est certainement celle qui a justifié le renvoi du pourvoi devant une chambre mixte. Si la question est simple la réponse l'est moins, tant pour des motifs juridiques que pour l'environnement procédural qui la pollue.

Si le premier juge a fait expressément application de l'article 60 du décret précité et a condamné la SCI pour ne pas avoir répondu au comptable public, la cour d'appel s'est fondée sur l'article 64 pour prononcer une condamnation avec une motivation qui tient compte du fait, à la fois, que la SCI n'a pas répondu et qu'elle ne justifie pas de l'absence de rémunération de M. X...

Le moyen pourrait, dès lors, être jugé inopérant.

Si son caractère opérant était reconnu, il conviendrait de tenir compte de la position adoptée par l'administration fiscale dans son mémoire en défense.

Le défendeur au pourvoi écrit :

« Il n'existe pour l'avis à tiers détenteur aucune disposition équivalente à celle de ces articles (44 de la loi du 9 juillet 1991 et 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992) propres à la saisie-attribution. Tout récemment la Cour de cassation a jugé que l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 n'est pas applicable à l'avis à tiers détenteur (Com., 7 janvier 2004, Bull. 2004, IV, n° 7).

Ainsi il n'est pas possible d'appliquer, par extension, au tiers détenteur qui ne déclare pas l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur, les dispositions sanctionnant le tiers saisi dans le cadre d'une saisie-attribution ».

Notre Cour pourrait-elle dire le contraire ?

Si elle était tentée de le faire, il lui faudrait s'interroger sur la nature de la sanction prévue par l'article 60 du décret.

Cet article dispose que le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné à payer les sommes dues au créancier quel que soit le montant de sa propre dette à l'égard du débiteur. La gravité d'une telle sanction justifie que des formalités soient respectées, notamment quant à l'information du tiers saisi sur ses obligations.

Cette information est assurée, d'une part, par l'intervention d'un huissier de justice, personne physique à laquelle toutes questions peuvent être posées et, d'autre part, par les mentions prévues par l'article 56 du décret, notamment la reproduction de l'article 60.

En matière d'avis à tiers détenteur, aucun huissier de justice n'intervient, puisque la notification se fait par voie postale. L'administration a certes prévu d'annexer à l'avis les mentions prévues à l'article 56 du décret mais, d'une part, l'imprimé est très peu lisible, d'autre part, il n'est pas justifié qu'en l'espèce il ait été joint à l'avis adressé à la SCI.

Au-delà de ces considérations de fait, la question essentielle est de savoir si une sanction d'une telle gravité peut être appliquée en l'absence d'un texte qui la prévoit expressément.

Cinquième et sixième branches :

- Violation des articles 24 de la loi du 9 juillet 1991 et L. 262 du livre des procédures fiscales : le tiers détenteur n'est tenu à aucune autre obligation que celle de payer au comptable public les sommes qu'il détient ou qu'il doit au contribuable débiteur et, notamment, n'est pas tenu de produire les documents de nature à justifier qu'il n'est pas débiteur du débiteur du Trésor public, à moins d'avoir reçu une injonction du juge de l'exécution à cet effet.

L'article L. 262 du livre des procédures fiscales ne met à la charge du tiers détenteur aucune obligation de renseignement. Il est seulement « tenu de verser, aux lieu et place des redevables, les fonds qu'il détient ou qu'il doit à concurrence des impositions dues par ces redevables ».

L'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, qui a un caractère général, dispose que les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution et doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis et que celui qui, sans motif légitime, se soustrait à ses obligations peut être contraint d'y satisfaire.

La deuxième chambre de notre Cour est venue préciser le contenu de l'obligation de renseignement du tiers saisi. Elle a dit : « Attendu que l'arrêt énonce à bon droit qu'aucune disposition ne fait obligation au tiers saisi d'indiquer au saisissant l'étendue des droits d'associé et des valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire ; que dès lors la société ou la personne morale émettrice ne peut être condamnée de ce fait en application de l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, à moins qu'ayant reçu du juge de l'exécution une injonction à cet effet, elle n'y ait pas déféré » (2^e Civ., 8 avril 1999, Bull. 1999, II, n° 69).

Elle a également jugé que le tiers saisi, lorsqu'il n'est tenu à aucune obligation envers le débiteur, ne peut être condamné aux causes de la saisie pour manquement à une obligation légale de renseignement (2^e Civ., 5 juillet 2000, pourvoi n° 98-12.738 ; 2^e Civ., 5 juillet 2000, pourvoi n° 98-11.772).

En l'espèce la SCI déniait être débitrice de M. X... La cour d'appel a tiré du fait que celui-ci était associé et gérant de la SCI la conclusion qu'il devait percevoir une rémunération et a constaté que la SCI ne produisait aucun document justifiant l'absence de distribution de dividendes.

Aucune injonction n'ayant été faite à la SCI de communiquer des documents, la cour d'appel n'a-t-elle pas inversé la charge de la preuve ?

En conclusion de ce rapport, il est encore utile de citer M. Bourdillat¹⁵ :

« Pour elle (l'administration fiscale) l'attraction du tiers défaillant devant le juge du contentieux de l'exécution n'a aucun caractère automatique. Elle doit être réservée aux affaires dans lesquelles le défaut de fourniture de renseignements prévu révèle de la part du tiers détenteur une volonté manifeste de faire obstruction à l'action en recouvrement. Ensuite, et s'agissant de façon précise du montant de la créance saisie, la direction générale des impôts précise que ce montant devra être suffisamment établi par tout moyen, au besoin après utilisation du droit de communication. Une donnée élémentaire probatoire et préparatoire que l'on retrouve de façon quasiment identique dans l'instruction codificatrice de la direction de la comptabilité publique puisque cette dernière veut qu'avant toute attraction d'un tiers saisi considéré défaillant devant un juge de l'exécution, « le comptable doit avoir acquis la conviction que le tiers détenteur est effectivement détenteur de deniers pour le compte du redevable principal ». Pour acquérir cette conviction, cette directive interne recommande aux intéressés de « mettre en œuvre le droit de communication prévu aux articles L. 81 et suivants du livre des procédures fiscales... ceci afin de rassembler tous les éléments d'information qui lui paraîtront justifier, devant le juge, la mise en cause du tiers défaillant ». Il échet de relever que rien de tout cela ne semble avoir été fait ici et, si l'administration poursuivante avait déjà mis en œuvre son droit de communication tel que les régissent les articles L. 81 et suivants du livre des procédures fiscales, l'issue du litige aurait certainement été différente. Mais surtout, c'est une toute autre issue qu'aurait connu ce recouvrement contentieux si, plutôt que d'avoir agi par voie d'avis à tiers détenteur, le comptable public concerné avait préféré exécuter selon la voie de la saisie-attribution. Il est vrai que certains, comparant les deux mesures, jugent celle-ci plus longue et plus onéreuse que celui-là. Aujourd'hui rien n'est moins certain et il importe de retenir qu'en matière de recouvrement litigieux et précisément là où le risque de fraude est sous-jacent, l'avis à tiers détenteur n'a plus sa place. Pire, il pourrait se révéler dangereux pour celui qui l'utilise mal ».

¹⁵ Bourdillat, Droit et procédures, n° 4 précité.

Avis de M. de Gouttes

Premier avocat général

LE CONTENU DU MOYEN DE CASSATION

Le mémoire ampliatif comprend un moyen unique de cassation, subdivisé en sept branches :

1. La première branche invoque une violation des articles L. 262, L. 263 du livre des procédures fiscales et 43 de la loi du 9 juillet 2001 et reproche à la cour d'appel d'avoir décidé que les avis à tiers détenteur (ATD) ne sont pas soumis aux exigences de l'article 56 du décret du 31 juillet 1992 en l'absence de dispositions spécifiques dans le livre des procédures fiscales sur leurs modalités d'envoi, alors que l'ATD doit comporter les mentions prévues par l'article 56 du décret précité et en particulier l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée et le décompte distinct des sommes réclamées en principal, frais et intérêts ;

2. La deuxième branche invoque une violation des mêmes articles et de l'article L. 258 du livre des procédures fiscales et reproche à la cour d'appel d'avoir décidé que les ATD ne sont pas soumis aux exigences de l'article 56 du décret du 31 juillet 1992, alors que l'ATD doit informer le tiers de la nature et du montant de la dette afin que celui-ci puisse s'assurer de son existence et de son bien-fondé auprès du contribuable concerné ;

3. La troisième branche reproche à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs inopérants et d'avoir violé les articles 24 de la loi du 9 juillet 1991, 64 du décret du 31 juillet 1992 ainsi que les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales, la cour d'appel ayant décidé que les qualités d'associé et de gérant de M. X... permettaient de justifier une obligation de la SCI Groupe Guiry envers lui et sa condamnation en sa qualité de tiers saisi, alors qu'en application de l'article 64 du décret précité, le juge de l'exécution ne peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi qu'en cas de refus par celui-ci de verser les sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur et que les qualités d'associé et de gérant statutaire ou non d'une société civile ne confèrent pas en elles-mêmes la qualité de créancier de celle-ci au titre de rémunérations ou de dividendes ;

4. La quatrième branche invoque une violation des articles 24 et 44 de la loi du 9 juillet 1991, des articles 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992 et L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales, en reprochant à la cour d'appel d'avoir, selon le demandeur, condamné la SCI Groupe Guiry au paiement des causes de la saisie pour ne pas avoir satisfait à l'obligation de renseignement prévue par ces textes, alors que l'obligation de renseignement qui incombe au tiers saisi en matière de saisie-attribution n'existe pas en matière d'ATD, les dispositions de l'article 44 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992 ne lui étant pas applicables ;

5. La cinquième branche invoque une autre violation des articles 24 de la loi du 9 juillet 1991 et L. 262 du livre des procédures fiscales, en reprochant à la cour d'appel d'avoir condamné la SCI au paiement des causes de la saisie pour ne pas avoir produit certains éléments d'information, alors qu'elle n'avait pas été enjointe de le faire par le juge de l'exécution ;

6. La sixième branche soutient, subsidiairement et en tout état de cause, que les juges d'appel ont violé les articles 24, 44 de la loi du 9 juillet 1991 et les articles 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992 pour avoir condamné la SCI au paiement des causes de la saisie en raison du non-respect d'une obligation de déclaration, même en l'absence de dette effective envers M. X..., alors que le tiers saisi qui n'a pas satisfait à l'obligation légale de renseignement ne peut être tenu à ce paiement s'il n'est tenu au jour de la saisie à aucune obligation envers le débiteur ;

7. La septième branche reproche à l'arrêt attaqué, subsidiairement, un manque de base légale au regard des articles 56 et 60 du décret du 31 juillet 1992, les juges d'appel n'ayant pas recherché si la SCI avait effectivement été informée de son obligation de renseignement conformément aux exigences de l'article 56 5° du décret précité.

LES TEXTES EN CAUSE

Textes concernant l'avis à tiers détenteur :

- articles L. 262, L.263, L. 258 du livre des procédures fiscales ;
- article 86 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

Textes concernant la saisie-attribution :

- articles 86 et 42, 43, 44 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et article 24 de la même loi ;
- articles 55, 56, 58, 59, 60, 64 et 65 du décret n° 92-755 du 31 janvier 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi du 9 juillet 1991.

Textes généraux :

- articles 6 et 9 du nouveau code de procédure civile ;
- article 1315 du code civil.

La question de principe posée à titre principal par le présent pourvoi est la suivante :

L'avis à tiers détenteur, régi par les dispositions des articles L. 262, L. 263, L. 258 du livre des procédures fiscales et 86 de la loi du 9 juillet 1991, est-il soumis également aux règles applicables à la saisie-attribution telles que prévues par la loi n° 91-560 du 9 juillet 1991 et par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 ?

Cette question de principe est à l'origine d'une divergence de vues entre la deuxième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation.

C'est en raison de cette divergence de jurisprudence, sur une question qui touche à la nature juridique de l'avis à tiers détenteur, que la chambre commerciale a, par arrêt du 19 septembre 2006, renvoyé la présente affaire devant la chambre mixte de la Cour de cassation.

Comme on le sait, dans leur définition, la saisie-attribution et l'avis à tiers détenteur se distinguent nettement :

- la saisie-attribution est cette voie d'exécution qui permet à tout créancier, muni d'un titre exécutoire et titulaire d'une créance liquide et exigible, de saisir entre les mains d'un tiers une créance de son débiteur sur ce tiers (article 42 de la loi du 9 juillet 1991) ;

- l'avis à tiers détenteur, quant à lui, est une voie d'exécution qui est uniquement réservée au recouvrement par l'administration fiscale de créances fiscales ou douanières exigibles impayées par un redevable et qui permet à l'administration de poursuivre le remboursement forcé de ces créances privilégiées par la saisie d'une créance de somme d'argent que le redevable détient à l'encontre d'un tiers (article L. 262 du livre des procédures fiscales).

Dans la présente affaire, le moyen de cassation présenté à l'appui du pourvoi, qui comporte sept branches plus ou moins différenciées, soulève à nouveau, à titre principal, la question de l'applicabilité à l'avis à tiers détenteur des dispositions relatives à la saisie-attribution.

Plus précisément, nous verrons que le moyen recèle, au fil de ses différentes branches, trois séries de questions auxquelles il faudra apporter une réponse :

- L'avis à tiers détenteur est-il soumis, pour sa notification, au même formalisme que celui exigé pour la saisie-attribution ? (première et deuxième branches) ;

- le tiers détenteur est-il assujéti, en cas d'avis à tiers détenteur, aux mêmes obligations de renseignement et de déclaration que le tiers saisi en cas de saisie-attribution ? (quatrième, cinquième branches et, à titre subsidiaire, septième branche) ;

- à qui incombe, en cas d'avis à tiers détenteur, la charge de la preuve de l'existence de la créance supposée entre le redevable défaillant et le tiers détenteur ? (troisième et, à titre subsidiaire, sixième branche).

Sans revenir sur la présentation des faits et de la procédure ni sur la genèse historique de l'avis à tiers détenteur, qui ont été clairement exposés dans le rapport du conseiller rapporteur, il me paraît utile, afin d'aborder l'affaire sous ses différents aspects :

- I. - D'une part, de rappeler en quoi consiste la divergence de jurisprudence en cause entre la deuxième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ;

- II. - D'autre part, d'examiner les trois séries de questions contenues dans le moyen du pourvoi.

I. - La divergence de jurisprudence en cause

La deuxième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation n'ont pas tiré les mêmes conséquences de l'analyse croisée des textes spécifiques concernant l'avis à tiers détenteur (articles L. 262, L. 263 du livre des procédures fiscales, article 86 de la loi du 9 juillet 1991) et des textes concernant la saisie-attribution (articles 42, 43, 44, 86 de la loi du 9 juillet 1991, articles 55 à 65 du décret du 31 janvier 1992) :

A. - La deuxième chambre civile a manifesté, dans sa jurisprudence, une volonté d'appliquer au tiers détenteur le droit commun processuel, à savoir les dispositions de la loi du 9 juillet 1991 et du décret du 31 juillet 1992 concernant la saisie-attribution.

Elle a été aidée dans cette voie par deux avis rendus par la Cour de cassation :

- dans un premier avis du 7 mars 1997 (*Bull.* 1997, Avis, n° 3), la Cour de cassation a dit qu'il appartenait au comptable public, lorsque le tiers saisi, mis en demeure par l'avis, refuse de payer la dette fiscale ou ne répond pas, de saisir le juge de l'exécution aux fins de délivrance d'un titre exécutoire contre le tiers saisi. Par là, la Cour de cassation a entendu mettre fin à une pratique de l'administration, qui estimait qu'elle pouvait utiliser contre le tiers détenteur les procédés de recouvrement des créances fiscales et, notamment, la possibilité d'émettre des titres exécutoires en vertu du privilège du préalable, ce qui obligeait le tiers à se conformer aux règles de la procédure administrative et aux formes prévues pour contester les titres administratifs.

- dans un second avis du 9 février 1998 (*Bull.* 1998, Avis, n° 2), la Cour de cassation a précisé que la procédure d'ordonnance sur requête prévue à l'article 32 du décret du 31 juillet 1992 ne pouvait pas s'appliquer pour demander au juge de l'exécution la délivrance d'un titre exécutoire à l'encontre du tiers détenteur, toute demande à cette fin devant être présentée selon les formes ordinaires de l'introduction de l'instance, c'est-à-dire par assignation conformément aux dispositions de l'article 19 du décret de 1992.

Suivant la même voie, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a elle-même marqué son souci d'appliquer à l'avis à tiers détenteur les règles de procédure de droit commun et ce, notamment dans deux cas :

- pour affirmer qu'en cas de refus de paiement par le tiers saisi, auquel un avis à tiers détenteur a été notifié, le saisissant doit obtenir du juge de l'exécution la délivrance d'un titre exécutoire pour pratiquer à l'encontre de ce tiers une mesure d'exécution forcée, conformément aux articles 86 et 43 de la loi de 1991, 64 du décret de 1992 et L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales¹ ;

- pour préciser que la contestation d'un avis à tiers détenteur est soumise à la règle de compétence territoriale prévue en matière de contestations relatives aux saisies-attribution par l'article 65 du décret du 31 juillet 1992².

B. - La chambre commerciale considère, au contraire, que les dispositions relatives aux saisies-attribution qui figurent dans la loi du 9 juillet 1991 et dans le décret du 31 juillet 1992 ne s'appliquent pas aux avis à tiers détenteur, à l'exception de « l'effet d'attribution immédiate » prévu par l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991, que les articles L. 263 du livre des procédures fiscales et 86 de la loi de 1991 ont expressément transposé aux avis à tiers détenteur.

A l'appui de cette interprétation, l'argument déterminant est un argument de texte : aucun autre article que les articles L. 263 du livre des procédures fiscales et 86 de la loi de 1991 n'évoque l'avis à tiers détenteur. On ne comprendrait pas, dès lors, pourquoi le législateur aurait pris le soin de préciser dans deux textes bien distincts, l'un fiscal, l'autre de procédure civile, que l'avis à tiers détenteur comporte l'effet d'attribution immédiate prévu par l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 si, en réalité, l'ensemble des dispositions applicables à la saisie-attribution l'était à l'avis à tiers détenteur.

Cette interprétation préserve la spécificité de la procédure de l'avis à tiers détenteur, qui offre l'avantage, pour l'administration, d'être simple, rapide et peu coûteuse, puisqu'elle peut être notifiée par la voie postale et n'entraîne pas la liquidation des frais de poursuite à la charge du débiteur.

Comme l'écrivait M. le conseiller Vigneron dans le rapport de la Cour de cassation de 1997³, « *le législateur n'a aucunement eu l'intention d'unifier la situation du comptable public et celle du créancier ordinaire : du premier, les prérogatives n'ont pas été supprimées. Il n'y a en effet aucune commune mesure entre les intérêts respectifs, et l'impérieuse nécessité de recouvrer l'impôt n'est pas discutée. Ainsi n'ont pas été supprimées, mais seulement adaptées, les dispositions qui, insérées au livre des procédures fiscales, traitent des modalités du recouvrement de l'impôt* ».

