

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 719



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} avril
2010*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

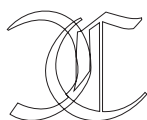
www.courdecassation.fr

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 arrêt du 28 octobre dernier, la troisième chambre civile a jugé (*infra*, n° 407) que « *Le défaut de précision de la date d'effet du bail n'empêche pas la formation du contrat de bail* ». A ce sujet, Jean-Jacques Barbiéri (*Revue de droit rural*, janvier 2010, p. 25-26) note que « *la troisième chambre civile met en pleine lumière le principe du consensualisme, en soulignant que la date de la prise d'effet du contrat ne figure pas parmi les éléments essentiels sur lesquels la rencontre des consentements doit intervenir dans le processus de formation du bail* », tandis que le commentaire paru dans la revue *Droit et procédures* (janvier 2010, Chronique de droit des baux immobiliers, p. 2-3) précise que « *la durée de la jouissance est un élément essentiel du contrat de bail en ce que si l'utilisateur du bien ne peut pas compter sur un délai sûr (...) il n'y a pas bail, mais convention d'occupation précaire. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'accord des parties doit se faire sur la durée de la jouissance* ».

Jurisprudence



Le 29 octobre (*infra*, n° 472), la chambre commerciale a quant à elle cassé l'arrêt d'appel écartant la compétence du tribunal de commerce aux motifs que « *bien qu'il soit soutenu que des dirigeants sociaux auraient commis, à l'occasion de leur gestion, des fautes les rendant justiciables du tribunal de commerce, ces sociétés n'ont pas été appelées devant cette juridiction* », ce qui « *ne pouvait avoir pour effet de soustraire ces dirigeants à la compétence de la juridiction consulaire* », et retenant que « *rien ne permet d'établir l'intervention de deux personnes physiques en qualité de commerçants, dans leurs rapports avec une société, ou leur intervention en qualité de dirigeants d'une autre société, lors de la souscription ou de l'exécution du cautionnement litigieux, sans rechercher si les faits allégués ne se rattachaient pas par un lien direct à la gestion de sociétés commerciales, peu important que ces personnes physiques n'aient pas eu la qualité de commerçant, non plus que celle de dirigeant de droit de ces sociétés* ».

Doctrine



Commentant cette décision, à rapprocher d'un arrêt du 27 octobre 2009 (*infra*, n° 471), Didier Poracchia et Laure Merland (*Revue Lamy droit des affaires*, décembre 2009, p. 10 et s.) notent que « la compétence du tribunal de commerce ne saurait être subordonnée aux qualités de commerçants et de dirigeants de droit des défendeurs, mais bien à l'existence d'un lien direct des faits allégués à la gestion de sociétés commerciales », et que si ce tribunal « est compétent chaque fois que la contestation concerne un fait se rattachant par un lien direct à la gestion commerciale, il faut conclure à sa compétence chaque fois qu'est en cause un acte pris dans le cadre de l'objet social dès lors qu'il est en lien direct avec la gestion de ladite société, et ce, peu important l'auteur de l'acte », y compris si « les faits en cause constituent des délits, dès lors qu'ils se rattachent par un lien direct à la gestion d'une société commerciale ».

Sur cette question, la chambre criminelle (*infra*, n° 464) a jugé, le 20 octobre, que « La compétence de la juridiction administrative pour statuer sur l'action en réparation des conséquences dommageables d'un accident de service n'est pas exclusive de celle des tribunaux répressifs », approuvant « la juridiction correctionnelle qui, dans les poursuites exercées du chef d'homicide involontaire contre le dirigeant d'une entreprise privée au sein de laquelle la victime, militaire de carrière, effectuait un stage de reconversion, retient sa compétence pour statuer, en application du droit commun de la responsabilité civile, sur la réparation du préjudice des ayants droit du défunt ». Enfin, le lecteur trouvera, en rubrique « Communications », deux textes relatifs au « manque de base légale », issus d'une conférence donnée le 3 décembre dernier à la Cour de cassation, dans le cadre du cycle « Droit et technique de cassation 2009 » (v. également, sur ce point, le *Bicc* n° 702, du 15 mai 2009).