La doctrine de la chambre commerciale est reflétée dans de nombreux arrêts qui ont écarté l'application des dispositions relatives à la saisie-attribution :

- pour exclure tout délai de notification de l'avis au débiteur, en l'absence de prescription du livre des procédures fiscales à ce sujet⁴ ;

- pour exclure l'exigence des mentions prescrites pour l'acte de saisie-attribution par les articles 56, 58, 60 du décret du 31 juillet 1992⁵ ;

- pour exclure la nullité de l'avis à tiers détenteur en cas d'absence de mention du nom de famille du redevable, telle qu'exigée par l'article 4 de la loi du 6 fructidor de l'An II⁶ ;

- pour admettre la notification de l'avis à tiers détenteur au débiteur ou au tiers saisi par simple lettre⁷, le recours à une lettre recommandée avec accusé de réception n'étant pas prévu par l'article L. 262 du livre des procédures fiscales⁸ ;

- pour dispenser le comptable du Trésor d'adresser une lettre de rappel préalable et d'attendre l'expiration du délai de vingt jours avant de notifier un avis à tiers détenteur, lequel est un acte de poursuite ne donnant lieu à aucun frais supplémentaire pour le contribuable⁹ ;

- pour écarter l'obligation de notification d'un commandement de payer préalablement à la notification d'un avis à tiers détenteur¹⁰ ;

¹ Cf. 2^e Civ., 23 novembre 2000, *Bull.* 2000, II, n° 154.

² Cf. 2^e Civ., 1^{er} février 2001, *Bull.* 2001, II, n° 21 ; 5 juillet 2001, pourvoi n° 00-12.632 ; à rapprocher : 12 mars 2002, *Bull.* 2002, II, n° 56.

³ Cf. Rapport de la Cour de cassation de 1997, p. 173.

⁴ Cf. Com., 16 février 1999, *Droit et patrimoine*, oct. 1999, p. 113 et suiv., obs. Ph. Theyry

⁵ Cf. Com., 5 novembre 2002 (pourvois n° 99-19.261 et 262 ; Dr. fisc. 2003, n° 5, comm. 76 et RJF 2/03, n° 234) ; 7 janvier 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 7 ; 3 octobre 2006, pourvoi n° 01-03.515.

⁶ Cf. Com., 26 mai 2004 (Les nouvelles fiscales n° 937, 1^{er} juin 2005, obs. F. Peyré) ; 22 mars 2005 (JCP 2005, ed. E, n° 21, pan. 816, p. 889).

⁷ Cf. Com., 12 mars 2002 (Dr. fisc. 2002, n° 25, comm. 539).

⁸ Cf. Com., 30 mars 2006 (Juris. Data, n° 2006 - 0033013).

⁹ Cf. Com., 5 avril 2005 (RJF 7/2005, n° 788 et Dr. et patrimoine, 8 juin 2005, p. 3) ; 31 janvier 2006 (Juris-Data, n° 2006-031927) ; 28 janvier 2003 (Dr. fisc. 2003, n° 10, oct. 63 et RJF 5/2003, n° 642) ; 3 mars 2004 (Dr. fisc. 2005, n° 3, comm. n° 102) ; 28 mars 2006 (Juris-Data n° 2006 - 033013).

Contra : 2^e Civ., 8 octobre 1997 (Juris-Data n° 1997 - 003850).

¹⁰ Cf. Com., 12 mars 2002 (Dr. fisc. 2002, n° 25, comm. 538 - 539) ; 28 mars 2006 (Juris-Data n° 2006-033013).

- pour exclure l'application à l'avis à tiers détenteur de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 qui prévoit, lorsque le tiers détenteur est destinataire d'une saisie-attribution, la condamnation du tiers saisi aux causes de la saisie s'il n'a pas fourni sur-le-champ les renseignements prévus à l'article 44 de la loi du 9 juillet 1981 et ce, malgré que l'article 60 du décret précité ait été reproduit au verso de l'avis¹¹ ;

- pour exclure l'application de l'article 65 du décret du 31 juillet 1992 et la compétence territoriale du juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur, aucune disposition de la loi du 9 juillet 1991 ou de son décret d'application n'ayant prévu, pour l'avis à tiers détenteur, une dérogation à la règle générale de compétence de l'article 9 du décret du 31 juillet 1992 (règle du libre choix du juge de l'exécution territorialement compétent)¹² ;

- pour affirmer, s'agissant de l'obligation de renseignement du tiers détenteur, que ledit tiers détenteur n'est tenu à l'égard du Trésor public au paiement de l'impôt dont le débiteur défaillant restait redevable que dans la limite de ses propres dettes envers ce dernier, l'article L. 262 du livre des procédures fiscales étant seul applicable, en ce cas, à l'exclusion de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992¹³.

Cette dernière affirmation n'est pas sans intérêt, bien évidemment, dans notre cas d'espèce.

II. - Les trois problèmes posés par le pourvoi

Les sept branches du moyen de cassation, selon un raisonnement assez complexe, oscillent entre deux argumentations : tantôt une revendication de l'application des règles de la saisie-attribution lorsqu'elles lui permettent d'invoquer l'annulation de l'avis à tiers détenteur (première et deuxième branches), tantôt la demande de non-application de ces règles lorsqu'elles devraient conduire à une condamnation du tiers détenteur (cinq dernières branches).

Mais au-delà de ces alternances du raisonnement, les différentes branches du moyen posent trois questions distinctes :

- la question du formalisme de la notification de l'avis à tiers détenteur ;
- la question des obligations mises à la charge du tiers détenteur ;
- la question de la charge de la preuve de l'existence de la créance supposée entre le redevable défaillant et le tiers détenteur.

A. - La question du formalisme de l'envoi de l'avis à tiers détenteur

1. Les deux premières branches du moyen de cassation invoquent l'application des règles de la saisie-attribution en l'espèce et affirment que l'avis à tiers détenteur aurait dû comporter les mentions prévues par l'article 56 du décret du 31 juillet 1992, en particulier l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée et le décompte distinct des sommes réclamées, en principal, frais et intérêts (première branche) et ce, afin d'informer le tiers de la nature et du montant de la dette fiscale et lui permettre de s'assurer de son existence et de son bien-fondé auprès du contribuable concerné (deuxième branche).

Pour ne pas avoir fait application de ces exigences formalistes à l'avis à tiers détenteur, la cour d'appel de Montpellier aurait, selon le demandeur, violé les articles 56 du décret du 31 juillet 1992, 43 de la loi du 9 juillet 1991, L. 262, L. 263 et L. 258 du livre des procédures fiscales.

2. Les motifs de l'arrêt attaqué relèvent au contraire, d'une part que les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales ne contiennent aucune disposition quant aux mentions et indications que l'avis à tiers détenteur doit contenir, d'autre part que la seule disposition de la saisie-attribution applicable à l'avis à tiers détenteur est l'effet d'attribution immédiate institué par l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991. Dès lors, retient l'arrêt attaqué, « *aucun texte ne saurait obliger l'administration fiscale à se conformer aux dispositions de l'article 56 du décret du 31 juillet 1992* ».

3. L'interprétation retenue par la cour d'appel paraît ainsi se justifier pour deux raisons principales :

a) Une raison de texte : si le législateur n'a déclaré applicable à l'avis à tiers détenteur que le seul article 43 de la loi du 9 juillet 1991, c'est qu'il a entendu ne pas lui appliquer les autres dispositions de la loi du 9 juillet 1991 et du décret du 31 juillet 1992 relatives à la saisie-attribution.

b) Une raison de fond : le formalisme de la notification de la saisie-attribution s'explique par le fait que cette saisie-attribution se fait par acte d'huissier signifié au tiers (article 56 du décret de 1992). Or l'acte d'un huissier de justice doit contenir certaines mentions et reproduire certains articles de la loi et du décret pour permettre au tiers saisi de connaître ses obligations. C'est la raison pour laquelle le tiers saisi, qui est informé et qui a pour interlocuteur l'huissier de justice, peut être sanctionné s'il ne respecte pas ses obligations, ainsi que le prévoit l'article 60 du décret du 31 juillet 1992.

A l'inverse, l'avis à tiers détenteur ne nécessite pas l'intervention d'un huissier de justice : il peut être opéré par la voie postale et se caractérise par sa simplicité et sa rapidité. Il n'appelle donc pas le formalisme de la saisie-attribution.

c) Pour autant, cela ne signifie pas que l'avis à tiers détenteur soit exempt de toute exigence de forme destinée à protéger les droits du tiers détenteur.

¹¹ Cf. Com., 31 janvier 2006 (Juris-Data n° 2006-031927).

¹² Cf. Com., 12 mars 2002, *Bull.* 2002, IV, n° 56 (RJF 10/2002, n° 1188 ; RJDA 7/2002, n° 807).

Contra : 2^o Civ., 1^{er} février 2001 (JCP 2001, éd. G., n° 50, II, 10 641, obs. du Rusquec ; D. 2001, inf. rap. p. 908).

¹³ Cf. Com., 7 janvier 2004 (*Bull.* 2004, IV, n° 7).

Ainsi, dans un souci d'information complète des tiers et d'uniformisation, un modèle-type d'imprimé a été établi par des instructions de la direction de la comptabilité publique¹⁴ et de la direction générale des impôts¹⁵.

Ces instructions comportent deux parties :

- l'une présentant, au recto, la demande en paiement et indiquant le nom du débiteur ainsi que les modalités de règlement, les voies de recours et, au verso, le libellé des textes du livre des procédures fiscales, de la loi du 9 juillet 1991, du décret du 31 juillet 1992 et du code de travail applicables ;
- l'autre partie constituée par un accusé de réception, qui permet au tiers de faire connaître au comptable public l'étendue de ses obligations à l'égard du redevable des impositions.

Le mémoire ampliatif du receveur des impôts ajoute que l'administration, dans ses imprimés spécifiques¹⁶, a précisé que l'avis à tiers détenteur doit se référer à l'article L. 262 du livre des procédures fiscales et mentionner la date de notification de l'avis, le comptable saisissant, le redevable saisi et le tiers détenteur ainsi que la nature et le montant de la créance privilégiée pour le recouvrement de laquelle la saisie des sommes d'argent est pratiquée. Sont seulement exclues expressément les précisions susceptibles de renseigner le tiers détenteur sur l'importance des affaires du contribuable poursuivi, sur la nature des taxes recouvrées et sur la période d'imposition.

Toutes ces exigences ont été confirmées par la jurisprudence et par d'autres instructions de la direction générale des impôts, notamment pour ce qui concerne les mentions suivantes :

- la désignation du ou des redevables de l'impôt et leur nom de famille¹⁷ ;
- la signature du comptable des impôts poursuivant ou de son délégué ayant au moins le grade de contrôleur¹⁸ ;
- l'indication des textes régissant l'avis à tiers détenteur, notamment les obligations qu'il engendre à l'égard du tiers saisi ainsi que les voies et délais de recours¹⁹.

On peut donc considérer qu'à travers les imprimés qu'a réalisés l'administration et la jurisprudence qui s'est développée en la matière, les informations données au tiers détenteur s'apparentent de près à celles fournies au tiers saisi.

Par ailleurs, si l'avis à tiers détenteur peut être adressé par lettre simple²⁰, il convient d'ajouter que l'administration fiscale prescrit à ses agents de recouvrement de notifier l'avis à tiers détenteur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à partir d'un certain seuil²¹.

Dans ces conditions, il m'apparaît que l'arrêt attaqué est justifié sur la question des formes de l'avis à tiers détenteur et que les deux premières branches du moyen peuvent être rejetées.

B. - La question des obligations à la charge du tiers détenteur

Les quatrième, cinquième et, à titre subsidiaire, les sixième et septième branches du moyen de cassation invoquent, à l'inverse des deux premières branches, l'inapplicabilité des règles de la saisie-attribution à l'avis à tiers détenteur et elles reprochent à l'arrêt attaqué :

- d'une part, d'avoir mis à la charge du tiers détenteur une obligation de renseignement ou d'information, alors que cette obligation incombe au seul tiers saisi en matière de saisie-attribution (articles 24, 44 de la loi du 9 juillet 1991, 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992) ;
- d'autre part, d'avoir sanctionné en conséquence le tiers détenteur en le condamnant au paiement des causes de la saisie du fait qu'il n'avait pas produit ces informations ni rempli son obligation de déclaration, alors que le tiers détenteur n'avait pas été enjoint de fournir des éléments d'information par le juge de l'exécution ni informé de son obligation de renseignement.

On relèvera ici que le receveur des impôts semble éprouver des doutes sur sa propre thèse, puisqu'il note en page 5 de son mémoire en défense que « les cinq autres branches du moyen mettent en évidence la fragilité de la position de l'administration dans cette affaire ».

¹⁴ Cf. Instr. codificatrice n° 92-147 du 1^{er} décembre 1992 et n° 94-028 du 11 mars 1994 et Guinchard et Moussa, droit pratique des voies d'exécution 2004/2005, n° 9300 et s., p. 710 et s.

¹⁵ Cf. Instr. DGI des 15 décembre 1992 et 28 décembre 1992.

¹⁶ Cf. Instruction du 11 janvier 1993 - BOI - 1 - 93 (DF 1997, n° 7-10773) et doctrine administrative de base 12 C - 2222, n° 41, 30 octobre 1999.

¹⁷ Cf. Instruction de la DGI du 29 juin 2004 - BOI 13 L. 4-04 (JCP 2004, éd. E, n° 30-1111 et 1^{re} Civ., 6 février 2001, *Bull.* 2001, I, n° 25).

¹⁸ Cf. déc. DGI du 23 septembre 2005 - BOI 12 LC 3-05 (Dr. fisc. 2005, n° 46, com. 744) et Com., 13 janvier 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 20 ; 25 janvier 2005 (Dr. fisc. 2006, n° 10, com. n° 235) et 27 septembre 2005 (Dr. fisc. 2006, n° 16, com. 350).

¹⁹ Cf. CJA, article R. 421-5 et Com., 4 juin 2002 (Dr. fisc. 2002, n° 26, act. p. 939, n° 119).

²⁰ Cf. Rép. min. n° 10-335, Economie et Finances (*JOAN*, 1^{er} juin 1998, p. 3013) et Com., 12 mars 2002 (Dr. fisc. 2002, n° 25, comm. 539).

²¹ 1 500 euros pour les impôts recouvrables par le Trésor public, sauf si la bonne foi du tiers détenteur semble suspecte (cf. Inst. 02-063, AM du 22 juillet 2002, chap. 2, n° 2.1 et 2.2.1) ; 1 000 euros pour la direction générale des impôts.

1. Sur l'obligation de renseignement mise à la charge du tiers détenteur.

a) Il convient d'abord de relever une difficulté dans l'examen de ces branches, du fait d'une différence dans le fondement de la condamnation entre le premier juge et la cour d'appel :

- le juge de l'exécution a fait expressément application de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992, concernant la non-fourniture de renseignements et il a condamné la SCI « Groupe Guiry » pour ne pas avoir répondu au comptable public ;

- la cour d'appel, quant à elle, s'est fondée sur l'article 64 du décret de 1992, aux termes duquel « *en cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur, la contestation est portée devant le juge de l'exécution, qui peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi* ».

La condamnation de la cour d'appel tient compte ainsi à la fois du fait que la SCI « Groupe Guiry » n'a pas répondu et du fait qu'elle ne justifie pas de l'absence d'obligation à l'égard du débiteur redevable de l'imposition, à savoir, en l'espèce, de l'absence de rémunération au profit de M. Jean-Claude X..., son gérant non statutaire.

On peut donc se demander si ces branches du moyen sont bien opérantes.

b) Sous le bénéfice de cette observation, il m'apparaît que, s'agissant de l'obligation de renseignement mise à la charge du tiers détenteur, l'arrêt attaqué ne peut pas être approuvé.

- Comme nous l'avons déjà relevé, en effet, l'article L. 262 du livre des procédures fiscales ne met à la charge du tiers détenteur aucune obligation de renseignement. Il oblige seulement le tiers détenteur, « *sur la demande qui lui en est faite sous forme d'avis à tiers détenteur, à verser, au lieu et place des redevables, les fonds qu'il détient ou qu'il doit à concurrence des impositions dues par ces redevables* ».

Quant à l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, qui a un caractère général, il dispose que les tiers ne peuvent pas faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution, qu'ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis et que celui qui, sans motif légitime, se soustrait à ses obligations peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte.

Mais il n'existe, pour l'avis à tiers détenteur, aucune disposition équivalente à celle des articles 44 de la loi du 9 juillet 1991 et 59 et 60 du décret du 31 juillet 1992.

- C'est ce qu'admet d'ailleurs l'administration fiscale elle-même dans son mémoire en défense, en reconnaissant « qu'il n'est pas possible d'appliquer, par extension, au tiers détenteur qui ne déclare pas l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur, les dispositions sanctionnant le tiers saisi dans le cadre de la saisie-attribution²² ».

- Telle est également la position de la jurisprudence.

Ainsi, le mémoire en défense rappelle que la chambre commerciale a dit expressément, dans un arrêt du 7 janvier 2004, que l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 n'est pas applicable à l'avis à tiers détenteur (*Bull.* 2004, II, n° 7).

Par ailleurs, peuvent être rapprochés aussi deux arrêts de la deuxième chambre civile concernant des saisies ordinaires :

- Dans un arrêt du 8 avril 1999 (*Bull.* 1999, II, n° 69), concernant une saisie de valeurs mobilières, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé les motifs d'une cour d'appel ayant retenu « *qu'aucune disposition ne fait obligation au tiers saisi d'indiquer au saisissant l'étendue des droits d'associé et des valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire et que dès lors, la personne morale émettrice ne peut être condamnée de ce fait en application de l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, à moins qu'ayant reçu du juge de l'exécution une injonction à cet effet, elle n'y ait pas déféré* » ;

- De même, dans un arrêt du 5 juillet 2000 (*Bull.* 2000, II, n° 114), concernant une saisie-attribution, la deuxième chambre civile a dit que le tiers saisi, lorsqu'il n'est tenu à aucune obligation envers le débiteur, ne peut être condamné aux causes de la saisie pour manquement à une obligation légale de renseignement.

On ne peut donc pas dissimuler la faiblesse, d'ailleurs reconnue par le mémoire en défense lui-même, de la position du receveur des impôts et de la motivation de l'arrêt attaqué qui lui a donné raison sur ce point.

2. Sur la condamnation du tiers détenteur au paiement des causes de la saisie.

En tout état de cause, la sanction de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 apparaît inapplicable en matière d'avis à tiers détenteur.

Selon cet article 60, le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné à payer les sommes dues au créancier quel que soit le montant de sa propre dette à l'égard du débiteur.

Une telle sanction, particulièrement grave, ne résulte pas des articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales et elle ne peut être transposée à l'avis à tiers détenteur en l'absence d'un texte le prévoyant expressément.

Elle implique en effet que le tiers saisi ait été avisé et bien informé sur ses obligations.

En matière de saisie-attribution, cette information est assurée par l'intervention de l'huissier de justice et par les mentions prévues par l'article 56 du décret de 1992.

²² Cf. mémoire en défense, p. 8, point VI.

Mais la situation est bien différente en matière d'avis à tiers détenteur : il n'y a pas d'intervention d'un huissier de justice, la notification se fait par la voie postale et l'imprimé que l'administration annexe à l'avis, même s'il comporte les mentions prévues à l'article 56 du décret de 1992, n'est pas d'une lisibilité et d'une accessibilité suffisantes - à supposer qu'il ait été joint, en l'espèce, à l'avis adressé à la SCI « Groupe Guiry ».

Enfin, il faut ajouter que le tiers détenteur ne pouvait être tenu, en tout cas, du paiement des fonds au Trésor public que dans la limite de ses propres dettes envers le redevable défaillant²³ et à concurrence du montant de la créance fiscale au jour de la notification de l'avis²⁴, comme la chambre commerciale a déjà eu l'occasion de le préciser dans deux arrêts récents.

L'arrêt attaqué ne pouvait donc pas condamner, comme il l'a fait, la SCI « Groupe Guiry » au paiement de l'intégralité des dettes fiscales dues par M. Jean-Claude X... (404 320,58 F).

Pour l'ensemble des raisons qui viennent d'être exposées, une cassation de l'arrêt attaqué me paraît justifiée sur les quatrième et cinquième branches - les sixième et septième branches n'ayant qu'un caractère subsidiaire.

C. - La question de la preuve de l'existence de la créance

La troisième branche - et subsidiairement la sixième - reproche à la cour d'appel de Montpellier d'avoir, par des motifs inopérants, condamné la SCI « Groupe Guiry », en qualité de tiers saisi, au paiement des causes de la saisie, en considérant que les qualités d'associé et de gérant de M. Jean-Claude X... permettaient de justifier une obligation de la SCI envers lui.

L'arrêt attaqué s'est fondé en particulier sur l'article 64 du décret du 31 juillet 1992, aux termes duquel, « *en cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur..., le juge de l'exécution peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi* ».

La critique présentée ici par le demandeur soulève à juste titre la question de la preuve de l'existence de la créance supposée entre le redevable défaillant et le tiers détenteur.

Deux objections peuvent être formulées à cet égard contre l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier :

1. En premier lieu, c'est sur des motifs insuffisants, voire hypothétiques, que la cour d'appel s'est fondée pour affirmer l'existence des obligations de la SCI « Groupe Guiry » à l'égard de M. Jean-Claude X... : Attendu, dit-elle, « *qu'il est pour le moins surprenant que la SCI puisse alléguer n'avoir aucune obligation à l'égard de M. X..., alors que, d'une part l'activité de gérant non statutaire implique, en contrepartie de l'exercice de cette fonction, une rémunération au profit de M. X..., que, d'autre part, l'allégation de la SCI sur l'absence de distribution de dividendes est insuffisante à défaut de production de procès-verbaux d'assemblée générale ou de documents comptables* ».

Quant au mémoire en défense du receveur des impôts, il reconnaît que l'administration « s'était contentée, dans ses conclusions d'appel, de considérer qu'un associé d'une SCI, en sa qualité de porteur de parts, dispose dans son patrimoine d'une créance à tout le moins en germe à l'encontre de cette dernière ».

De tels motifs ne suffisent pas à démontrer que les qualités d'associé et de gérant d'une société civile confèrent en elles-mêmes la qualité de créancier de cette société au titre de rémunérations ou de dividendes, alors que les fonctions de gérant ne sont pas automatiquement rémunérées, que des bénéfices ne sont pas nécessairement réalisés et distribués et qu'il n'a même pas été précisé par le receveur des impôts si, en l'espèce, les déclarations fiscales de la SCI « Groupe Guiry » faisaient apparaître qu'elle versait habituellement des rémunérations à son gérant ou qu'elle distribuait des bénéfices à ses associés.

La condamnation prononcée contre la SCI « Groupe Guiry » paraît donc procéder d'une présomption²⁵.

2. En second lieu, l'arrêt attaqué, avec ses motifs insuffisants, aboutit ainsi non seulement à une présomption, mais à un véritable renversement de la charge de la preuve :

Dans la mesure, en effet, où la SCI contestait être la débitrice de M. Jean-Claude X... et où elle n'était pas tenue d'une obligation de déclaration ou d'information, il appartenait à l'administration poursuivante, demanderesse à l'instance devant le juge judiciaire de l'exécution, de supporter le poids de la charge de l'allégation, puis celle de la preuve, conformément aux textes généraux régissant le droit de la preuve (cf. articles 6 et 9 du nouveau code de procédure civile, article 1315 du code civil). C'était donc à elle d'apporter la preuve que le tiers détenteur devait être déclaré débiteur du montant de l'obligation objet de la mesure fiscale d'exécution.

Comme le relève M. Bourdillat dans son commentaire de l'arrêt attaqué²⁶, « *faute d'assumer cette charge de droit commun, l'administration défailante devait être déboutée de ses prétentions, avec le risque que ses actions successives soient considérées comme fautives et même dommageables...* » (une solution intermédiaire pouvant être aussi dégagée par le juge de l'exécution en décidant l'ouverture d'une mesure d'instruction, ajoute M. Bourdillat).

En outre, l'administration disposait également du droit de communication qui lui est ouvert par les articles L. 81 et suivants du livre des procédures fiscales, pour mettre en évidence l'existence éventuelle d'une créance du redevable à l'encontre de la SCI.

²³ Cf. Com., 7 janvier 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 7.

²⁴ Cf. Com., 14 juin 2005 (n° 902 - F-D).

²⁵ Cf. en ce sens : Jean-Jacques Bourdillat, *droit et procédures*, n° 4, juillet-août 2004, p. 224 et suiv.

²⁶ Cf. Jean-Jacques Bourdillat, *droit et procédures*, n° 4, juillet-août 2004, p. 226-227.

M. Bourdillat, dans son commentaire de l'arrêt attaqué, rappelle que le recours à ce droit de communication est recommandé par les directives internes de l'administration fiscale et de la direction de la comptabilité publique elles-mêmes²⁷.

Enfin, le mémoire ampliatif ajoute que, conformément aux dispositions générales de l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, le juge de l'exécution pouvait lui-même enjoindre la SCI « Groupe Guiry » de produire les documents souhaités, ce qui n'a pas été fait en l'espèce²⁸.

Au vu de l'ensemble de ces observations, je conclus donc :

- au rejet des deux premières branches du moyen, invoquant à tort l'application des règles de formes de la saisie-attribution à l'avis à tiers détenteur ;
- à la cassation de l'arrêt attaqué sur les quatrième et cinquième branches, invoquant à bon droit l'inapplicabilité à l'avis à tiers détenteur des obligations de renseignement et d'information pesant sur le tiers saisi en matière de saisie-attribution ;
- à la cassation de l'arrêt attaqué sur la troisième branche, reprochant à bon droit à la cour d'appel d'avoir condamné le tiers détenteur à l'intégralité des dettes fiscales dues par le redevable défaillant.

²⁷ Cf. Doc. adm. DGI - 12-2224 du 30 octobre 1999 pour les comptables publics dépendant de la DGI et Instruc. codif. n° 02-063 - AM du 22 juillet 2002 pour les comptables dépendant de la DGCP.

²⁸ Cf. en ce sens, 2^e Civ., 8 avril 1999, *Bull.* 1999, II, n° 69.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 660

Accident de la circulation

Indemnisation. - Conducteur. - Conducteur gardien du véhicule. - Action en réparation à l'encontre de son propre assureur. - Tiers. - Implication. - Défaut. - Portée.

Un conducteur ayant engagé une action à l'encontre de son propre assureur, en réparation du préjudice moral éprouvé à la suite du décès de sa fille qu'il transportait comme passager, dans un accident de la circulation dans lequel aucun tiers n'était impliqué, viole les articles 1 à 3 et 6 de la loi du 5 juillet 1985 et L. 124-1 et L. 211-1 du code des assurances, une cour d'appel qui fait droit à cette demande alors qu'il n'était pas contesté que le demandeur possédait à la fois la qualité de conducteur et celle de gardien de son propre véhicule et qu'en l'absence d'un tiers débiteur d'une indemnisation à son égard, il ne pouvait se prévaloir des dispositions de la loi du 5 juillet 1985 à l'encontre de son propre assureur pour obtenir l'indemnisation des dommages qu'il avait subis, directement ou par ricochet.

2^e Civ. - 7 décembre 2006.

Cassation sans renvoi

N° 05-16.720. - C.A. Nancy, 13 septembre 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Grignon Dumoulin, Rap. - M. Kessous, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Foussard, Av.

N° 661

Acte de commerce

Définition. - Entreprise de fournitures. - Domaine d'application. - Fournitures de service.

Selon l'article L. 121-1 du code de commerce, ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle sont commerçants.

L'article L. 110-1 6° du code de commerce qui répute acte de commerce toute entreprise de fournitures s'applique à la fourniture de services.

Justifie dès lors légalement sa décision de rejeter l'exception d'incompétence de la juridiction commerciale au profit du tribunal de grande instance, soulevée par le défendeur qui contestait sa qualité de commerçant, la cour d'appel qui, ayant constaté que l'activité de ce dernier porte sur le diagnostic d'amiante, l'état parasitaire, le diagnostic thermique et plomb, la détermination de la surface habitable, l'expertise et la valeur vénale et de façon générale tous diagnostics et toutes opérations connexes participant à la pérennité, à l'optimisation et la transmission du patrimoine, retient que cette activité entre

dans la catégorie des fournitures de services et, n'étant pas purement intellectuelle, revêt un caractère commercial dès lors qu'elle est exercée à titre habituel.

Com. - 5 décembre 2006.

Rejet

N° 04-20.039. - C.A. Toulouse, 5 octobre 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Orsini, Rap. - M. Casorla, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 662

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Préjudice. - Réparation. - Montant. - Taxe sur la valeur ajoutée. - Taxe récupérable. - Preuve. - Charge. - Détermination.

L'indemnité allouée à une société commerciale l'est hors taxes dès lors que celle-ci ne démontre pas que ses activités bénéficient de l'exonération de paiement de la taxe à la valeur ajoutée.

3^e Civ. - 6 décembre 2006.

Cassation partielle

N° 05-17.553. - C.A. Paris, 11 mai 2005.

M. Weber, Pt. - M. Garban, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M^e Cossa, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Boutet, M^e Bouthors, SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, M^e de Nervo, Av.

N° 663

Assurance

Action civile. - Intervention ou mise en cause de l'assureur. - Juridictions pénales. - Compétence. - Contrat. - Interprétation.

Le juge pénal, saisi d'une exception présentée en application de l'article 385-1 du code de procédure pénale, ne peut, lorsque les termes du contrat d'assurance sont clairs et précis, dénaturer les obligations qui en résultent, ni modifier les stipulations qu'il renferme.

Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt qui condamne l'assureur du père d'un mineur, civilement responsable, à le garantir des condamnations prononcées contre son fils, déclaré coupable de blessures involontaires, alors qu'il résulte des termes mêmes dudit contrat que les garanties qui restent acquises au représentant légal, civilement responsable de l'enfant mineur qui

conduit à l'insu de ses parents un véhicule terrestre à moteur dont ces derniers ne sont ni propriétaires ni gardiens, sont exclues si l'enfant a la propriété ou la garde du véhicule.

Crim. - 5 décembre 2006.
Cassation partielle

N° 06-81.968. - C.A. Lyon, 14 février 2006.

M. Farge, Pt (f.f.). - M. Delbano, Rap. - M. Di Guardia, Av. Gén.
- SCP Gaschignard, Av.

N° 664

Assurance (règles générales)

Action de la victime. - Opposabilité des exceptions par l'assureur. - Conditions. - Avis à la victime et au fonds de garantie. - Date. - Identité. - Nécessité. - Portée.

Selon l'article R. 421-5 du code des assurances, lorsque l'assureur entend invoquer la nullité du contrat d'assurance, sa suspension ou la suspension de la garantie, une non-assurance ou une assurance partielle opposables à la victime ou à ses ayants droit, il doit, d'une part, le déclarer par lettre recommandée avec accusé de réception au fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages et joindre à sa déclaration les pièces justificatives de son exception et, d'autre part, en aviser en même temps et dans les mêmes formes la victime ou ses ayants droit en précisant le numéro du contrat.

L'assureur du conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation ayant, après avoir indemnisé les victimes, agi contre l'assuré en invoquant la nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration, ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui prononce la nullité du contrat et déclare le jugement commun au fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, sans rechercher si l'assureur avait avisé les victimes et le fonds en même temps et dans les mêmes formes de ce qu'il entendait invoquer la nullité du contrat d'assurance.

2^e Civ. - 7 décembre 2006.
Cassation

N° 05-18.442. - C.A. Aix-en-Provence, 26 mai 2005.

Mme Favre, Pt. - Mme Aldigé, Rap. - M. Kessous, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Parmentier et Didier, Av.

N° 665

Assurance (règles générales)

Action de la victime. - Opposabilité des exceptions par l'assureur. - Conditions. - Avis à la victime et au fonds de garantie. - Date. - Identité. - Nécessité. - Portée.

L'assureur du conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation ayant, après avoir indemnisé les victimes, agi contre l'assuré en invoquant la nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration, viole l'article R. 421-5 du code des assurances une cour d'appel qui condamne le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages à rembourser à l'assureur une certaine somme avancée pour le compte des victimes de l'accident alors que la lettre adressée à l'une des victimes n'était pas concomitante de celle adressée au fonds.

2^e Civ. - 7 décembre 2006.
Cassation partielle

N° 05-20.030. - C.A. Aix-en-Provence, 23 juin 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Grignon Dumoulin, Rap. - M. Kessous, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Monod et Colin, Av.

N° 666

Assurance dommages

Assurance de protection juridique. - Garantie. - Conditions. - Conditions particulières. - Fait générateur. - Survenance du fait générateur. - Date. - Détermination. - Litige entre l'assuré et l'un des cocontractants avant la souscription du contrat. - Existence. - Portée.

Aux termes de l'article L. 127-1 du code des assurances, est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi.

Dès lors, en présence de conditions particulières qui stipulaient que le fait générateur de la mise en œuvre de la « protection exploitation », s'entendait de la remise d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire, dénature les stipulations contractuelles la décision qui dit n'y avoir lieu à garantie au seul motif qu'existait un litige entre l'assuré et l'un de ses co-contractants avant la souscription du contrat, sans constater la date de survenance du fait générateur.

2^e Civ. - 7 décembre 2006.
Cassation

N° 05-19.306. - T.C. Brignoles, 7 juin 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Lafargue, Rap. - M. Kessous, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, M^e Foussard, Av.

N° 667

Assurance dommages

Recours contre le tiers responsable. - Subrogation. - Subrogation conventionnelle. - Indemnité. - Intérêts. - Point de départ. - Mise en demeure.

La créance de l'assureur dont le recouvrement est poursuivi par subrogation dans le droit d'action de la victime n'est pas indemnitaire et se borne au paiement d'une somme d'argent.

Il en résulte que les intérêts sont dus à l'assureur subrogé à compter de la mise en demeure.

Com. - 5 décembre 2006.
Cassation partielle

N° 04-18.621 et 04-18.647. - C.A. Paris, 24 juin 2004.

M. Tricot, Pt. - M. de Monteynard, Rap. - M. Casorla, Av. Gén. - SCP Ghestin, M^e Le Prado, M^e Bertrand, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Note sous Com., 5 décembre 2006, n° 667 ci-dessus

La distinction entre créances soumises à l'article 1153 et celles soumises à 1153-1 du code civil est malaisée. Pour les premières, la condamnation porte intérêt à compter d'une mise en demeure. Pour les secondes, les intérêts courent à compter de la décision¹. La difficulté s'est posée concernant les demandes de l'assureur subrogé dans les droits de la victime qu'il a indemnisé et qui a attiré le responsable du dommage en remboursement. Deux institutions sont à conjugué : les règles de la subrogation qui supposent que le subrogé n'a pas plus de droit que le subrogeant et celles des articles 1153 et 1153-1.

¹ Et la jurisprudence laisse aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire pour fixer le point de départ des intérêts moratoires à une autre date que celle du jugement (Ass. plén., 3 juillet 1992, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 7)

L'assemblée plénière avait le 7 février 1986 (*Bull.* 1986, Ass. plén., n° 2, *Dalloz* 1987, note très critique Groutel) opéré une sorte de jugement de Salomon en faisant courir les intérêts dus à l'assureur subrogé à compter de la quittance subrogative. « Dès lors que, suivant quittance subrogative, un assureur a versé à son assuré la somme nécessaire à la réparation des désordres affectant une construction, les intérêts au taux légal sur cette somme sont dus par le responsable du sinistre à compter de la quittance subrogative ». Cette décision est critiquable quant aux règles de la subrogation. En faisant courir les intérêts à compter de cet acte, l'arrêt opère une distorsion entre le subrogeant et le subrogé, lequel n'est pas concerné par la quittance. Elle permet en outre et surtout à l'assureur, pourvu que la quittance subrogative soit antérieure à la mise en demeure du responsable, de bénéficier d'un privilège exorbitant et déroger aux articles 1153 et 1153-1 du code civil. Elle n'a, en définitive que le mérite de la facilité. La première chambre a opéré un revirement le 7 mai 2002 (*Bull.* 2002, I, n° 118), confirmé par un arrêt du 27 mai 2003 (*Bull.* 2003, I, n° 125). « *Violé l'article 1153 du code civil la cour d'appel qui fixe à la date de la quittance subrogative délivrée par un assureur à son assuré le point de départ des intérêts de retard dus par la personne tenue à réparation du dommage* ». Ces arrêts ont été commentés et approuvés. M. Jean-Luc Aubert au *Déférénois*, 2002, 37607 parle d'un « retour aux sources ». « *La solution se justifie par cette considération qu'aucune disposition de ce texte ne permet de faire jouer à la quittance subrogative un rôle particulier en matière de dommages-intérêts moratoires. Tout au contraire, la référence que porte l'article 1153 du code civil à l'existence d'une « interpellation suffisante » paraît bien exclure d'emblée toute incidence sur ce plan de la quittance subrogative intervenue entre l'assuré et son assureur... L'exigence d'une mise en demeure sauvegarde l'unité d'appréciation du point de départ des intérêts dus en application de l'article 1153 du code civil* ». Ces jurisprudences sont applicables quelle que soit la nature de l'assurance en cause : assurance de chose comme assurance de responsabilité. Pour la première, il n'y a pas de difficulté, la somme est bien « déterminée à l'avance » par le contrat. Pour la seconde, la question pourrait se poser puisqu'en définitive, l'assureur de responsabilité, en qualité de subrogé dans les droits de la victime, n'est en mesure de se prévaloir d'une somme en réparation du dommage qu'à compter de la décision de justice consacrant la responsabilité de l'auteur du dommage et, partant, il pourrait être considéré qu'il devrait être soumis à l'article 1153-1 du code civil. La doctrine relève clairement cet élément² : « pourquoi appliquer ici l'article 1153 du code civil alors que la créance dont il est ici question est de nature indemnitaire ?... La justification de la solution se trouve sans doute dans le fait que l'assureur de chose (comme l'assureur de responsabilité) réclame le paiement d'une « indemnité », d'une « certaine somme » au sens du code civil, dont le montant est fixé dès le début du procès puisqu'elle est égale au montant des sommes qu'il a dû déboursier. Il s'agit donc d'une créance indemnitaire d'un montant fixe. Il semble logique de faire courir les intérêts sans attendre la décision du juge. La décision du juge est par conséquent pensée comme ayant une valeur simplement déclarative des droits du créancier et non pas constitutive... Cet arrêt qui semble sonner le glas du pouvoir discrétionnaire du juge permet cependant à la Cour de cassation d'aligner les solutions applicables aux intérêts de retard qui concernent tous les tiers payeurs assurés³. Ces arrêts sont à rapprocher de l'arrêt rendu le 4 mars 2005 par l'assemblée plénière qui a retenu que « la créance du tiers payeur, dont le recouvrement est poursuivi par subrogation dans le droit d'action de la victime, n'est pas indemnitaire et se borne au paiement d'une somme d'argent. Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, appliquant l'article 1153 du code civil, fixe le point de départ des intérêts de la créance de

l'Etat tiers payeur à compter du jour de la demande ». Selon M. Jourdain, qui a commenté la décision à la Revue trimestrielle de droit civil 2005, 413, cette solution est applicable aux contrats d'assurance. C'est dans cette lignée jurisprudentielle que s'inscrit le présent arrêt.