Table des matières

Communications

Cycle : droit et technique de cassation 2009

	Pages
Le manque de base légale, par M. Ancel, président de chambre honoraire à la Cour de cassation	6
Le manque de base légale, par Me Foussard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation	11

Jurisprudence

Tribunal des conflits	Numéros
Séparation des pouvoirs	393 à 396

Cour de cassation (*)

TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Accident de la circulation	461
Aliments	432
Appel civil	397-402
Appel correctionnel ou de police	433-437
Architecte entrepreneur	398-399
Assurance (règles générales)	400
Assurance de personnes	401
Autorité parentale	402
Bail commercial	403 à 405
Bail d'habitation	406
Bail rural	407-408
Banque	409
Bornage	410
Cession de créance	411
Circulation routière	412
Communauté européenne	413

Concurrence déloyale ou illicite	414
Conflit collectif du travail	415
Contrat d'entreprise	416
Contrat de travail, exécution	417 à 419
Contrat de travail, rupture	420 à 422
Copropriété	423-424
Cour d'assises	425
Divorce, séparation de corps	426-427
Douanes	428
Elections professionnelles	429
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	430
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	431
Exécution provisoire	432
Exploit	433
Garde à vue	434
Impôts et taxes	435 à 437
Informatique	438
Interprète	439
Juridictions de l'application des peines	440
Location-vente	441
Lois et règlements	433
Mesures d'instruction	442
Outre-mer	443
Peines	444
Pouvoirs des juges	445

* 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.

Prescription civile	446
Procédure civile	447 à 450
Procédures civiles d'exécution	451-452
Propriété	453
Protection des droits de la personne	454
Représentation des salariés	455-456
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	457
Sécurité sociale, accident du travail	458 à 461-462
Sécurité sociale, assurances sociales	462
Sécurité sociale, régimes complémentaires	463
Séparation des pouvoirs	464
Société commerciale (règles générales)	465
Statut collectif du travail	466-468

Transports aériens	467
Travail réglementation, durée du travail	468-469
Travail réglementation, rémunération	470
Tribunal de commerce	471-472
Urbanisme	473

Cours et tribunaux

Jurisprudence des cours d'appel en matière de vente	
Vente	474 à 479
Jurisprudence de la cour d'appel de Limoges relative à la saisie immobilière	
Saisie immobilière	480-481
Autre jurisprudence des cours d'appel	
Mesures d'instruction	482
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	483

Communications

Cycle droit et technique de cassation 2009

Le manque de base légale

par Jean-Pierre Ancel,

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

Communication du 3 décembre 2009

« Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit » (article 604 du code de procédure civile).

Le recours extraordinaire qu'est le pourvoi en cassation est soumis à des cas d'ouverture en nombre limité. La justice est, en effet, rendue souverainement par les juges du fond, qui statuent en fait et en droit.

En ce qui concerne le fond du droit, le cas d'ouverture est la violation de la loi. Les textes anciens parlaient de « *contravention expresse à la loi* ». Pour prononcer une cassation, il fallait constater une violation expresse à un texte ayant valeur de loi. Et la Cour de cassation a décliné les diverses formes de cette contravention à la loi : méconnaissance directe, fausse interprétation, fausse application, refus d'application.

Cependant, cette panoplie de cas de cassation est rapidement apparue insuffisante pour censurer des jugements qui comportaient des motifs, mais des motifs insuffisants pour permettre de vérifier si la loi avait été correctement appliquée par les juges. Au regard du texte applicable - et appliqué -, le jugement apparaît comme insuffisant dans sa motivation ; sa « base légale » est incomplète, voire absente. La Cour de cassation a rapidement admis qu'il y avait là un cas d'ouverture à cassation - et ce, dès le début du XIX^e siècle. Ce cas a pris, au début du XX^e siècle, la dénomination de « manque de base légale ».

Et il a connu un développement important, jusqu'à devenir un cas d'ouverture « fourre-tout », au point que l'on pourrait toujours casser un arrêt pour manque de base légale !

Voyons ce qu'il en est.

Essai d'une définition

En principe, le manque de base légale traduit un défaut de motivation, d'où découle une mauvaise application du droit.

La décision des juges du fond est incomplète au regard du texte appliqué ; elle ne comporte pas tous les éléments qui permettent de mettre en œuvre la règle de droit.