N° 668

Banque

Carte de crédit. - Obligations du banquier. - Utilisation sans recours au code confidentiel ni signature. - Paiement irrégulier. - Restitution. - Conditions. - Détermination.

A défaut d'être en mesure de prouver, en cas d'utilisation d'une carte bancaire sans recours au code confidentiel ni signature, l'ordre irrévocable de paiement de son titulaire, l'établissement bancaire, dépositaire des fonds, est tenu, à défaut de stipulations contractuelles contraires, de les restituer à due concurrence de ce qu'il a payé ainsi irrégulièrement.

Com. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 05-15.481. - T.I. Les Sables-d'Olonne, 3 mai 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Collomp, Rap. - M^e Foussard, Av.

N° 669

Banque

Chèque. - Présentation et paiement. - Paiement. - Subrogation du banquier tiré. - Action cambièrè. - Prescription. - Action du banquier contre le tireur. - Exercice. - Possibilité.

Violé les articles 1134 du code civil, ensemble l'article L. 131-59 du code monétaire et financier le jugement qui, pour rejeter la demande d'une banque en paiement d'une certaine somme à l'égard d'un client, retient que les actions du porteur contre les endosseurs, tireur et autres obligés se prescrivent par six mois à partir de l'expiration du délai de présentation de huit jours, alors que la banque fondait son action sur le droit commun né de sa relation contractuelle avec sa cliente et qu'à supposer prescrites ses actions cambières, elle pouvait encore exercer contre cette dernière l'action en recouvrement de la créance à l'égard de laquelle elle était subrogée après en avoir payé le montant.

Com. - 12 décembre 2006.

Cassation

N° 05-18.347. - T.C. Limoges, 30 mars 2005.

M. Tricot, Pt. - Mme Collomp, Rap. - SCP Parmentier et Didier, Av.

N° 670

Banque

Responsabilité. - Faute. - Manquement à l'obligation de conseil ou de mise en garde. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Emprunteur averti.

La cour d'appel ayant retenu que le crédit-preneur, professionnel déjà expérimenté, avait connaissance du bilan de sa première année d'activité ainsi que de celui de début de la seconde lors de la conclusion de l'opération de financement et que les éléments comptables de celle-ci étaient simples à appréhender, il s'en déduit que cet emprunteur était averti.

Com. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 03-20.176. - C.A. Poitiers, 9 septembre 2003.

M. Tricot, Pt. - M. Sémériva, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, SCP Defrenois et Levis, Av.

² Khodri-Benamrouche, *JCP*, 2002, éd. G, II, 10182 et particulièrement p. 2121, seconde colonne

³ *Op. cit.* un peu plus loin

N° 671

I^o Cassation

Effets. - Etendue de la cassation. - Cassation « en toutes ses dispositions ».

2^o Prud'hommes

Procédure. - Bureau de jugement. - Saisine directe. - Litige relatif à l'inscription des créances salariales par le représentant des créanciers. - Portée.

1^o La cassation d'une décision dans toutes ses dispositions n'en laisse rien subsister et investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans ses éléments de fait et de droit.

2^o Lorsque la juridiction prud'homale est saisie par un salarié d'une demande d'inscription d'une créance sur un relevé des créances résultant du contrat de travail, selon la procédure définie par les articles L. 621-125 et L. 621-127 du code de commerce, la dispense du préliminaire de conciliation prévue par l'article L. 621-128 de ce code s'applique aussi à la demande en paiement formée, dans cette même instance et pour la même créance, contre le cessionnaire de l'entreprise.

Soc. - 5 décembre 2006.

Rejet

N° 05-45.697. - C.A. Nîmes, 6 octobre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). - M. Bailly, Rap. - M. Duplat, Av. Gén. - SCP Gatineau, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 672

I^o Cassation

Effets. - Etendue de la cassation. - Cassation « en toutes ses dispositions ».

2^o Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. - Compétence internationale. - Article 17. - Clause attributive de juridiction. - Application. - Conditions. - Ecrit. - Définition. - Signature globale d'un contrat.

1^o La cassation d'une décision « dans toutes ses dispositions » investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit.

2^o La signature globale d'un contrat, constituant un écrit au sens de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, une cour d'appel estime souverainement qu'elle suffit à exprimer le consentement d'une partie à une clause de prorogation de juridiction insérée dans un contrat international.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 05-21.388. - C.A. Orléans, 14 octobre 2005.

M. Ancel, Pt. - Mme Pascal, Rap. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

N° 673

Chambre de l'instruction

Procédure. - Audience. - Dépôt de pièces au cours de l'audience. - Possibilité. - Cas.

Les dispositions de l'article 198 du code de procédure pénale, desquelles il résulte que les parties et leurs avocats sont admis à produire, au plus tard la veille de l'audience, des mémoires

qu'ils communiquent au ministère public et aux autres parties, ne font pas obstacle à ce que celui qui comparait en personne devant la chambre de l'instruction pour soutenir une demande de mise en liberté puisse verser, au cours de l'audience, les pièces qu'il juge utiles à sa défense.

Crim. - 12 décembre 2006.

Cassation

N° 06-87.545. - C.A. Lyon, 21 septembre 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Valat, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 674

Chasse

Gibier. - Dégâts causés aux récoltes. - Action en réparation. - Modalités. - Saisine du tribunal d'instance. - Forme. - Déclaration au greffe. - Domaine d'application. - Etendue. - Détermination. - Portée.

Les dispositions de l'article R. 226-22 du code de l'environnement, qui imposent la saisine du tribunal d'instance par voie de déclaration au greffe, s'appliquent à toutes les actions en réparation des dommages causés par un gibier quelconque.

Par suite, viole ce texte une cour d'appel qui déclare recevable l'action engagée par voie d'assignation, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil, par une victime se plaignant de dégâts causés par des sangliers à ses vignes.

2^e Civ. - 7 décembre 2006.

Cassation sans renvoi

N° 05-17.419. - C.A. Chambéry, 3 mai 2005.

Mme Favre, Pt. - M. de Givry, Rap. - M. Kessous, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Jacoupy, Av.

N° 675

Chose jugée

Portée. - Action publique. - Déclaration de culpabilité. - Peine. - Ajournement. - Appel de la décision ultérieure sur la peine.

Lorsque par application des articles 132-58, 132-60 du code pénal et 469-1 du code de procédure pénale, le tribunal, après avoir, par un premier jugement devenu définitif, déclaré le prévenu coupable, a, par un jugement ultérieur, statué sur la peine, la cour d'appel, saisie du seul recours contre cette dernière décision, ne saurait, sans méconnaître à la fois l'autorité de la chose jugée et les règles de sa saisine, prononcer de nouveau sur la culpabilité.

Crim. - 13 décembre 2006.

Cassation partielle

N° 06-82.576. - C.A. Orléans, 28 février 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Ponroy, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - M^e Luc-Thaler, Av.

N° 676

Communauté européenne

Spécialités pharmaceutiques. - Médicament. - Règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments. - Médicament de haute technologie. - Autorisation de mise sur le marché. - Mise à jour. - Obligation d'informer. - Etendue.

Fait une exacte application de l'article 15 § 2 du Règlement (CEE) n° 2309/93, du 22 juillet 1993, relatif à la procédure communautaire centralisée pour l'autorisation de mise sur le marché pour les médicaments de haute technologie la cour d'appel qui a fait ressortir que l'obligation d'information pesant sur le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché n'est pas exclusive d'autres sources d'information, dont celle des tiers.

Com. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 04-18.969. - C.A. Paris, 30 juin 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Tric, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Thomas-Raquin et Bénabent, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 677

Compétence

Compétence territoriale. - Règles particulières. - Litige intéressant un magistrat ou un auxiliaire de justice. - Jurisdiction saisie dans un ressort limitrophe. - Demande de renvoi devant la juridiction normalement compétente. - Décision. - Voie de recours.

L'arrêt qui statue sur le contredit formé à l'encontre d'une décision rendue sur la demande de renvoi du défendeur devant la juridiction normalement compétente, fondée sur l'inapplicabilité de l'article 47 du nouveau code de procédure civile, qui n'est pas une exception d'incompétence, est rendu en matière d'appel.

Par suite, ne peut être frappé d'un pourvoi en cassation indépendamment de la décision sur le fond un tel arrêt qui se borne à statuer sur une exception de procédure sans mettre fin à l'instance.

Soc. - 5 décembre 2006.

Irrecevabilité

N° 05-44.924. - C.A. Rouen, 27 septembre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). - M. Linden, Rap. - M. Duplat, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 678

1° Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Litispendance. - Décision statuant sur une exception de litispendance internationale. - Décision en dernier ressort. - Pourvoi en cassation. - Recevabilité.

2° Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000. - Compétence en matière matrimoniale. - Critères. - Nationalité des deux époux. - Nationalité française. - Portée.

1° Est immédiatement recevable le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui statue sur une exception de litispendance internationale.

2° Selon les dispositions de l'article 2 § 1 b du Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs applicable au litige, la juridiction française est compétente en raison de la nationalité française des deux époux.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 04-11.088. - C.A. Bordeaux, 12 février 2003.

M. Ancel, Pt. - M. Gueudet, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - M^e Foussard, M^e Odent, Av.

N° 679

1° Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Litispendance. - Décision statuant sur une exception de litispendance internationale. - Décision en dernier ressort. - Pourvoi en cassation. - Recevabilité.

2° Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000. - Article 5 § 2. - Compétence spéciale en matière d'obligation alimentaire. - Tribunal compétent selon la loi du for pour connaître des actions relatives à l'état des personnes. - Cas. - Demande de pension alimentaire accessoire. - Applications diverses.

1° Est immédiatement recevable le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui statue sur une exception de litispendance internationale.

2° En application de l'article 5 § 2 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile, le tribunal compétent pour statuer sur la dissolution du lien matrimonial est également compétent pour connaître de la demande de pension alimentaire accessoire.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 04-15.099. - C.A. Paris, 11 mars 2004.

M. Ancel, Pt. - M. Gueudet, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Boullez, SCP Defrenois et Levis, Av.

N° 680

Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000. - Compétence en matière matrimoniale. - Critères. - Résidence habituelle des époux. - Résidence habituelle en France. - Portée.

Il résulte de l'article 2 du Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, entré en vigueur le 1^{er} mars 2001, que sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve la résidence habituelle des époux.

Viola ce texte la cour d'appel qui, pour dire la juridiction française incompétente pour connaître de leur divorce, retient qu'en raison de la nationalité commune algérienne des époux, le litige se rattache de manière caractérisée à l'Algérie, alors qu'elle a constaté qu'ils avaient leur résidence habituelle en France.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Cassation sans renvoi

N° 05-16.705. - C.A. Aix-en-Provence, 14 mai 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Monéger, Rap. - M^e Balat, M^e Blanc, Av.

N° 681

Conflit de lois

Statut personnel. - Divorce, séparation de corps. - Loi applicable. - Détermination. - Distinction de la loi régissant le fond du divorce et de la loi de la procédure de divorce (lex fori). - Portée.

L'article 1077 du nouveau code de procédure civile, dans sa version antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, relève de la loi régissant le fond du divorce.

Ayant relevé que la loi applicable pour le divorce des époux était la loi allemande, une cour d'appel en déduit exactement que la nullité de la procédure de divorce soulevée par le mari sur le fondement de l'article 1077 du nouveau code de procédure civile doit être rejetée.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 04-18.424. - C.A. Metz, 15 juin 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Gorce, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

N° 682

Contrat d'entreprise

Coût des travaux. - Paiement. - Action en paiement. - Travaux sous-traités. - Paiement du maître de l'ouvrage au sous-traitant. - Opposabilité. - Condition.

Le maître d'ouvrage ne peut pas opposer au liquidateur à la liquidation judiciaire de l'entrepreneur principal des travaux le paiement effectué entre les mains du sous-traitant dès lors que celui-ci ne lui a pas, dans le cadre de l'exercice de l'action directe prévue par la loi du 31 décembre 1975, envoyé une copie de la mise en demeure qu'il a adressée à l'entrepreneur principal.

3^e Civ. - 6 décembre 2006.

Rejet

N° 05-17.286. - C.A. Douai, 26 avril 2005.

M. Weber, Pt. - Mme Lardet, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M^e Odent, SCP Bouilloche, Av.

N° 683

1^o Contrat de travail, durée déterminée

Rupture. - Rupture anticipée. - Rupture illégale. - Sanction. - Dommages-intérêts. - Montant. - Appréciation. - Critères. - Détermination.

2^o Contrat de travail, durée déterminée

Expiration. - Indemnisation. - Indemnité de fin de contrat. - Exclusion. - Cas.

1^o Les dommages-intérêts pour rupture abusive dus en application de l'article L. 122-3-8 du code du travail doivent être évalués en fonction de la durée prévisible du contrat de travail à durée déterminée conclu sans terme précis.

Doit donc être rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir énoncé ce principe, a souverainement fixé le montant des dommages-intérêts dus à la salariée.

2^o Il résulte des dispositions de l'article L. 122-3-4, alinéa 5, du code du travail que l'indemnité de précarité n'est pas due lorsque le contrat de travail à durée déterminée a été conclu au titre du 3^o de l'article L. 122-1-1 du même code.

A ainsi légalement justifié sa décision une cour d'appel qui, pour rejeter la demande formée au titre de cette indemnité de précarité, a relevé que le contrat conclu par la salariée était un contrat de travail à durée déterminée d'usage.

Soc. - 13 décembre 2006.

Rejet

N° 05-41.232. - C.A. Lyon, 5 janvier 2005.

M. Sargos, Pt. - Mme Martinel, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - M^e Rouvière, SCP Gatineau, Av.

N° 684

Contrat de travail, exécution

Accident du travail ou maladie professionnelle. - Suspension du contrat. - Terme. - Visite de reprise. - Portée.

Il résulte de l'article L. 230-2 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive CEE n° 89/391, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ainsi que de l'article R. 241-51 du code du travail que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité ; qu'il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier, lors de la reprise du travail ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation ou éventuellement de l'une ou de l'autre de ces mesures et que le non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la visite médicale de reprise cause nécessairement au salarié un préjudice.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel, qui a fait ressortir que le salarié avait repris son travail et continué à travailler au-delà des huit jours de la reprise sans passer la visite médicale prévue par les alinéas 1 à 3 de l'article R. 241-51 du code du travail, a condamné l'employeur à verser au salarié des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi de ce fait.

Soc. - 13 décembre 2006.

Rejet

N° 05-44.580. - C.A. Lyon, 1^{er} juillet 2005.

M. Sargos, Pt. - Mme Bouvier, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Gatineau, SCP Laugier et Caston, Av.

N° 685

Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Cause. - Manquements reprochés à l'employeur. - Preuve. - Effets. - Détermination de l'imputabilité de la rupture.

La démission d'un salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur s'analyse en une prise d'acte.

Celle-ci produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

Soc. - 13 décembre 2006.

Cassation partielle

N° 04-40.527. - C.A. Nîmes, 21 novembre 2003.

M. Sargos, Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Foussard, Av.

N° 686

Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Domaine d'application. - Procédure de partage judiciaire de droit alsacien-mosellan. - Portée.

En application des articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 225 de la loi du 1^{er} juin 1924, 21, alinéa 2, de l'annexe au nouveau code de procédure civile et 670 et 670-1 du même code, toute partie à une procédure de partage judiciaire de droit local a droit aux garanties du procès équitable.

Viola dès lors ces textes une cour d'appel qui déclare régulière une convocation adressée par un notaire à un époux aux fins de partage d'un bien indivis, revenue non réclamée, alors qu'il résulte de ses constatations que la notification n'a pas été faite à personne et qu'aucune nouvelle convocation ne lui a été adressée.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Cassation

N° 04-17.822. - C.A. Colmar, 25 juin 2004.

M. Ancel, Pt. - M. Gueudet, Rap. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

N° 687

1^o Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Tribunal. - Impartialité. - Défaut. - Renonciation à s'en prévaloir. - Preuve. - Partie s'étant abstenue de demander la récusation du magistrat ayant précédemment connu de l'affaire. - Condition.

2^o Preuve (règles générales)

Charge. - Demandeur. - Applications diverses.

3^o Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Versement. - Rente. - Demande de substitution d'un capital à une rente viagère par le créancier. - Conditions. - Détermination.

1° Les débats ayant lieu devant la formation collégiale dont la composition pouvait être connue de la partie représentée par son avoué, celle-ci n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant, par application de l'article 341 5° du nouveau code de procédure civile, le magistrat qui avait déjà statué comme juge aux affaires familiales et, s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, elle a ainsi renoncé sans équivoque à s'en prévaloir.

2° Il appartient à celui qui demande la suppression d'une contribution à l'entretien d'un enfant de rapporter la preuve des circonstances permettant de l'en décharger.

3° Selon l'article 276-4, alinéa 3, du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, le créancier de la prestation compensatoire ne peut saisir le juge, aux fins de statuer sur la substitution à la rente d'un capital déterminé selon les modalités prévues aux articles 275 et 275-1 du même code, que s'il établit qu'une modification de la situation du débiteur le permet.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Cassation partielle

N° 05-11.945. - C.A. Riom, 28 septembre 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 688

Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention de La Haye du 25 octobre 1980. - Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. - Article 12. - Non-retour de l'enfant. - Obligation d'ordonner le retour de l'enfant. - Exclusion. - Cas. - Intégration de l'enfant dans son nouveau milieu. - Appréciation souveraine.

C'est par une appréciation souveraine et après avoir relevé que l'article 12 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants prévoit, dans son deuxième alinéa, l'hypothèse où, quand la demande est introduite, comme en l'espèce, le parquet ayant saisi la juridiction plus d'un an après le déplacement, l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu doit être examinée, qu'une cour d'appel estime, après audition de l'enfant, que son intégration scolaire est excellente ainsi que son adaptation à son nouveau milieu et que son intérêt supérieur ne commande pas son retour auprès de son père aux Etats-Unis.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 06-13.177. - C.A. Paris, 27 octobre 2005.

M. Ancel, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Thomas-Raquin et Bénabent, Av.

N° 689

Copropriété

Syndic. - Pouvoirs. - Action en justice. - Autorisation du syndicat. - Changement de syndic. - Effet.