Prenons l'exemple le plus simple : les juges font application de l'article 1382 ; ils retiennent l'existence d'une faute et d'un préjudice, mais ils omettent de caractériser le lien de causalité entre les deux - cependant condition nécessaire de l'application du texte. Leur décision comporte donc un grave défaut, le raisonnement juridique est incomplet, la décision « manque de base légale ».

Il existe donc une parenté évidente entre manque de base légale, d'une part, et défaut de motifs ou violation de la loi, d'autre part. Le manque de base légale serait donc « une sorte de » défaut de motifs, ou de violation de la loi.

Il y a, en fait, une carence dans la motivation, qui conduit à une erreur dans l'application de la règle de droit.

Le manque de base légale se distingue donc nettement du défaut de motifs et de la violation de la loi :

- ce n'est pas un défaut de motifs - qui serait sanctionné comme tel, sans que le fond du droit soit abordé. Il s'agit d'une insuffisance de motifs. Les motifs existent, mais ils ne suffisent pas à démontrer que la règle de droit a été exactement appliquée ;

- ce n'est pas davantage une violation de la loi, à proprement parler, mais l'insuffisance de motifs ne permet pas de dire si la règle de droit a été correctement mise en œuvre.

Si nous reprenons notre exemple, il y a une insuffisance de motifs au regard des conditions légales de la responsabilité civile, qui exigent la réunion des trois éléments ; le juge devait relever un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Il en résulte, non une violation de la loi (article 1382 du code civil) à proprement parler, mais une mauvaise application du texte. Le jugement censuré manque de base légale.

Nous sommes donc en présence, à la fois, d'une défaillance de motivation - s'apparentant au défaut de motifs, vice majeur des jugements - et d'une mise en œuvre incorrecte de la règle de droit - assez proche, il faut le reconnaître, d'une violation de la loi.

Nous pourrions donc conclure de tout cela que le manque de base légale participe de la double nature du défaut de motifs et de la violation de la loi. C'est un défaut de motivation qui entraîne une mauvaise application de la loi. Deux bonnes raisons, donc, de censurer la décision qui contient ce double vice.

Le manque de base légale serait-il, alors, le cas d'ouverture « idéal » du recours en cassation ? Henri Motulsky n'était pas loin de le penser, en qualifiant le manque de base légale de « *pierre de touche de la technique juridique* »¹. Le manque de base légale est alors défini comme « *une faille dans le raisonnement juridique, autrement dit une faute de technique juridique* ».

Du moins le manque de base légale « parfait », le modèle, qui démontre que le juge a omis, dans son application de la règle de droit, un élément essentiel de cette règle : il y a donc une erreur de droit. Mais, le plus souvent, le manque porte sur la constatation des faits ; c'est donc une défaillance de la motivation de fait - et non de droit - qui est sanctionnée. Pour reprendre notre exemple, il fallait que le juge explique pourquoi la faute retenue avait causé le préjudice.

Nous nous trouvons donc à la confluence du fait et du droit. L'exemple montre bien que c'est le fait qui détermine le droit². Le manque de base légale « parfait » recouvre le cas de « *l'insuffisance des constatations de fait au regard de la règle de droit mise en œuvre* » (Ph. Blondel, *op. cit.*)³.

Le juge de cassation va préciser, dans chaque cas, quelles sont les « constatations nécessaires » à la mise en œuvre de la règle de droit considérée (l'on remarquera que, dans le *Bulletin des arrêts* , les « titres » des arrêts de cassation pour manque de base légale se terminent par « Constatations nécessaires » - les arrêts de rejet du même grief se terminant par « Constatations suffisantes »).

Et cette insuffisance de constatations de faits indispensables à la mise en œuvre du droit apparaît bien comme la condition nécessaire du manque de base légale. En effet, si les constatations de fait du juge sont complètes et suffisantes, l'application de la règle étant erronée, le juge de cassation pourra toujours procéder par substitution d'un motif de pur droit au motif de droit erroné du jugement attaqué. Alors que si les constatations de fait sont insuffisantes, le juge de la légalité - tenu par la distinction du fait et du droit - ne pourra pas intervenir.

Mais il reste que, si l'insuffisance de la motivation du juge du fond concerne le fait, l'erreur qui en découle est une erreur de droit, consistant en une mauvaise application de la règle de droit ; le juge a fait application de la responsabilité civile, alors que ses constatations de fait ne le lui permettaient pas.