L'autorisation d'agir en justice donnée à un syndic de copropriété pris en cette qualité vaut habilitation pour tous les syndics successifs sans qu'il soit nécessaire que le syndicat des copropriétaires renouvelle son autorisation à chaque changement de syndic.

3^e Civ. - 6 décembre 2006.

Rejet

N° 05-16.949. - C.A. Aix-en-Provence, 28 avril 2005.

M. Weber, Pt. - M. Rouzet, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Bouloche, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 690

Copropriété

Syndic. - Pouvoirs. - Action en justice. - Autorisation du syndicat. - Exclusion. - Cas.

Une autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires n'étant pas nécessaire pour la mise en œuvre des voies d'exécution forcées et pour défendre aux actions intentées contre le syndicat, une contestation par un syndicat débiteur d'une saisie-attribution pratiquée à son encontre n'est pas soumise à autorisation.

3^e Civ. - 6 décembre 2006.

Rejet

N° 04-14.175. - C.A. Aix-en-Provence, 10 mars 2004.

M. Weber, Pt. - M. Rouzet, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Boutet, Av.

Note sous 3^e Civ., 6 décembre 2006, n° 690 ci-dessus

Cet arrêt concilie les impératifs rigoureux du droit de la copropriété, qui veulent -selon l'article 55, alinéa premier, du décret du 17 mars 1967- que le syndic de copropriété ne peut agir en justice au nom du syndicat sans y avoir été autorisé

par une décision de l'assemblée générale des copropriétaires et ceux, tout aussi contraignants mais afférents à la procédure engagée, qui lui imposent de réagir dans un bref délai au actions menées à l'encontre de la collectivité qu'il représente.

Il s'agissait en l'espèce d'une société créancière d'un syndicat des copropriétaires qui avait fait procéder à une saisie-attribution entre les mains du syndic de copropriété le 20 juillet 2001 et qui l'avait fait dénoncer au syndicat le 24 juillet suivant. Par jugement du 14 décembre 2001, le juge de l'exécution, saisi par le syndic dès le 13 août 2001 - donc dans le mois de la dénonciation, prescrit sous peine d'irrecevabilité par les articles 45 de la loi du 9 juillet 1991 et 66 du décret du 31 juillet 1992 - d'une demande d'annulation de la saisie-attribution sans avoir recueilli l'autorisation de l'assemblée générale, avait validé la procédure de saisie-attribution. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, devant laquelle le syndic avait interjeté appel, avait constaté que la procédure avait été régularisée au moyen de l'autorisation que l'assemblée générale des copropriétaires avait donnée rétroactivement au syndic par délibération du 13 juillet 2002 et avait confirmé le jugement entrepris. Devant la Cour de cassation, le créancier, peu satisfait de la somme allouée, faisait grief à l'arrêt de déclarer l'assignation valable, en soutenant que l'irrégularité de fond qui affectait sa validité n'était plus susceptible d'être couverte après l'expiration d'un délai de forclusion. Il en concluait qu'en décidant que l'autorisation donnée en 2002 avait permis de suppléer à l'absence de pouvoirs du syndic de copropriété en 2001, la cour d'appel avait violé les articles 117 et 121 du nouveau code de procédure civile.

Si la jurisprudence reconnaît que l'autorisation qui conditionne la validité de l'action peut être donnée *a posteriori*, encore faut-il que celle-ci intervienne avant l'expiration du délai de forclusion (3^e Civ., 16 janvier 1985, *Bull.* 1985, III, n° 13 ; 3^e Civ., 27 janvier 1988, *Bull.* 1988, III n° 20). Ce qui n'était pas le cas en l'occurrence, puisque le délai de forclusion avait expiré le 24 août 2001 et qu'il ressortait des circonstances de l'espèce que l'assemblée générale ne s'était prononcée qu'une année plus tard. La situation était d'autant plus topique que les dates des actes de procédure faisaient ressortir que la saisie-attribution s'était déroulée durant la période estivale -deuxième quinzaine de juillet/première quinzaine d'août- généralement peu propice à la convocation et à la tenue d'une assemblée générale des copropriétaires. D'autre part, même située en période normale en cours d'année, il apparaît peu probable qu'une seconde assemblée puisse se tenir dans le délai imparti si la majorité requise n'a pas été atteinte à l'occasion de la première, ce qui a pour conséquence en règle générale de rendre aléatoire la défense du syndic et du syndicat qui entendent riposter par voie d'assignation.

C'est pourquoi l'arrêt du 6 décembre 2006, répondant par un moyen de pur droit substitué à celui critiqué, se fonde sur les exceptions énoncées à l'article 55, alinéa 2, du décret du 17 mars 1967 pour déroger au principe fixé à l'alinéa précédent. Il retient, sans le remettre en cause et après avoir constaté qu'une autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires n'est pas nécessaire pour la mise en œuvre des voies d'exécution forcée et pour défendre aux actions intentées contre le syndicat, que la contestation par le syndicat débiteur de la saisie-attribution pratiquée à son encontre n'est pas soumise à autorisation. Décider du contraire aurait conduit à l'impossibilité matérielle pour le syndicat des copropriétaires et son syndic de défendre en temps voulu à une action de cette nature, en raison de la brièveté du délai de forclusion ; le retenir offre la possibilité aux syndicats de copropriété diligents de remplir convenablement leur mandat de représentation. D'autant que, comme le prescrit le troisième et dernier alinéa de l'article 55 du décret précité, ceux-ci sont tenus en toute hypothèse de rendre compte à l'assemblée générale qui suit des actions introduites.

N° 691

1^o *Emploi*

Fonds national de l'emploi. - Contrat conclu par une association intermédiaire conventionnée. - Association intermédiaire conventionnée. - Définition. - Portée.

2^o *Contrat de travail, durée déterminée*

Contrat emploi-solidarité. - Renouvellement. - Conditions. - Détermination.

1^o N'est pas une association intermédiaire une association de droit privé à but non lucratif dans le cadre d'activités présentant un caractère d'utilité sociale au sens de l'article L. 322-4-16 3^o du code du travail qui a pour objet d'embaucher des personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières et pouvant bénéficier de contrats de travail régis par les articles L. 322-4-7 et L. 322-4-8-1 du code du travail en vue de faciliter leur insertion sociale et professionnelle.

2^o Si aux termes de l'article 3 du décret n° 90-105 du 30 janvier 1990, la durée du contrat emploi-solidarité est comprise entre trois mois minimum et douze mois maximum avec possibilité de deux renouvellements sans que la durée totale du contrat excède vingt-quatre mois, aucun texte ne fait obligation, dans le cadre d'un renouvellement de contrat emploi-solidarité, de prévoir une nouvelle durée minimale de trois mois.

Soc. - 13 décembre 2006.

Rejet

N° 05-40.606. - C.A. Grenoble, 24 mai 2004.

M. Sargos, Pt. - M. Trédez, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Parmentier et Didier, Av.

N° 692

Emploi

Fonds national de l'emploi. - Convention d'aide au passage à temps partiel. - Allocation de préretraite progressive. - Calcul. - Assiette. - Salaire de référence. - Éléments pris en compte. - Détermination. - Portée.

Dès lors que le salaire de référence mentionné au II de l'article R. 322-7 du code du travail, qui sert de base au calcul de l'allocation financée par l'Etat et servie par l'ASSEDIC, prend en compte les allocations annuelles versées au salarié pendant les douze derniers mois de travail précédant la signature de la convention de préretraite progressive, c'est à bon droit qu'afin d'éviter un cumul partiel de rémunération infondé, une cour d'appel décide que doit être réduit le montant d'un complément de primes attribué au salarié.

Soc. - 13 décembre 2006.

Rejet

N° 04-47.414. - C.A. Riom, 12 octobre 2004.

M. Sargos, Pt. - M. Barthélemy, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 693

Entreprise en difficulté

Redressement judiciaire. - Patrimoine. - Admission des créances. - Admission définitive. - Chose jugée. - Cautionnement. - Opposabilité à la caution. - Étendue. - Détermination.

A défaut de réclamation, la décision d'admission de la créance au passif du débiteur principal en procédure collective est opposable à la caution tant en ce qui concerne l'existence et le montant de la créance que la substitution de la prescription trentenaire à la prescription originaire.

Com. - 5 décembre 2006.

Rejet

N° 05-11.761. - C.A. Nancy, 2 décembre 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Orsini, Rap. - M. Casorla, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 694

Entreprise en difficulté

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Créanciers. - Déclaration des créances. - Créancier titulaire d'une sûreté publiée ou d'un crédit-bail. - Avertissement d'avoir à déclarer. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Détermination.

Le représentant des créanciers est tenu, en application de l'article L. 621-43 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, d'avertir personnellement les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective.

A légalement justifié sa décision la cour d'appel qui a décidé que cette obligation d'avertissement ne s'étendait pas au créancier subrogé qui, à la date du jugement d'ouverture, n'était pas titulaire de la sûreté publiée.

Com. - 5 décembre 2006.

Rejet

N° 05-17.580. - C.A. Agen, 23 mai 2005.

M. Tricot, Pt. - Mme Graff, Rap. - M. Casorla, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M^e Balat, Av.

N° 695

Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Intérêts. - Point de départ. - Arrêt ayant fixé l'indemnité. - Signification. - Erreur sur la désignation du débiteur. - Arrêt rectificatif non signifié. - Effet.

Ayant relevé que l'erreur affectant un arrêt fixant le montant de la somme à payer à des propriétaires d'une parcelle réservée à un plan d'occupation des sols après délivrance d'une mise en demeure d'acquiescer avait trait à la désignation du débiteur, une cour d'appel retient, à bon droit, que le réel débiteur ne pouvait s'exécuter qu'à compter de la date à laquelle la créance lui était opposable en son principe même et que les intérêts ne seraient éventuellement dus par celui-ci, selon les règles de la procédure d'expropriation, que trois mois après la signification de l'arrêt rectificatif le désignant comme débiteur.

3^e Civ. - 6 décembre 2006.

Rejet

N° 05-19.376. - C.A. Aix-en-Provence, 26 janvier 2005.

M. Weber, Pt. - Mme Boulanger, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Coutard et Mayer, Av.

N° 696

Garde à vue

Droits de la personne gardée à vue. - Entretien avec un avocat. - Demande de commission d'office d'un avocat. - Officier de police judiciaire. - Obligation. - Etendue.

Aucune disposition légale n'impose à l'officier de police judiciaire de différer l'audition d'une personne gardée à vue dans l'attente de l'avocat assurant l'entretien prévu par l'article 63-4 du code de procédure pénale.

Crim. - 13 décembre 2006.

Rejet

N° 05-87.606. - C.A. Bordeaux, 23 novembre 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 697

1^o Impôts et taxes

Enregistrement. - Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège. - Assujettissement. - Siège de direction effective. - Preuve. - Appréciation souveraine.

2^o Impôts et taxes

Enregistrement. - Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège. - Conventions fiscales internationales. - Clause d'égalité de traitement. - Applications. - Conditions. - Détermination.

3^o Impôts et taxes

Enregistrement. - Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège. - Contrôle. - Absence de redressement postérieur. - Effets. - Prise de position formelle pour les années antérieures (non).

1° Si les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire de la société, celui-ci ne leur est pas opposable par la société lorsque son siège réel est situé en un autre lieu.

Dès lors, en retenant souverainement que l'administration rapportait la preuve que le siège de direction effective de la société était en Suisse, pays qui n'avait pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, une cour d'appel a pu écarter l'application des dispositions de l'article 990 E 2° du code général des impôts.

2° Les conventions signées entre la France et le Royaume-Uni le 22 mai 1968 et entre la France et la Suisse le 9 septembre 1966, qui comportent une clause d'égalité de traitement, nécessitent, pour être applicables à une société, que celle-ci ait la nationalité du pays dont elle est résidente.

Dès lors, une cour d'appel ne méconnaît pas les dispositions de l'article 990 E 3° du code général des impôts en écartant l'application de celles-ci au profit d'une société dont elle retient qu'elle n'est pas résidente du pays dont elle a la nationalité.

3° L'absence de redressement après contrôle de la taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales sur les années postérieures au redressement litigieux ne constitue pas une prise de position formelle de l'administration qui lui soit opposable avec effet rétroactif pour faire obstacle à ce dernier.

Com. - 12 décembre 2006.

Rejet

N° 04-18.616. - C.A. Aix-en-Provence, 13 avril 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Gueguen, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - M^e Ricard, SCP Thouin-Palat, Av.

N° 698

Instruction

Partie civile. - Plainte avec constitution. - Consignation. - Modalités. - Virement. - Date. - Détermination.

Lorsqu'elle est effectuée sous la forme non d'un dépôt au greffe mais d'un virement, la consignation est réputée faite à la date à laquelle le compte du régisseur d'avance est crédité de la somme fixée par le juge d'instruction.

Ne justifie pas légalement sa décision la chambre de l'instruction qui déclare irrecevable une constitution de partie civile faite de versement de la consignation avant l'expiration, le 16 octobre 2005, du délai dans lequel elle devait être faite, sans rechercher, comme l'y invitait le mémoire de la partie civile, si la date du 18 octobre 2005 figurant dans le document établi par le greffier était celle à laquelle celui-ci avait constaté le paiement ou celle à laquelle le virement avait été porté au crédit du compte de la régie d'avances et de recettes du tribunal.

Crim. - 12 décembre 2006.
Cassation

N° 06-82.034. - C.A. Montpellier, 2 février 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Anzani, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén.
- SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 699

Instruction

Perquisition. - Correspondance échangée entre l'avocat et son client. - Saisie. - Conditions. - Détermination.

Le pouvoir, reconnu à l'officier de police judiciaire par les articles 56 et 76 du code de procédure pénale ou au juge d'instruction par l'article 96 dudit code, de saisir les objets et documents utiles à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense, qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et qui sont liées à l'exercice des droits de la défense.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction qui refuse d'annuler la saisie, effectuée au cours d'une perquisition au domicile de la personne mise en examen, d'un courrier reçu de son avocat ayant trait à l'exécution d'une condamnation pénale, en l'espèce un suivi socio-judiciaire, prononcée dans une instance distincte.

Crim. - 13 décembre 2006.
Cassation

N° 06-87.169. - C.A. Grenoble, 1^{er} septembre 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén.
- SCP Nicolaÿ et de Lanouvelle, Av.

N° 700

Intérêts

Intérêts moratoires. - Dette d'une somme d'argent. - Article 1153 du code civil. - Point de départ. - Jour de la sommation de payer. - Portée.

La personne tenue au paiement d'une somme envers une autre ne lui en doit les intérêts qu'après avoir été mise en demeure. La violation de ce principe de pur droit peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation par le débiteur qui a contesté, devant la cour d'appel, le principe même de la dette.

2^e Civ. - 7 décembre 2006.
Cassation partielle

N° 04-17.322. - C.A. Paris, 4 juin 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Besson, Rap. - M. Kessous, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, M^e Blondel, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Delaporte, Briard et Trichet, M^e Le Prado, M^e Odent, SCP Parmentier et Didier, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 701

Juridictions correctionnelles

Droits de la défense. - Débats. - Prévenu. - Comparution. - Prévenu cité à personne. - Prévenu non comparant. -

Excuse. - Absence d'excuse. - Avocat assurant la défense du prévenu. - Absence de mandat de représentation. - Dépôt de conclusions. - Recevabilité.

Le droit d'être entendu que reconnaît le dernier alinéa de l'article 410 du code de procédure pénale à l'avocat qui se présente pour assurer la défense d'un prévenu implique, même en l'absence du mandat de représentation prévu par le premier alinéa de l'article 411 dudit code, que celui-ci puisse déposer des conclusions qui doivent être visées par le président et le greffier et auxquelles les juges sont tenus de répondre. La décision, en ce cas, est rendue contradictoirement.

Crim. - 12 décembre 2006.
Rejet

N° 05-86.214. - C.A. Douai, 7 avril 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Anzani, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

N° 702

1^o Outre-mer

Polynésie française. - Lois et règlements. - Application. - Cas. - Décret n° 71-941 du 26 novembre 1971. - Effets. - Etendue. - Détermination. - Portée.

2^o Outre-mer

Polynésie française. - Notaire. - Acte. - Partie ou témoin. - Personne ne parlant pas la langue française. - Office du notaire. - Etendue. - Détermination. - Portée.

1^o En déclarant applicable à la Polynésie française l'article 11 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, aux termes duquel quand les parties ne savent ou ne peuvent signer, leur déclaration à cet égard doit être mentionnée en fin d'acte, l'article 25 de ce décret a nécessairement abrogé les dispositions réglementaires antérieures, spéciales à la Polynésie française, qui imposaient en pareil cas au notaire, outre de faire mention de la déclaration de la partie ne sachant ou ne pouvant signer l'acte, de lui y faire apposer ses empreintes digitales.

2^o Aux termes de l'article 20, alinéa 1, du décret n° 57-1802 du 12 septembre 1957, déterminant le statut du notariat en Polynésie française, toutes les fois qu'une personne ne parlant pas la langue française sera partie ou témoin dans un acte, le notaire devra être assisté d'un interprète assermenté, qui expliquera l'objet de la convention avant toute écriture, expliquera de nouveau l'acte rédigé, le traduira littéralement et signera comme témoin additionnel.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.
Cassation

N° 04-17.823. - C.A. Papeete, 25 septembre 2003.

M. Ancel, Pt. - M. Taÿ, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

N° 703

Outre-mer

Polynésie française. - Lois et règlements. - Application. - Exclusion. - Cas. - Article 1840 A du code général des impôts devenu l'article 1589-2 du code civil.

L'article 1840 A du code général des impôts, devenu l'article 1589-2 du code civil, n'est pas applicable en Polynésie française.

3^e Civ. - 6 décembre 2006.
Rejet

N° 05-17.418. - C.A. Papeete, 16 décembre 2004.

M. Weber, Pt. - M. Jacques, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Blondel, Av.

N° 704

1^o Postes télécommunications

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. - Décision. - Recours. - Pourvoi en cassation. - Procédure. - Observations présentées par l'Autorité. - Recevabilité (non).

2^o Postes télécommunications

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. - Mesures conservatoires. - Demande. - Conditions. - Saisine au fond de l'Autorité. - Moment.

1^o Aucun texte ni principe n'habilitant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses décisions, de telles observations sont irrecevables.

2^o En prévoyant qu'une demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité, l'article R. 11-1 du code des postes et communications électroniques impose seulement qu'une demande de mesures conservatoires soit précédée ou accompagnée d'une saisine au fond de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

Com. - 12 décembre 2006.
Cassation

N° 05-19.610. - C.A. Paris, 17 août 2005.

M. Tricot, Pt. - Mme Beaudonnet, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Gaschignard, SCP Peignot et Garreau, Av.

N° 705

Prescription civile

Prescription trentenaire. - Domaine d'application. - Droit au service d'une rente viagère. - Etendue. - Droit à l'indexation accessoire à la rente.

L'indexation constituant une composante de la rente viagère, le droit à cette indexation ne peut s'éteindre par le jeu de la prescription trentenaire qu'avec le droit au service de la rente lui-même.

1^{re} Civ. - 5 décembre 2006.
Rejet

N° 03-15.414. - C.A. Rennes, 11 mars 2003.

M. Bague, Pt (f.f.). - M. Creton, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, M^e Cossa, Av.

N° 706

1^o Presse

Abus de la liberté d'expression. - Définition. - Atteinte à la mémoire d'un mort. - Atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants. - Fondement. - Détermination. - Portée.

2^o Presse

Abus de la liberté d'expression. - Définition. - Atteinte à la mémoire d'un mort. - Réparation. - Fondement. - Détermination. - Portée.

1^o Une cour d'appel qui a exactement relevé que l'action en diffamation était personnelle et donc intransmissible en déduit justement qu'en défendant la mémoire de leur auteur sans

invoquer la moindre atteinte à leur honneur personnel et sans exposer le préjudice qu'ils auraient personnellement subi, ses héritiers sont irrecevables à agir sur le fondement de l'article 1382 du code civil, s'agissant d'abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881, et ne viole pas le principe du libre accès à la justice garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la restriction instituée par les dispositions impératives de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 étant dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but recherché.

2^o Une cour d'appel qui a énoncé à bon droit que les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 ne pouvaient être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil en a exactement déduit que l'article 34 avait précisément pour but de garantir l'équilibre entre des valeurs fondamentales et a ainsi légalement justifié sa décision déclarant irrecevable l'action fondée sur le droit à la dignité et l'article 16 du code civil.

1^{re} Civ. - 12 décembre 2006.
Rejet

N° 04-20.719. - C.A. Paris, 23 septembre 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 707

Presse

Abus de la liberté d'expression. - Définition. - Diffamation. - Allégation ou imputation de faits portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne. - Atteinte portée à une personne. - Exclusion. - Cas. - Dénigrement de produits, services ou prestations.

Viole par fausse application l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 et par refus d'application l'article 1382 du code civil, une cour d'appel qui retient une atteinte à l'honneur et à la considération et non un dénigrement quand il résultait de ses constatations que les allégations portées, même si elles visaient le gérant d'une société, n'avaient pour objet que de mettre en cause la qualité des prestations fournies par celle-ci dans la mesure où elles émanaient d'une société concurrente de la même spécialité exerçant dans le même secteur et étaient proférées dans le but manifeste d'en détourner la clientèle.

1^{re} Civ. - 5 décembre 2006.
Cassation

N° 05-17.710. - C.A. Bordeaux, 21 avril 2005.

M. Bague, Pt (f.f.). - Mme Crédeville, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - M^e Hémerly, Av.

N° 708

Procédure civile

Demande. - Montant. - Montant non précisé. - Portée.

Une demande en justice non chiffrée n'est pas, de ce fait, irrecevable.

2^e Civ. - 14 décembre 2006.
Cassation

N° 05-20.304. - C.A. Aix-en-Provence, 11 janvier 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén. - M^e Odent, M^e Le Prado, Av.

N° 709

Procédure civile

Droits de la défense. - Partie n'ayant pas comparu à l'audience. - Partie domiciliée à l'étranger. - Convocation à l'audience par voie postale. - Portée.

Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.

Dès lors, viole les articles 14 et 643 du nouveau code de procédure civile la cour d'appel qui examine au fond une affaire en l'absence de l'appelante, convoquée à l'audience par une lettre ne tenant pas compte de l'augmentation des délais de comparution prévue pour les personnes qui demeurent à l'étranger.

2^e Civ. - 14 décembre 2006.
Cassation

N° 05-17.535. - C.A. Nîmes, 15 juin 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Loriferne, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén.
- M^e Georges, SCP Boutet, Av.

N° 710

Procédure civile

Instance. - Péremption. - Interruption. - Juge de la mise en état. - Constatation. - Portée.

Viole l'article 392, alinéa premier, du nouveau code de procédure civile la cour d'appel qui déclare une instance périmée alors qu'une ordonnance d'un conseiller de la mise en état en constate l'interruption.

2^e Civ. - 14 décembre 2006.
Cassation

N° 05-13.777. - C.A. Paris, 4 février 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Paul-Loubière, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat, SCP Peignot et Garreau, Av.

N° 711

Procédure civile

Notification. - Signification. - Signification à personne. - Recherches infructueuses. - Diligences de l'huissier de justice. - Mentions obligatoires. - Diligences précises accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte.

Selon l'article 659 du nouveau code de procédure civile, lorsque la personne à qui l'acte doit être signifié n'a ni domicile ni résidence ni lieu de travail connus, le procès-verbal de recherches doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte.

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de ce texte, une cour d'appel qui déclare irrecevable un appel tardif, par des motifs qui ne sont pas de nature à établir que l'huissier de justice avait accompli des investigations complètes aux fins de délivrer l'acte de signification du jugement.

2^e Civ. - 7 décembre 2006.
Cassation

N° 06-11.211. - C.A. Paris, 21 avril 2005.

Mme Favre, Pt. - M. de Givry, Rap. - M. Kessous, Av. Gén.
- SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 712

Procédure civile

Ordonnance sur requête. - Ordonnance faisant droit à la requête. - Opérations de saisie. - Autorisation. - Délai. - Expiration. - Effets. - Caducité.

Les opérations de saisie réalisées par un huissier de justice après l'expiration du délai imparti par une ordonnance rendue par un président de tribunal de grande instance statuant sur requête n'ont plus de fondement juridique, l'autorisation donnée par ce président étant devenue caduque.

2^e Civ. - 14 décembre 2006.
Cassation partielle sans renvoi

N° 04-20.673. - C.A. Versailles, 13 octobre 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén.
- SCP Piwnica et Molinié, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

N° 713

1^o Procédure civile

Procédure de la mise en état. - Ordonnance de clôture. - Dépôt des conclusions des parties. - Dépôt postérieur à l'ordonnance. - Recevabilité. - Cas. - Conclusions demandant la révocation de l'ordonnance de clôture ou le rejet des débats des conclusions ou productions de dernière heure de l'adversaire.

2^o Tierce opposition

Effet dévolutif. - Portée. - Portée limitée aux points critiqués par son auteur.

1^o Les conclusions postérieures à l'ordonnance de clôture, par lesquelles une partie demande la révocation de cette ordonnance ou le rejet des débats des conclusions ou productions de dernière heure de l'adversaire, sont recevables.

2^o La tierce opposition remettant en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, il incombe au juge des référés, saisi d'une tierce opposition contre une ordonnance ayant alloué une provision, d'apprécier si l'obligation invoquée par le demandeur en référé n'est pas sérieusement contestable.

2^e Civ. - 14 décembre 2006.
Cassation

N° 05-19.939. - C.A. Orléans, 5 juillet 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Boval, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén.
- SCP Richard, M^e Rouvière, Av.

N° 714

Procédures civiles d'exécution

Mesures d'exécution forcée. - Saisie-attribution. - Tiers saisi. - Inexistence de la dette cause de la saisie. - Effets. - Contestation de la saisie. - Recevabilité.

Une cour d'appel ayant relevé que des créanciers saisissants demandaient la condamnation de tiers saisis au paiement des causes d'une saisie, retient exactement que ces tiers saisis étaient recevables à se prévaloir de l'absence de dette du débiteur saisi au jour de cette saisie.

3^e Civ. - 6 décembre 2006.
Rejet

N° 04-14.776. - C.A. Paris, 5 février 2004.

M. Weber, Pt. - Mme Renard-Payen, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén.
- SCP Laugier et Caston, M^e Hémerly, Av.

N° 715

Propriété littéraire et artistique

Droits voisins du droit d'auteur. - Dispositions communes aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes. - Licence légale. - Radiodiffusion ou distribution par câble d'un phonogramme publié à des fins de commerce. - Rémunération équitable. - Législation nationale applicable. - Détermination.

Se trouve légalement justifié un arrêt ayant retenu que la Société pour la perception de la rémunération équitable était fondée à considérer qu'une société établie à Paris produisant des émissions radiophoniques par utilisation du satellite empruntant des réémetteurs situés sur le sol français et un émetteur situé sur le sol allemand, conformément à une concession accordée par le Land à la filiale allemande de cette société, était tenue cumulativement de redevances pour l'un et l'autre sites de diffusion, dès lors que, saisie sur le présent pourvoi, d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que « dans le cas d'une radiodiffusion telle que celle en cause au principal, la directive du Conseil n° 93/83/CEE, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, ne s'opposait pas à ce que la redevance pour l'utilisation de phonogrammes soit régie non seulement par la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel est établie la société émettrice, mais également par la législation de l'Etat membre dans lequel se situe, pour des raisons techniques, l'émetteur terrestre diffusant ces émissions en direction du premier Etat ».

1^{re} Civ. - 5 décembre 2006.
Rejet

N° 01-17.569. - C.A. Paris, 3 octobre 2001.

M. Bague, Pt (f.f.). - M. Gridel, Rap. - M^e Le Prado, SCP Defrenois et Levis, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

N° 716

Protection des consommateurs

Surendettement. - Procédure de rétablissement personnel. - Ouverture. - Conditions. - Bonne foi du débiteur. - Appréciation. - Office du juge. - Etendue. - Détermination. - Portée.

Le juge de l'exécution tient de l'article L. 332-6 du code de la consommation le pouvoir d'apprécier, même d'office, le caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur ainsi que sa bonne foi pour prononcer l'ouverture de la procédure de rétablissement personnel.

2^e Civ. - 14 décembre 2006.
Rejet

N° 05-04.051. - T.G.I. Lyon, 17 décembre 2004.

Mme Favre, Pt. - Mme Guilguet-Pauthe, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 717

Protection des droits de la personne

Respect de la vie privée. - Atteinte. - Trouble manifestement illicite. - Mesures conservatoires. - Détermination. - Appréciation souveraine du juge des référés.

Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, après avoir confirmé une ordonnance ayant sur le fondement de l'article 809, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile et au nom du respect dû à la vie privée et à l'image de la personne, décidé le versement d'une provision et la suppression d'un

article sur le site internet de la publication, l'a néanmoins infirmée quant au retrait, également enjoint, du magazine de tous ses points de vente, dès lors qu'après avoir relevé que la mesure litigieuse, qui prendrait effet trois jours avant la fin de la parution du numéro concerné, au reste déjà vendu en un grand nombre d'exemplaires, était rendue difficilement praticable eu égard au défaut de mise en cause de la société distributrice, a souverainement estimé que la mesure sollicitée était improprie à faire cesser un trouble largement consommé.

1^{re} Civ. - 5 décembre 2006.
Rejet

N° 06-13.350. - C.A. Paris, 3 février 2006.

M. Bague, Pt (f.f.). - M. Gridel, Rap. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 718

Prud'hommes

Compétence. - Compétence matérielle. - Exclusion. - Demandes formées contre un organisme gestionnaire d'un régime de retraite complémentaire et un ancien employeur.

La demande formée par un ancien salarié contre un organisme gestionnaire d'un régime de retraite complémentaire étant dirigée contre un tiers au contrat de travail relève de la compétence du tribunal de grande instance ; et il en est de même de la demande formée dans la même instance contre l'ancien employeur eu égard à l'indivisibilité des deux demandes.

Soc. - 5 décembre 2006.
Rejet

N° 06-40.163 à 06-40.222 et 06-40.234. - C.A. Paris, 10 novembre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). - M. Linden, Rap. - M. Duplat, Av. Gén. - SCP Boullez, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 719

Prud'hommes

Compétence. - Décision sur la compétence. - Contredit. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Est recevable le contredit formé par une déclaration signée de l'avocat de la demanderesse accompagnant la motivation dudit contredit.

Soc. - 5 décembre 2006.
Cassation

N° 06-40.821. - C.A. Bordeaux, 12 décembre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). - Mme Slove, Rap. - M. Duplat, Av. Gén. - M^e Odent, M^e Haas, Av.

N° 720

Prud'hommes

Procédure. - Débats. - Oralité. - Dépôt de conclusions par une partie. - Moment. - Portée.

Nonobstant le principe de l'oralité de la procédure en matière prud'homale, l'appel incident peut être régulièrement formé par le dépôt ou l'envoi au greffe de conclusions valant déclaration d'appel.

Il en résulte qu'est recevable l'appel incident contenu dans des conclusions écrites envoyées au greffe avant le désistement de l'autre partie, quand bien même le délai pour régulariser un appel à titre principal serait expiré.

Soc. - 15 décembre 2006.
Rejet

N° 05-41.468 et 05-41.469. - C.A. Toulouse, 20 janvier 2005.

M. Sargos, Pt. - M. Leblanc, Rap. - M. Maynial, Av. Gén.
- M^e Bouthors, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 721

1^o Réglementation économique

Concurrence. - Transparence et pratiques restrictives.
- Contrat de coopération commerciale. - Régularité.
- Conditions. - Détermination.

2^o Réglementation économique

Prix. - Facture. - Mentions obligatoires. - Contrat de coopération commerciale. - Dénomination précise des services rendus. - Portée.

1° Le contrat écrit de coopération commerciale doit constater la fourniture par le distributeur, à son fournisseur, de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et des ventes et l'irrégularité de la convention équivalent à son absence.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, pour caractériser l'infraction réprimée par l'article L. 441-6 du code de commerce, dans sa rédaction alors applicable, retient, notamment, que l'imprécision de la prestation mise à la charge du distributeur ne permet pas d'apprécier la réalité du service offert, relève que les contrats ne comportent pas d'obligations exorbitantes ni la description des services rémunérés et en déduit l'absence d'engagements spécifiques.

2° Les mentions exigées par l'article L. 441-3 du code de commerce doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent.

Crim. - 6 décembre 2006.
Rejet

N° 06-82.834. - C.A. Riom, 2 mars 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Rognon, Rap. - M. Di Guardia, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ et de Lanouvelle, Av.

N° 722

Réglementation économique

Vente. - Revente à perte. - Eléments constitutifs. - Détermination.

Les opérations d'achat et de revente en l'état peuvent être concomitantes et l'article L. 442-2 du code de commerce n'exige pas que le revendeur détienne la marchandise.

Justifie ainsi sa décision la cour d'appel qui, pour écarter l'argumentation prise par un revendeur de fuel domestique de ce qu'il n'était pas propriétaire du combustible lors des commandes de ses clients, retient, notamment, qu'il se procurait la marchandise pour exécuter son obligation de vendre contractée avec l'acheteur final, peu important qu'il n'en ait pas encore été propriétaire au moment de la conclusion de ce contrat, dès lors que la vente des marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure n'est parfaite que lorsque la chose vendue a été pesée, comptée ou mesurée.

Crim. - 6 décembre 2006.
Rejet

N° 06-81.947. - C.A. Douai, 12 janvier 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Rognon, Rap. - M. Di Guardia, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Hémerly, Av.

N° 723

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Fonctionnement. - Réunion. - Avis.
- Recueil. - Modalités. - Détermination.

En vertu de l'article L. 431-4 du code du travail, le comité d'entreprise assure l'expression collective des salariés lorsqu'il est consulté sur la décision du chef d'entreprise qui doit recueillir l'avis dudit comité ; il en résulte que cet avis ne peut être exprimé que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent.

La cour d'appel qui, statuant en référé, a constaté qu'il était d'usage au sein d'un comité central d'entreprise que l'avis du comité soit exprimé sous forme d'une prise de position de chaque organisation syndicale, a légalement justifié sa décision faisant interdiction à un employeur de mettre en œuvre une mesure décidée par lui tant que l'avis du comité central d'entreprise n'aurait pas été régulièrement recueilli.

Soc. - 5 décembre 2006.
Rejet

N° 05-21.641. - C.A. Paris, 5 octobre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). - Mme Perony, Rap. - M. Duplat, Av. Gén.
- SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 724

Saisie immobilière

Incident. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Demandes tendant au sursis aux poursuites, à la déchéance du droit aux intérêts et au paiement d'une certaine somme avant la signification faite aux emprunteurs d'un commandement de saisie immobilière.

Les demandes tendant au sursis aux poursuites, à la déchéance du droit aux intérêts et au paiement d'une certaine somme, formées par des emprunteurs avant la signification faite à ceux-ci, par l'organisme prêteur, d'un commandement de saisie immobilière, ne constituent pas un incident de saisie.

2^e Civ. - 14 décembre 2006.
Cassation

N° 06-11.461. - C.A. Aix-en-Provence, 15 décembre 2005.

Mme Foulon, Pt (f.f.). - M. Boval, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén. - M^e Foussard, M^e Capron, Av.

N° 725

Sécurité sociale

Assujettissement. - Personnes assujetties. - Société à responsabilité limitée. - Gérant. - Gérant de droit porteur de la moitié des parts sociales. - Portée.

Après avoir relevé que le gérant de droit était porteur de la moitié des parts sociales d'une société à responsabilité limitée, une cour d'appel, qui n'avait pas à prendre en considération les parts sociales détenues par le cogérant de fait prétendu, en a exactement déduit que le gérant de droit de cette société devait obligatoirement être affilié aux assurances sociales du régime général par application de l'article L. 311-3 11° du code de la sécurité sociale.

2^e Civ. - 6 décembre 2006.
Rejet

N° 05-20.016. - C.A. Bordeaux, 9 août 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Héderer, Rap. - SCP Tiffreau, SCP Delvolvé, Av.

N° 726

Sécurité sociale

Cotisations. - Assiette. - Indemnités complémentaires.
- Indemnité versée au maire au titre des transports en commun. - Portée.

Une commune est redevable du versement destiné aux transports en commun sur les sommes versées à son maire.

2^e Civ. - 6 décembre 2006.

Rejet

N° 05-13.617. - C.A. Angers, 8 février 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Feydeau, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén.
- M^e Hémerly, Av.

N° 727

Sécurité sociale, accident du travail

Action de la victime ou de ses ayants droit contre l'employeur. - Ayants droit de la victime. - Indemnisation.
- Nouvelle-Calédonie. - Application exclusive des dispositions du décret n° 57-245 du 24 février 1957.
- Portée.

Les dispositions du décret n° 57-245 du 24 février 1957 sur la réparation et la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles dans les territoires d'Outre-mer sont d'application exclusive en Nouvelle-Calédonie.

Il en résulte qu'en l'absence de faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur ou de ses préposés, les ayants droit de la victime d'un accident du travail survenu dans ce territoire ne peuvent agir à son encontre selon les règles du droit commun pour obtenir la réparation tant des préjudices patrimonial et successoral que de leur préjudice personnel.

2^e Civ. - 6 décembre 2006.

Cassation partielle sans renvoi

N° 05-12.978. - C.A. Nouméa, 30 septembre 2004.

Mme Favre, Pt. - Mme Renault-Malignac, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Vuitton, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

N° 728

Sécurité sociale, assurances des non-salariés (loi du 12 juillet 1966)

Assujettis. - Titulaire d'un avantage de vieillesse ou d'invalidité. - Exercice concomitant d'une activité professionnelle. - Faculté d'option. - Exercice. - Portée.

Les personnes qui, bénéficiant d'un avantage de retraite ou de pension d'invalidité, d'une part, et exerçant une activité professionnelle non salariée non agricole, d'autre part, ont fait choix, pour le service des prestations, d'un régime autre que celui institué au titre de leur activité professionnelle, sont redevables des cotisations d'assurance maladie assises sur le revenu net de leur activité non salariée non agricole tel qu'il est retenu pour l'assiette de l'impôt sur le revenu.

2^e Civ. - 6 décembre 2006.

Cassation sans renvoi

N° 05-18.998. - T.A.S.S. Poitiers, 5 juillet 2005.