Le manque de base légale a donc pour effet de censurer une erreur de droit des juges du fond. En cela, ce cas d'ouverture répond parfaitement à la définition de la cassation, en ce qu'il permet de sanctionner « *la non-conformité du jugement à la règle de droit* », selon l'article 604 du code de procédure civile.

Mécanisme du manque de base légale⁴

Deux remarques générales s'imposent ici :

1. Le grief de manque de base légale échappe à l'exception de nouveauté.
2. Le grief ne s'applique pas aux seules qualifications contrôlées par la Cour de cassation.

1. Le moyen n'est pas nouveau

On sait que le moyen, mélangé de fait et de droit, qui n'a pas été proposé aux juges du fond est irrecevable comme « nouveau ». Il s'agit, évidemment, d'une application du principe selon lequel la Cour de cassation ne peut connaître du fait, réservé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le manque de base légale échappe à la nouveauté, du simple fait que ce moyen ressort de la décision attaquée elle-même ; il est révélé par cette décision, il ne peut donc être considéré comme nouveau.

2. Le moyen s'applique hors du domaine des qualifications contrôlées par la Cour de cassation

Il est certain que le domaine des qualifications juridiques contrôlées par la Cour de cassation sera le domaine privilégié du manque de base légale : ainsi de la notion de faute en matière de responsabilité civile.

Mais le contrôle de légalité de la Cour de cassation s'exerce également dans le domaine de l'appréciation souveraine des juges du fond ; la Cour doit vérifier que les juges du fond ont effectivement exercé leur pouvoir souverain d'appréciation sur tel élément d'une définition légale, non contrôlée par la Cour de cassation. Ainsi, si l'erreur substantielle est laissée au pouvoir souverain, la Cour de cassation censure l'arrêt qui a omis de rechercher si, dans une vente d'œuvre d'art, les vendeurs n'avaient pas agi « *dans la conviction erronée* » que l'œuvre n'était pas d'un grand maître (1^{re} Civ., 22 février 1978, *Bull.* 1978, I, n° 74, *D.* 1978, 601, note Malinvaud).

L'appréciation des juges du fond est souveraine, mais la Cour de cassation contrôle qu'elle s'exerce dans le respect de la définition légale.

¹ H. Motulsky, in *Ecrits - Etudes et notes de procédure civile* , Dalloz, 1973, p. 31 et s.

² Cf. sur ce point les pénétrantes analyses de Philippe Blondel in *Mélanges en l'honneur d'André Ponsard* : « Le manque de base légale, son avenir ».

³ Cette définition est reprise par les auteurs : E. Faye, A. Besson, J. Boré, A. Perdriau, Y. Chartier, M.-N. et X. Bachellier.

⁴ V. J. Boré, *La cassation en matière civile* , n° 2012 et s. A. Besson, *Encycl. Dalloz, Cassation* , n° 1448 et s.

Pour ce qui est du fonctionnement du manque de base légale, force est de constater que la jurisprudence est foisonnante et, à dire vrai, peu précise, laissant apparaître le caractère très souple du grief de manque de base légale. Trop souple, d'ailleurs, car ce grief autorise la remise en cause du fait souverainement jugé par les juges du fond.

Ainsi, à côté du manque de base légale « parfait », il existe le « pseudo » manque de base légale, qui, prenant l'apparence du grief, ne tend en réalité qu'à remettre en cause l'appréciation des faits. Le « modèle » de ce type de grief est le pourvoi formé en matière de divorce pour faute, reprochant à la cour d'appel un manque de base légale au regard de l'article 242 du code civil pour avoir retenu - ou rejeté - l'existence de la faute alléguée à l'encontre d'un époux.

Le manque de base légale parfait - nous l'avons vu - suppose que l'appréciation de fait omise conditionne l'application de la règle de droit ; le véritable manque de base légale se caractérise donc par la proximité du fait avec l'application de la norme.

Quant à la forme des arrêts de la Cour de cassation statuant sur le moyen de manque de base légale, il suffit d'indiquer :

- que les arrêts de rejet du grief, après avoir relevé les motifs jugés suffisants, concluent « *Qu'en l'état de ses constatations ou énonciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » ;

- que les arrêts de cassation précisent que la cour d'appel « *s'est bornée à...* » et a statué « *sans rechercher... ; sans préciser... ; sans s'expliquer sur... ; sans constater... ou relever ...* », en quoi la cour d'appel « *n'a pas donné de base légale à sa décision* », ou « *n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle* »⁵.

Après avoir envisagé la nature et le mécanisme du manque de base légale, il nous reste à préciser quelles sont ses fonctions.

Fonctions du manque de base légale

Sa fonction principale, nous venons de la définir : c'est la censure d'un jugement non conforme à la règle de droit.

Mais ce cas d'ouverture original a d'autres fonctions : pédagogique, d'abord, et, plus généralement, à l'égal de la violation de la loi, une fonction de création ou de précision de la norme juridique.

Fonction pédagogique

D'un point de vue en quelque sorte pédagogique, la cassation pour manque de base légale va avoir une fonction d'orientation à l'égard du juge de renvoi. Bien souvent, cette forme de cassation sera, pour cela, préférée à la violation de la loi, par ailleurs caractérisée. Il s'agit, en soulignant la carence d'un jugement, d'indiquer au juge de renvoi dans quel sens et par quel raisonnement juridique il convient de statuer.

Un exemple typique est donné par un arrêt de la première chambre civile du 3 janvier 2006 (*Bull.* 2006, I, n° 2).

Le juge français avait fait droit à la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un divorce prononcé au Maroc, sans vérifier que ce jugement étranger satisfaisait aux conditions de régularité internationale posées par les conventions franco-marocaines et le Protocole n° VII additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'arrêt de la cour d'appel est cassé, pour manque de base légale, les juges du fond s'étant borné à retenir que le divorce avait été prononcé par les juridictions marocaines « *sans rechercher si la décision étrangère, pour être reconnue en France, respectait toutes les conditions de régularité internationale, notamment au regard de l'ordre public international de procédure et de fond* ».

Nous sommes ici très près d'une violation de la loi, par refus d'application. Mais le juge de cassation a préféré expliquer au juge de renvoi ce qu'il convenait de faire - et que n'avait pas fait l'arrêt cassé : vérifier la régularité internationale du jugement étranger au regard des textes internationaux applicables, et plus spécialement au regard de l'ordre public international (allusion, ici, à la jurisprudence restrictive sur les répudiations, prononcées, notamment, au Maroc).

Il s'agit bien d'un manque de base légale parfait : il existe une insuffisance de motivation qui porte sur un élément légal (la vérification de la régularité internationale du jugement étranger), mélangé de fait et de droit, et cette carence conduit à une erreur dans l'application de la règle de droit.

Fonction normative⁶

Nous nous proposons de montrer comment le manque de base légale, à l'instar de la violation de la loi, participe à l'œuvre normative de la Cour de cassation.

Cette œuvre normative se manifeste de plusieurs façons - principalement deux :

- soit la Cour de cassation donne l'interprétation de la norme ;

- soit elle contribue à son évolution, allant parfois jusqu'à la création d'une norme nouvelle. C'est le rôle purement créateur de droit de la Cour de cassation.

⁵ V. A. Perdriau, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation*, n° 45 et s.

⁶ Nous renvoyons ici à l'étude, approfondie, que Dominique Foussard a consacré à la question dans *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, sous le titre : « Manque de base légale et création de la règle ».

Voyons comment notre manque de base légale peut s'insérer dans ce processus normatif.

Bien entendu, traditionnellement, l'on affirme que le rôle créateur de la Cour de cassation s'exprime par le moyen de la violation de la loi. C'est, en effet, en censurant cette violation que la Cour va avoir l'occasion d'énoncer sa doctrine, sous la forme de l'attendu de principe - appelé familièrement « chapeau » -, qui va donner tous les éléments de la règle méconnue.