Mme Favre, Pt. - Mme Duvernier, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén. - SCP Lesourd, SCP Gaschignard, Av.

N° 729

Sécurité sociale, assurances sociales

Pension. - Pension de réversion. - Définition. - Prestation non contributive tenant à la qualité d'ayant droit de son bénéficiaire. - Portée.

L'attribution d'une pension de réversion, qui constitue une prestation non contributive tenant à la qualité d'ayant droit de son bénéficiaire et n'implique pas l'exercice d'une activité professionnelle propre, ne confère pas à son titulaire le statut de retraité.

2^e Civ. - 6 décembre 2006.

Rejet

N° 05-18.999. - C.A. Rennes, 6 juillet 2005.

Mme Favre, Pt. - Mme Duvernier, Rap. - SCP Lesourd, M^e Blondel, Av.

N° 730

Sécurité sociale, assurances sociales

Vieillesse. - Pension. - Conditions. - Période d'assurance. - Assimilation. - Cas. - Période d'engagement volontaire en temps de guerre. - Portée.

Pour l'ouverture du droit et la liquidation des avantages de vieillesse, les périodes d'engagement volontaire en temps de guerre ne sont assimilées aux périodes d'assurance que lorsque l'intéressé a ensuite exercé, en premier lieu, une activité au titre de laquelle des cotisations ont été versées au régime général de la sécurité sociale.

2^e Civ. - 6 décembre 2006.

Cassation sans renvoi

N° 05-18.496. - C.A. Bordeaux, 16 juin 2005.

Mme Favre, Pt. - Mme Duvernier, Rap. - SCP Gatineau, M^e Balat, Av.

N° 731

Sécurité sociale, prestations familiales

Prestations. - Bénéficiaires. - Enfant mineur étranger résidant en France. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Il résulte des articles L. 512-1 et L. 512-2 du code de la sécurité sociale dans leur rédaction alors applicable que bénéficient de plein droit des prestations familiales, pour les enfants à leur charge résidant en France, les étrangers titulaires d'un titre exigé d'eux pour résider régulièrement en France.

Le fait de subordonner à la production d'un justificatif de la régularité du séjour des enfants mineurs le bénéfice des prestations familiales porte une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et au droit à la protection de la vie familiale.

En conséquence, viole ces textes, ensemble les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'allocations familiales d'une ressortissante algérienne titulaire d'un titre de séjour, retient que l'intéressée ne produit aucun des documents prévus à l'article D. 511-1 pour justifier de la régularité du séjour de ses enfants en France.

2^e Civ. - 6 décembre 2006.

Cassation

N° 05-12.666. - C.A. Dijon, 25 mars 2004.

Mme Favre, Pt. - Mme Fouchard-Tessier, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Gatineau, Av.

(VRP) engagé à titre exclusif a droit à la ressource minimale forfaitaire instituée par ce dernier texte, d'autre part que toute retenue pratiquée par l'employeur sur cette ressource minimale constitue une sanction pécuniaire illicite.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déboute un VRP de sa demande de rappel de salaire au titre de la ressource minimale forfaitaire au motif que ce VRP n'avait pas respecté son obligation contractuelle de réaliser le quota de 25 argumentations hebdomadaires, qu'il n'exerçait son activité qu'à temps partiel et qu'il n'avait pas fourni la totalité du temps de travail qui lui était demandé au regard de la clause définissant l'assiduité requise.

Soc. - 13 décembre 2006.
Cassation

N° 05-40.969. - C.A. Nancy, 29 mars 2004.

M. Sargos, Pt. - Mme Capitaine, Rap. - M. Mathon, Av. Gén.
- SCP Bouilloche, SCP Gatineau, Av.

N° 736

1° Substances vénéneuses

Stupéfiants. - Infractions à la législation. - Conventions internationales. - Convention de Vienne du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants. - Trafic en haute mer. - Navire battant pavillon canadien. - Arraînement par les autorités françaises. - Régularité. - Conditions. - Détermination.

2° Substances vénéneuses

Stupéfiants. - Infractions à la législation. - Conventions internationales. - Convention de Vienne du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants. - Trafic en haute mer. - Navire battant pavillon canadien. - Arraînement par les autorités françaises. - Régularité. - Accord de l'Etat du pavillon. - Forme.

1° Justifie sa décision l'arrêt qui, pour déclarer régulière l'intervention des autorités françaises, énonce, d'une part que l'assistance de ces autorités a été sollicitée par les autorités américaines en vertu du principe de coopération entre les parties à la Convention de Vienne et, d'autre part que les éléments fournis par les autorités américaines sur l'identification du capitaine du voilier, déjà soupçonné de se livrer au narco-traffic, constituaient des motifs raisonnables d'intervention au sens de l'article 17 § 3 de la Convention.

2° Justifie sa décision l'arrêt qui énonce que la preuve de l'accord de l'Etat du pavillon qui n'est soumise à aucune forme particulière par l'article 17 de la Convention de Vienne peut résulter d'un message de l'ambassadeur de France à Ottawa.

Crim. - 13 décembre 2006.
Irrecevabilité et rejet

N° 06-86.945. - C.A. Fort-de-France, 25 avril 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Ponroy, Rap. - M. Launay, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 737

Transports terrestres

Marchandises. - Contrat de transport. - Contrat type messagerie. - Clause limitative d'indemnisation. - Réparation. - Montant. - Détermination.

C'est au moment de la remise de la marchandise au transporteur que s'évalue le nombre de colis confiés.

Une cour d'appel ayant fait ressortir que, lors de sa remise à un transporteur, une marchandise constituée de plusieurs boîtes avait été rassemblée en deux palettes en déduit exactement

que l'indemnité due par le transporteur pour manquement ou avaries est limitée à deux fois le montant prévu par le contrat type applicable.

Com. - 5 décembre 2006.
Rejet

N° 04-19.385. - C.A. Versailles, 16 septembre 2004.

M. Tricot, Pt. - M. Potocki, Rap. - M. Casorla, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 738

Travail réglementation

Durée du travail. - Réduction. - Accord collectif. - Accord n'imposant pas de réduction effective à 35 heures. - Portée. - Détermination.

L'accord cadre du 24 janvier 2002 sur l'organisation et la durée du travail effectif dans les services interentreprises de médecine du travail n'impose pas la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à 35 heures.

En l'absence de réduction effective du temps de travail, cet accord ne prévoit ni le paiement d'une indemnité différentielle (arrêt n° 1), ni que les rémunérations minimales conventionnelles des médecins du travail, définies sur la base de 39 heures à la date de conclusion de l'accord, s'appliquent à une durée de travail de 35 heures, dès son entrée en vigueur (arrêt n° 2).

Arrêt n° 1 :

Soc. - 13 décembre 2006.
Rejet

N° 05-40.671. - C.P.H. Besançon, 15 novembre 2004.

M. Sargos, Pt. - Mme Leprieur, Rap. - M. Mathon, Av. Gén.
- SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Arrêt n° 2 :

Soc. - 13 décembre 2006.
Cassation partielle sans renvoi

N° 05-43.617, 05-43.651 et 05-43.664. - C.A. Bordeaux, 23 mai 2005.

M. Sargos, Pt. - Mme Leprieur, Rap. - M. Mathon, Av. Gén.
- SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Monod et Colin, Av.

Communiqué

Les pourvois soumis à la chambre sociale concernaient des salariés employés en qualité de médecins du travail par deux associations différentes, lesquels, après l'entrée en vigueur de l'accord-cadre du 24 janvier 2002 sur l'organisation et la durée du travail effectif intervenu dans le cadre de la convention collective du personnel des services interentreprises de médecine du travail du 20 juillet 1976, avaient continué à travailler trente-neuf heures par semaine, les heures effectuées au-delà de la trente-cinquième heure étant rémunérées à titre d'heures supplémentaires, avec bonification.

Ces salariés, soutenant que l'accord-cadre avait un caractère impératif en ce qu'il imposait que la durée du travail effectif soit fixée à trente-cinq heures à compter de son entrée en vigueur et se prévalant de ses dispositions relatives au maintien des rémunérations, avaient sollicité, pour les uns, le paiement d'une indemnité différentielle correspondant à la différence entre le salaire de base réel afférent à trente-neuf heures et celui correspondant à trente-cinq heures et, pour les autres, un rappel de salaires correspondant au maintien de la rémunération minimale conventionnelle afférente à trente-neuf heures pour trente-cinq heures de travail effectif.

Les questions posées par les pourvois étaient les suivantes :

L'accord-cadre du 24 janvier 2002 sur l'organisation et la durée du travail effectif dans les services interentreprises de médecine du travail a-t-il un caractère impératif, c'est-à-dire impose-t-il la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à trente-cinq heures dès son entrée en vigueur ?

L'accord prévoit-il le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail afin de maintenir le salaire de base réel afférent à trente-neuf heures pour trente-cinq heures de travail ou, à tout le moins, que la rémunération minimale conventionnelle afférente à trente-neuf heures sera due pour trente-cinq heures de travail ?

La chambre sociale, interprétant l'accord dont il s'agit, répond par la négative à chacune de ces questions. Elle énonce que l'accord-cadre du 24 janvier 2002 n'impose pas la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à trente-cinq heures. Elle juge en outre que si l'accord prévoit bien une « garantie de salaire minimale mensuelle » (article 10.2 de l'accord) ayant pour objet le maintien du salaire base trente-neuf heures, cette garantie porte d'une part, non sur le salaire réel mais sur les rémunérations et appointements minimaux mensuels fixés par la convention collective et d'autre part, ne s'applique qu'en cas de réduction effective du temps de travail en dessous de trente-neuf heures. Il ne s'agit donc pas d'un dispositif général de maintien du salaire afférent à trente-neuf heures lors de la réduction du temps de travail mais d'un mécanisme comparable à celui institué par la loi du 19 janvier 2000 pour les salariés payés au SMIC et destiné à ce que la réduction du temps de travail ne s'accompagne pas d'une baisse proportionnelle de la rémunération des salariés payés juste au niveau des minima conventionnels.

80
•
La chambre sociale censure en conséquence les juges du fond saisis qui, pour condamner l'une des associations au paiement d'une indemnité différentielle, avaient fait application de la solution dégagée par les arrêts du 4 juin 2002 concernant l'accord-cadre du 12 mars 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans les établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées relevant de la convention collective du 15 mars 1966 (*Bull.* 2002, V, n° 193 et 194) ainsi que l'accord-cadre du 9 mars 1999 relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail dans les centres d'hébergement et de réadaptation sociale et secteur insertion (pourvoi n° 01-01.215) : *en l'état d'un accord collectif fixant la durée du travail à trente-cinq heures et prévoyant le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail pour maintenir le salaire à son niveau antérieur, les salariés qui ont continué à travailler pendant trente-neuf heures par semaine, ont droit à cette indemnité et au paiement des heures accomplies au-delà de trente-cinq heures majorées de la bonification alors applicable.*

En l'espèce, l'accord n'ayant pas de caractère impératif et ne prévoyant pas le paiement d'une indemnité différentielle destinée à maintenir le salaire réel afférent à trente-neuf heures pour trente-cinq heures de travail, cette jurisprudence était inapplicable.

La chambre approuve en revanche les juges du fond qui avaient rejeté les demandes des autres salariés en paiement d'un rappel de salaires correspondant au maintien de la rémunération minimale conventionnelle, au motif que la garantie n'était due qu'en cas de réduction effective du temps de travail.

N° 739

Travail réglementation

Durée du travail. - Réduction. - Accord collectif. - Contenu. - Effets. - Allègement de cotisations sociales. - Bénéfice. - Condition.

Ayant relevé que l'accord pour la réduction et l'aménagement du temps de travail d'une entreprise, qui avait sollicité un allègement des cotisations sociales sur le fondement du XV de l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000 (Aubry II), ne prévoyait le maintien du salaire antérieur que si les salariés acceptaient de faire deux heures supplémentaires et qu'il était établi que les heures supplémentaires de transition étaient systématiquement effectuées par tous les salariés, une cour d'appel en déduit à bon droit que le travail avait été organisé sur la base d'une durée collective volontairement supérieure aux limites fixées par le texte précité et qu'était dès lors justifiée, pour fausse déclaration tendant à en obtenir le bénéfice, la suppression de l'allègement et le reversement de son montant.

Soc. - 13 décembre 2006.

Rejet

N° 05-11.969. - C.A. Besançon, 17 décembre 2004.

M. Sargos, Pt. - M. Barthélemy, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Gatineau, M^e Luc-Thaler, Av.

N° 740

Travail réglementation

Durée du travail. - Réduction. - Forfait en jours. - Mise en œuvre. - Conditions. - Détermination.

Selon l'article L. 212-15-3 III du code du travail relatif aux conventions de forfait en jours sur l'année pour les cadres dits « autonomes », la convention ou l'accord détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte ainsi que les modalités concrètes d'application des dispositions concernant les repos quotidiens et hebdomadaires. Il résulte de ces dispositions et de celles de l'article L. 212-15-3 I du même code que lesdites modalités ne peuvent être prévues que par convention ou accord collectif.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui déboute un salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires au motif que son contrat de travail prévoyait une convention de forfait en jours, alors que l'avenant à la convention collective applicable ne prévoyait pas les modalités de contrôle, de suivi et d'application des conventions de forfait en jours et que ces modalités avaient été précisées unilatéralement par l'employeur.

Soc. - 13 décembre 2006.

Cassation partielle

N° 05-14.685. - C.A. Versailles, 10 mars 2005.

M. Sargos, Pt. - Mme Leprieur, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - M^e Haas, Av.

N° 741

Travail réglementation

Repos et congés. - Congés payés. - Durée. - Fermeture de l'entreprise excédant la durée des congés légaux annuels. - Indemnité prévue à l'article L. 223-15 du code du travail. - Montant. - Détermination.

Il résulte de l'article L. 223-15 du code du travail que lorsque le maintien en activité d'un établissement n'est pas assuré pendant un nombre de jours dépassant la durée fixée pour la durée des congés légaux annuels, l'employeur est tenu, pour chacun des jours ouvrables de fermeture excédant cette durée, de verser à son personnel une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité journalière de congés payés et que cette indemnité n'est pas cumulable avec l'indemnité de congés payés.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui alloue à un salarié des rappels de salaire et de congés payés pour des périodes non

travaillées au motif qu'il importait peu qu'il ait reçu une indemnité de congés payés incluse dans la rémunération mensuellement payée alors qu'il résultait de ses constatations que les périodes non travaillées correspondaient à des périodes de fermeture de l'association au-delà de la durée légale des congés payés.

Soc. - 13 décembre 2006.
Cassation partielle

N° 04-46.935. - C.A. Orléans, 1^{er} juillet 2004.

M. Sargos, Pt. - Mme Bouvier, Rap. - M. Mathon, Av. Gén.
- SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Le Bret-Desaché, Av.

N° 742

Vente

Vente en soldes. - Vente en dehors des périodes autorisées. - Eléments constitutifs. - Publicité. - Vente

tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock. - Constatations suffisantes.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable du délit de vente en soldes en dehors des périodes autorisées, prévu par l'article L. 310-3 du code de commerce, énonce que ces ventes, annoncées par des publicités mentionnant des slogans tels que « tout doit disparaître », « prix sacrifiés », « dépêchez-vous », étaient présentées comme ayant pour finalité l'écoulement accéléré du stock de marchandises, notamment saisonnières, avant le lancement d'un nouveau catalogue.

Crim. - 5 décembre 2006.
Rejet

N° 05-87.386. - C.A. Douai, 10 novembre 2005.

M. Cotte, Pt. - M. Chaumont, Rap. - M. Launay, Av. Gén. - SCP Gatineau, SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, Av.

Cours et tribunaux

Les décisions des juges de première instance ou d'appel publiées dans le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* sont choisies en fonction de critères correspondant à l'interprétation de lois nouvelles ou à des cas d'espèce peu fréquents ou répondant à des problèmes d'actualité. Leur publication n'engage pas la doctrine des chambres de la Cour de cassation.

Dans toute la mesure du possible - lorsque la Cour s'est prononcée sur une question qui se rapproche de la décision publiée - des références correspondant à cette jurisprudence sont indiquées sous cette décision avec la mention « à rapprocher », « dans le même sens que », « à comparer » ou « en sens contraire ».

Enfin, les décisions présentées ci-dessous, seront, lorsque les circonstances le permettent, regroupées sous un même thème, visant à mettre en valeur l'état de la jurisprudence des juges du fond - ou d'une juridiction donnée - sur une problématique juridique précisément identifiée.

Jurisprudence des cours d'appel relative à la construction immobilière

N° 743

Architecte entrepreneur

Contrôleur technique. - Obligations - Etendue - Détermination.

En application de l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation, le contrôleur technique a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages. Il donne son avis au maître de l'ouvrage et n'est tenu qu'à des obligations de moyens.

S'il est donc amené, dans le cadre de sa mission, à se rendre sur le chantier pour vérifier la bonne exécution des travaux en cours et à assister aux réunions de chantier, il n'a pas d'obligations de présence permanente et de vérification continue de la qualité et de la conformité des travaux en cours d'exécution.

En conséquence, le contrôleur technique qui, d'une part, a mis en garde le maître de l'ouvrage sur les risques de tassement du dallage en béton devant être réalisé, sollicité une nouvelle étude du sol, confirmé les recommandations de la société spécialisée désignée à cet effet puis avisé le maître de l'ouvrage des précautions supplémentaires à prendre et, d'autre part, s'est rendu six fois sur le chantier, n'a ni manqué à son obligation de conseil ni commis de faute et ce d'autant que les désordres, consistant en une instabilité de la dalle en béton sous une charge normale, résultent de la seule non-conformité du sous-sol mis en place sous cette dalle, faute pour le constructeur d'avoir respecté les préconisations de la société spécialisée, les règles de l'art et les prescriptions contractuelles, le contrôleur technique n'ayant pas l'obligation de contrôler en temps réel et en permanence la mise en place des matériaux composant ce sous-sol.

C.A. Douai (2^e ch., sect. 1), 16 novembre 2006 - R.G. n° 06/03454.

Mme Geerssen, Pte - MM. Zanatta et Deleneuve, Conseillers.
07-66.

N° 744

Construction immobilière

Immeuble à construire. - Vente. - Contrat préliminaire - Définition.

Le contrat préliminaire de réservation d'un immeuble à construire visé par l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation est un contrat *sui generis* qui ne s'analyse pas en une promesse de vente acceptée et ne fait pas naître pour le réservant l'obligation de vendre le bien au réservataire, mais seulement celle de le lui réserver et de ne pas le céder à un tiers.

En conséquence le non-respect de cette obligation, s'il est reconnu fautif, ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages-intérêts et non à l'exécution forcée de la vente.

En revanche, lorsque les termes du contrat traduisent de la part du réservant l'engagement ferme de vendre un bien déterminé à un prix déterminé et confèrent au réservataire la faculté de l'acquérir, le contrat doit être qualifié de promesse unilatérale de vente obligeant le réservant à vendre le bien si le réservataire le veut.