Cette opinion doit cependant être nuancée, car de nombreux arrêts de rejet ont un contenu normatif important, parfois créateur de normes. Ainsi, dans le droit de l'arbitrage international - par nature de source essentiellement jurisprudentielle -, les règles fondamentales ont été souvent posées par des arrêts de rejet. Ainsi, le principe fondateur de l'autonomie de la clause d'arbitrage trouve-t-il son origine dans un arrêt de rejet (l'arrêt Gosset, du 7 mai 1963, *Bull.* n° 246, sommaire n° 1), dont la doctrine a été précisée par un autre arrêt de rejet (Dalico, du 20 décembre 1993, *Bull.* n° 372). De même, l'affirmation de l'arbitrabilité du litige relatif à un contrat international conclu par une personne publique résulte d'une rédaction au rejet (X..., 2 mai 1966, *Bull.* 1966, I, n° 2561, *D.* 1966, p. 575). Or, il ne s'agissait rien de moins que d'écarter la prohibition de compromettre pour les personnes publiques, résultant des textes.

La créativité jurisprudentielle n'est donc pas réservée aux seuls arrêts de cassation.

Et elle ne s'exprime pas seulement dans les arrêts de cassation pour violation de la loi. Un résultat à peu près équivalent - l'élégance de rédaction en moins - peut être obtenu au moyen d'une cassation pour manque de base légale.

Quant à l'interprétation de la norme

Reprenons l'exemple - déjà cité - de la cassation d'un arrêt qui avait rejeté l'action en nullité de la vente d'un tableau pour erreur sur la substance. La cassation intervient pour manque de base légale ; il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le vendeur - qui avait cru vendre une œuvre mineure, alors qu'après la vente, le tableau avait été attribué à un grand maître - n'avait pas agi, au moment de la vente, « *dans la conviction erronée* » que l'œuvre n'était pas de la main du maître.

Voici livrée une forme de définition de l'erreur sur la substance par la Cour de cassation et, donc, une condition d'application de ce vice du consentement. Nous sommes bien dans le domaine du droit, mais c'est au juge du fond de rechercher la circonstance de fait (la « *conviction erronée* ») qui va déterminer l'application du droit.

Ici, le manque de base légale a servi à préciser la notion juridique d'erreur sur la substance et les conditions de sa mise en œuvre.

Quant à l'affirmation de la norme

Le manque de base légale est, pour la Cour de cassation, l'occasion de réaffirmer la norme méconnue par les juges du fond.

Dans le droit de l'arbitrage est énoncé un principe fondamental, selon lequel « *il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence* ». La jurisprudence en a déduit une règle de priorité de la compétence arbitrale par rapport à la compétence du juge étatique, lorsqu'il est saisi. Le juge étatique doit donc se déclarer incompétent et renvoyer le litige aux arbitres, sous une seule exception : qu'il constate que la convention d'arbitrage est « *manifestement nulle ou inapplicable* ». C'est la seule hypothèse dans laquelle la juridiction de l'Etat peut se déclarer compétente à l'égard d'un litige soumis à l'arbitrage.

La Cour de cassation contrôle très strictement l'application de cette règle, et casse la décision du juge étatique qui se reconnaît compétence sans relever le caractère nul ou inapplicable de la convention d'arbitrage.

Nous avons sur ce sujet un excellent exemple de cassation pour manque de base légale : 1^{re} Civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-11. 866, *Rev. Arb.* 2005, p. 674

L'arrêt de cassation relève que la cour d'appel s'est reconnue compétente pour un litige soumis à l'arbitrage « *sans relever la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle au principe susvisé, qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* », et qu'ainsi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Bel exemple de « manque de base légale parfait », qui rappelle le juge du fond au respect de la norme juridique.

Autre exemple, le rappel à la norme adressé au juge du fond qui a omis de faire application de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, et plus spécialement de la notion d'intérêt de l'enfant, considéré comme « primordial » en vertu de l'article 3.1 du Traité : 1^{re} Civ., 13 mars 2007, *Bull.* 2007, I, n° 103

L'arrêt vise à la fois l'article 3.1 de la Convention de New York et l'article 373-2 du code civil, selon lequel le juge statue sur la résidence de l'enfant « *selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant* ».

Dans un attendu de principe (« chapeau » de tête), il définit le contenu des normes visées. Et, dans le conclusif, il censure la cour d'appel qui a statué « *par des motifs sans rapport avec l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial, ce qu'elle n'a pas recherché* », d'où il est conclu que la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Cet arrêt est remarquable en ce que - exactement comme l'aurait fait un arrêt de cassation pour violation de la loi - il comporte, en tête, un attendu de principe qui définit la doctrine de la Cour de cassation quant à l'application directe de l'article 3.1 de la Convention de New York.