Tel n'est pas le cas du contrat préliminaire de réservation qui se limite, pour décrire la consistance de l'immeuble, la qualité de la construction, la consistance et la situation des locaux réservés, à des indications essentielles figurant dans une « note sommaire jointe », intitulée « conditions particulières », ces quelques renseignements, bien qu'ils satisfassent aux exigences de l'article précité, étant trop succincts pour permettre une rencontre des volontés, un accord non équivoque, sur la chose et sur le prix, de nature à former valablement un contrat de vente immobilière, le prix n'étant, de surcroît, ferme et définitif qu'en cas de signature de l'acte quinze jours après réservation.

C.A. Montpellier (1^{re} ch., sect. A2), 3 octobre 2006 - R.G. n° 06/01080.

M. Toulza, Pt. - MM. Magne et Andrieux, Conseillers.
07-68.

N° 745

Construction immobilière

Maison individuelle. - Contrat de construction. - Construction avec fourniture de plan - Énonciations relatives à la consistance et aux caractéristiques techniques du bâtiment à construire - Définition.

En application de l'article L. 231-2 c du code de la construction et de l'habitation, le contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture de plan doit énoncer la consistance et les caractéristiques techniques du bâtiment à construire comportant tous les travaux d'adaptation au sol, les raccordements aux réseaux divers et tous les travaux d'équipement intérieur ou extérieur indispensables à l'implantation et à l'utilisation de l'immeuble.

Ainsi, les travaux concernant l'évacuation des eaux pluviales, travaux qui relèvent de l'assainissement de la construction, indispensables à l'utilisation de celle-ci, entrent bien dans le champ d'application de cet article.

Dès lors, le contrat qui mentionne expressément que ne sont pas compris dans le prix de construction les travaux d'évacuation des eaux pluviales méconnaît, à défaut de clause manuscrite spécifique par laquelle le maître de l'ouvrage aurait accepté le coût et la charge de ces travaux, les dispositions d'ordre public du texte précité et le constructeur doit être condamné à en supporter le coût, présumé compris dans le prix forfaitaire convenu.

C.A. Versailles (4^e ch.), 23 octobre 2006 - R.G. n° 05/03107.

Mme Brégeon, Pte - Mmes Masson-Daum et Lonne, Conseillères.

07-67.

Jurisprudence des cours d'appel relative à la concurrence

N° 746

Concurrence

Transparences et pratiques restrictives - Ruptures brutales des relations commerciales - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Relations commerciales internationales soumises à la Convention de Vienne de 1980.

L'article L. 442-6 du code de commerce, qui impose de ne pas rompre brutalement des relations commerciales établies, ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales composées d'une série de ventes particulières, entre une société française et une société de droit allemand, soumises à la Convention de Vienne de 1980 sur les ventes internationales. Il n'est donc pas possible d'incriminer, sur le fondement du texte susvisé, la brusque rupture des relations commerciales imputée par la société française à son fournisseur allemand.

C.A. Colmar (1^{er} ch., sect. B), 6 décembre 2006 - R.G. n° 04/04447.

M. Litique, Pt. - MM. Cuenot et Allard, Conseillers.

07-60.

N° 747

Concurrence

Transparences et pratiques restrictives - Ruptures brutales des relations commerciales - Exclusion - cas - Détermination.

Selon l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel, de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords inter-professionnels.

N'est, toutefois, pas fondé à imputer à son client la rupture brutale de leur relation commerciale et à lui en demander réparation, le grossiste en fruits et légumes qui, tout en étant resté référencé chez le client, n'a plus été à même, en raison du départ de ses deux agents commerciaux et de la réorganisation complète qu'il a engagée au sein de sa société, de formuler ses offres au client au jour le jour, comme convenu entre eux et comme l'exige la nature spécifique de ce commerce saisonnier de produits frais, cette absence d'offres ayant naturellement entraîné le tarissement de la relation.

C.A. Versailles (12^e ch. B), 12 octobre 2006 - R.G. n° 05/04598.

Mme Laporte, Pte - MM. Fedou et Coupin, Conseillers.

07-61.

N° 748

Concurrence déloyale ou illicite

Concurrence déloyale - Faute - Exclusion - Cas - Détermination.

Ne constitue pas un acte de concurrence déloyale le fait pour un fournisseur d'établir à l'adresse d'un client un tableau comparatif non objectif entre deux produits dès lors que celui-ci n'est pas destiné à être diffusé et que le client conserve la possibilité d'interroger le deuxième fournisseur potentiel.

Dès lors, n'excède pas ce qui peut être admis dans le cadre d'une politique commerciale active, le comportement conduisant à développer une argumentation même tendancieuse sur la base d'informations techniques que tout client professionnel normalement avisé s'attache à vérifier.

C.A. Lyon (3^e ch.), 30 novembre 2006 - R.G. n° 05/07744.

M. Robert, Pt. - M. Santelli et Mme Clozel-Truche, Conseillers.

07-59.

Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon sur les obligations de l'employeur en matière d'accidents du travail

N° 749

Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Inaptitude au travail. - Obligation de reclassement. - Conclusions du médecin du travail - Propositions de mesures individuelles - Défaut - Portée.

Le fait pour le médecin du travail de s'être abstenu de faire des propositions de reclassement ne dispense pas l'employeur de satisfaire à son obligation de proposer un autre emploi au salarié en sollicitant les conclusions écrites du médecin du travail sur ce poste ou de consulter ce même médecin sur l'impossibilité d'aménagement des postes existants pour les rendre compatibles avec l'aptitude du salarié.

C.A. Lyon (ch. soc.), 10 février 2006. - R.G. n° 05/02936.

Mme Panthou-Renard, Pte - Mme Devalette et M. Cathelin, Conseillers.

07-56.

N° 750

Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Inaptitude au travail. - Obligation de reclassement. - Proposition d'un emploi adapté. - Refus du salarié. - Obligation de l'employeur. - Etendue.

Il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir satisfait aux obligations de l'article L. 122-32-5 du code du travail dès lors qu'il a proposé au salarié un poste conforme aux conclusions du médecin du travail que ce dernier a refusé pour des motifs de convenance personnelle, l'employeur n'étant pas tenu de poursuivre ses recherches jusqu'à ce qu'un poste reçoive l'agrément du salarié.

C.A. Lyon (ch. soc.), 28 février 2006 - R.G. n° 04/05479.

M. Joly, Pt. - M. Defrasne et Mme Lefebvre, Conseillers.

07-58.

N° 751

Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Suspension du contrat. - Terme - Détermination.

La suspension du contrat de travail d'un salarié en arrêt de travail à la suite d'un accident du travail ne prend fin que par la visite de reprise du travail par le médecin du travail, cette suspension étant maintenue en l'absence d'une telle visite.

Dès lors, en application de l'article L. 122-32-2 du code du travail, au cours de cette période de suspension, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail du salarié pour cause réelle et sérieuse dès lors qu'il sait, au moment du licenciement, qu'une procédure a été engagée pour faire reconnaître le caractère professionnel de l'accident.

C.A. Lyon (ch. soc.), 22 février 2006 - R.G. n° 04/07077.

M. Vouaux-Massel, Pt. - M. Gervesie et Mme Vilde, Conseillers.

07-57.

Autre jurisprudence des cours d'appel

N° 752

Filiation

Filiation naturelle - Reconnaissance - Contestation - Caractère mensonger - Preuve.

La reconnaissance d'un enfant naturel est présumée être l'expression de la vérité et il incombe à celui qui la conteste d'apporter la preuve de son caractère mensonger.

C.A. Agen (1^{re} ch.), 15 novembre 2005 - R.G. n° 04/01026.

Mme Latrabe, Pte (f.f.) - Mme Auber et M. Combes, Conseillers.

07-64.

N° 753

Procédure civile

Notification - Signification - Procès-verbal de recherches - Validité - Constatations nécessaires.

Une enquête de voisinage non suivie de démarches complémentaires auprès de la poste, de la mairie, du commissariat, ou de tout autre moyen de rechercher l'adresse d'une personne, ne suffit pas à démontrer que l'huissier a accompli les diligences suffisantes en vue de rechercher le destinataire de son acte avant d'établir le procès-verbal de recherches prévu par l'article 659 du nouveau code de procédure civile.

L'irrégularité cause un grief au destinataire de l'acte dès lors qu'elle l'empêche d'exercer normalement les droits de la défense, de bénéficier d'un accès effectif au tribunal et des garanties d'un procès équitable.

C.A. Angers (1^{re} ch. A), 28 février 2006 - R.G. n° 05/00240.

Mme Chauvel, Pte (f.f.) - Mmes Block et Verdun, Conseillères.

07-65.

Doctrines

I. - DROIT CIVIL

1. Contrats et obligations

Cautionnement

- Jacques Mestre et Bertrand Fages, observations sous 1^{re} Civ., 7 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 132, p. 123, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 762.

Extinction - Révocation - Clause de révocation unilatérale subordonnée au consentement du créancier - Nullité - Portée.

Contrats et obligations conventionnelles

- Jacques Mestre et Bertrand Fages, observations sous 3^e Civ., 22 février 2006, *Bull.* 2006, III, n° 46, p. 37, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 764.

Exécution - Empêchement - Cause - Force majeure - Effets - Suspension de l'obligation - Durée - Détermination.

VENTE

- Jacques Mestre et Bertrand Fages, observations sous Com., 28 février 2006, non publié au *Bull.*, pourvoi n° 04-14.719 ; Com., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 79, p. 79 et 3^e Civ., 28 juin 2006, *Bull.* 2006, III, n° 166, p. 137, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 755-757.

Promesse de vente - Promesse avec clause de substitution - Effet.

2. Responsabilité contractuelle et délictuelle

Accident de la circulation

- Patrice Jourdain, observations sous 2^e Civ., 13 juillet 2006, *Bull.* 2006, II, n° 198, p. 190 et n° 199, p. 191, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 780-781.

Véhicule à moteur - Implication - Implication du seul véhicule de la victime - Gardien du véhicule - Indemnisation - Tiers conducteur du véhicule - Défaut - Portée.

Officiers publics et ministériels

- Jean Hauser, observations sous 1^{re} Civ., 4 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 341, p. 294, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 745-746.

Notaire - Responsabilité - Etablissement d'un état liquidatif - Obligation - Etendue - Limites - Détermination.

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

- Patrice Jourdain, observations sous 3^e Civ., 28 juin 2006, *Bull.* 2006, III, n° 164, p. 136, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 770-773.

Domage - Préjudice certain - Perte d'une chance - Pourparlers précontractuels - Gains espérés par la conclusion du contrat (non).

- Patrice Jourdain, observations sous Ass. plén., 14 avril 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 5, p. 9 et n° 6, p. 12, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 775-778.

Exonération - Cas - Force majeure - Critères - Irrésistibilité de l'événement - Caractérisation - Applications diverses - Action volontaire de la victime à l'origine de son dommage.

Santé publique

- Patrice Jourdain, observations sous 1^{re} Civ., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 363, p. 311, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 783-785.

Transfusion sanguine - Produits sanguins défectueux - Contamination - Dommage - Réparation - Pluralité de responsables - Action récursoire d'un coobligé - Fondement - Détermination.

3. Copropriété

Copropriété

- Jean-Pierre Marguénaud, observations sous 3^e Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, III, n° 73, p. 61 et 3^e Civ., 8 juin 2006, *Bull.* 2006, III, n° 140, p. 115, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 722-725.

Syndic - Action en justice - Autorisation du syndicat - Autorisation d'engager une procédure en vue de l'enlèvement d'une cabane édifée sur un balcon à l'occasion d'une fête religieuse portant atteinte à la destination d'un immeuble - Portée.

4. Droit de la famille

Communauté entre époux

- Gérard Champenois, observations sous Ch. mixte, 2 décembre 2005, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 7, p. 17, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006, n° 20, article 38469, p. 1600-1607.

Passif - Dette contractée par l'un des époux - Consentement exprès du conjoint - Nécessité - Cas - Exclusion - Nantissement de biens communs en garantie de la dette d'autrui.

Concubinage

- Jean Hauser, observations sous 1^{re} Civ., 20 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 312, p. 270, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-novembre 2006, n° 4, p. 740-741.

Effets - Contribution aux charges de la vie commune - Convention - Validité - Conditions - Non-contrariété à l'ordre public - Caractérisation - Défaut - Cas.

Filiation

- Bernard Vareille, observations sous 1^{re} Civ., 7 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 295, p. 257, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006, n° 20, article 38467, p. 1578-1585.

Filiation adoptive - Adoption simple - Effets - Droits successoraux de l'adopté dans la famille de l'adoptant - Etendue - Portée.

Majeur protégé

- Jean Hauser, observations sous 1^{re} Civ., 4 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 348, p. 299, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 739.

Tutelle - Fonctionnement - Faute - Appréciation - Critères - Détermination.

Nom

- Jean Hauser, observations sous 1^{re} Civ., 11 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 388, p. 333, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 736.

Nom patronymique - Nom de l'enfant naturel - Changement de nom - Demande - Appréciation - Eléments pris en considération - Détermination.

Régimes matrimoniaux

- Gérard Champenois, observations sous 1^{re} Civ., 31 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 48, p. 49, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006, n° 20, article 38469, p. 1607-1611.

Immutabilité des conventions matrimoniales - Atteinte - Cas - Convention modifiant la répartition entre les biens propres les biens communs sans intervention judiciaire.

Succession

- Jean Hauser, observations sous 1^{re} Civ., 7 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 297, p. 259, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 749-750.

Enfant adultérin - Droits successoraux - Loi du 3 décembre 2001 - Application dans le temps.

5. Propriété littéraire et artistique

Propriété littéraire et artistique

- Tristan Azzi, observations sous 1^{re} Civ., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 462, p. 398, in *La semaine juridique, édition générale*, 10 janvier 2007, n° 1/2, p. 29-32.

Droits d'auteur - Droits moraux - Droit au respect de l'oeuvre - Atteinte - Caractérisation - Cas - Altération de l'oeuvre - Portée.

II. - PROCÉDURE CIVILE

Procédures civiles d'exécution

- Jean Hauser, observations sous 2^e Civ., 14 septembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 229, p. 215, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 743-744.

Mesures d'exécution forcée - Saisie-attribution - Acte de saisie - Mentions - Titre exécutoire - Définition - Arrêt d'appel rendu en matière de divorce.

III. - DROIT DES AFFAIRES

1. Contrats commerciaux

Transaction

- Jacques Mestre et Bertrand Fages, observations sous Com., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 85, p. 83, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 766-767.

Effets - Effets à l'égard des tiers - Etendue - Opposabilité au créancier commun de la transaction conclue avec un débiteur par son codébiteur solidaire - Conditions - Détermination.

2. Banque

Banque

- Pauline Rémy-Corlay, observations sous Com., 20 juin 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 144, p. 153, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 733-734.

Crédit documentaire - Obligations du banquier - Vérification de la régularité des documents - Avis au donneur d'ordre - Renonciation du donneur d'ordre aux irrégularités ou non-conformités - Portée sur les prérogatives de la banque émettrice.

3. Droit des sociétés

Société (règles générales)

- Jacques Mestre et Bertrand Fages, observations sous Com., 7 juin 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 140, p. 149, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 764-765.

Dissolution - Liquidation - Exclusion - Cas - Transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique - Limites - Contrats conclus en considération de la personne de la société - Portée.

4. Droit des transports

Transports terrestres

- Patrice Jourdain, observations sous Com., 30 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 132, p. 134 ; Com., 13 juin 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 143, p. 152 et 1^{re} Civ., 4 avril 2006, non publié au *Bull.*, pourvoi n° 04-11.848, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 773-775.

Marchandises - Responsabilité - Clause limitative - Opposabilité - Exclusion - Cas - Faute lourde - Caractérisation - Défaut - Applications diverses - Manquement à une obligation contractuelle essentielle.

- Matthieu Poumarède, observations sous Com., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 220, p. 245, in *La semaine juridique, édition générale*, 10 janvier 2007, n° 1/2, p. 37-40.

Marchandises - Responsabilité - Perte ou avarie - Action en responsabilité - Extinction - Domaine d'application - Dommage non apparent lors de la réception.

5. Procédures collectives

Entreprise en difficulté

- Haritini Matsopoulou, « Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer », in *Le Dalloz*, 11 janvier 2007, n° 2, p. 104-110.

IV. - DROIT SOCIAL

Travail

Contrat de travail, exécution

- Jacques Mestre et Bernard Fages, observations sous Soc., 7 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 356, p. 315, in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 765-766.

Employeur - Pouvoir de direction - Engagement unilatéral - Transmission - Cas - Transfert d'une entité économique.

Syndicat professionnel

- Jean Mouly, observations sous 2^e Civ., 26 octobre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 299, p. 275, in *La semaine juridique, édition générale*, 10 janvier 2007, n° 1/2, p. 40-42.

Responsabilité civile - Responsabilité du fait d'autrui - Domaine d'application - Exclusion - Adhérents du syndicat - Activité au cours de mouvements ou manifestations.

V. - DROIT PÉNAL

Accident de la circulation

- Pierre Jourdain, observations sous Crim., 27 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 196, p. 697 (3 arrêts), in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2006, n° 4, p. 781-783.

Indemnisation - Exclusion ou limitation - Conducteur - Faute
- Comportement de l'autre conducteur - Comportement fautif
- Appréciation surabondante.

VI. - DROIT PUBLIC ET SÉPARATION DES POUVOIRS

- Michel Verpeaux, « La décision du Conseil constitutionnel ou la défense désespérée de la langue française » au sujet de :

Conseil constitutionnel, 28 septembre 2006 n° 2006-541DC, in *Le Dalloz*, 11 janvier 2007, n° 2, p. 120-124.

VII. - DROITS INTERNATIONAL ET EUROPÉEN - DROIT COMPARÉ

- Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Droits européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », in *Le Dalloz*, 11 janvier 2007, n° 2, p. 96-103.

VIII. - ÉTUDES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

- Philippe Malaurie, « La révolution des sources », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006, n° 20, article 38465, p. 1552-1560.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin des arrêts des chambres civiles, pour une durée d'un an
(référence d'édition 25) : **220,60 €²**
- Au bulletin des arrêts de la chambre criminelle, pour une durée d'un an
(référence d'édition 29) : **152,10 €²**
- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **91,80 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **15,00 €²**
- A l'index annuel des arrêts civils, pour une durée d'un an
(référence d'édition 81) : **19,00 €²**
- A la table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an
(référence d'édition 87) : **14,90 €²**
- Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an
(référence d'édition 37) : **381,60 €²**
- Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + bulletin d'information + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an
(référence d'édition 49) : **470,40 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-R.O.M.-C.O.M. et Nouvelle-Calédonie uniquement par avion : tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Nom :

Prénom :

N° d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) :

N° de payeur :

Adresse :

Code postal :

Localité :

Date : .. Signature :

Ci-joint mon règlement par chèque bancaire ou postal, à l'ordre de la Direction des Journaux officiels.

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2006, frais de port inclus.

191076580-000307

Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue
Desaix, 75727 Paris Cedex 15 N° D'ISSN :
0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le conseiller à
la Cour de cassation, directeur du service de
documentation et d'études : Alain LACABARATS

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le bulletin d'information peut être consulté sur le
site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction Artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



**Direction
des Journaux
officiels**

26, rue Desaix
75727 Paris
cedex 15

renseignements :
01 40 58 79 79

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :

par courrier

par télécopie :

01 45 79 17 84

sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr

Prix : 5,20 €
ISSN 0750-3865