Quant à la création de la norme

C'est le point ultime de la technique du manque de base légale ; le cas où ce moyen permet à la Cour de cassation de faire évoluer le droit.

L'exemple est tiré de la matière de l'*exequatur* des jugements étrangers. Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution en France des jugements étrangers ont été définies par un arrêt célèbre de la première chambre civile du 7 janvier 1964 (X..., *Bull.* 1964, I, n° 15, *Grands arrêts de droit international privé*, n° 41, p. 367). Parmi ces conditions, figurait que le juge étranger « ait fait application de la loi compétente d'après les règles de conflit françaises ».

L'évolution du droit international - et la confiance accrue dans les jugements étrangers - ont fait que cette condition est apparue comme excessive, en ce qu'elle imposait universellement les règles françaises de conflit de lois. La première chambre civile souhaitait l'abandonner, ou, à tout le moins, y substituer l'exigence que le juge étranger ait fait application de la loi « appropriée », c'est-à-dire de la loi la plus proche du litige.

L'abandon de cette exigence d'application, par le juge étranger, de la règle française de conflit de lois est intervenu en 2007 (X..., 20 février 2007, *Bull.* 2007, I, n° 68, *Gazette du Palais*, spécial contentieux judiciaire international, n° 123, du 3 mai 2007, note M.-L. Niboyet).

L'arrêt qui nous intéresse est du 4 juillet 2006, donc antérieur à l'arrêt X... du 20 février 2007, précité, mais il l'annonce, en quelque sorte. Voici comment : il s'agissait de l'effet en France d'un jugement suédois de reconnaissance de paternité naturelle. La cour d'appel avait admis la reconnaissance de ce jugement en France, en le considérant comme régulier, mais sans se prononcer sur la loi appliquée par le juge étranger.

L'arrêt est cassé, pour manque de base légale, la cour d'appel n'ayant pas recherché « si le jugement étranger remplissait toutes les conditions de régularité internationale, tant au regard de la compétence du juge saisi que de l'application au litige de la loi appropriée ».

Dans son conclusif de cassation, la première chambre civile invite le juge de renvoi à vérifier que le juge étranger a bien fait application au litige « de la loi appropriée » - et non plus, comme l'exigeait l'arrêt X... du 7 janvier 1964, précité, de la loi désignée par la règle de conflit française. L'évolution de la règle de droit est manifeste, et c'est la structure spécifique du manque de base légale qui a permis de la réaliser.

Aussi est-il permis de conclure - au moins provisoirement - que le manque de base légale est un véritable cas d'ouverture à cassation :

- en ce qu'il permet de censurer une forme d'erreur dans le raisonnement juridique des juges du fond, erreur suffisamment grave pour que la décision qui en est affectée ne puisse pas être maintenue ;

- en ce qu'il est l'un des modes d'exercice, par la Cour de cassation, de son activité normative, lui donnant l'occasion de préciser les conditions d'application de la loi, voire même de faire évoluer cette application.

En ce sens, l'on peut affirmer que le manque de base légale participe pleinement à l'œuvre de la Cour de cassation, en tant que gardienne du droit.

Cycle droit et technique de cassation 2009

Le manque de base légale

par Dominique Foussard,

avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Communication du 3 décembre 2009

La définition du manque de base légale a été posée, les contours en ont été tracés, le rôle que joue ce cas d'ouverture a été évoqué et l'on connaît sa fonction. Prenant le relais, il me faut simplement revenir sur ces points, les préciser, les compléter, les illustrer à partir d'exemples.

Deux remarques - touchant au contexte - en guise d'introduction.

Première remarque : dans l'univers policé des règles régissant les ouvertures à cassation, le défaut de base légale est, ou, pour être plus précis, a été, l'objet d'une controverse - approximativement entre 1980 et 2000. Il a eu ses détracteurs, mais aussi ses chantres. Il a été décrié, mais il a aussi été magnifié. La controverse relève aujourd'hui du passé. Mais le débat qu'il a suscité conserve son intérêt, aujourd'hui encore, car il permet de saisir les points de force et les faiblesses de ce cas d'ouverture. Il a été la cible de vigoureuses critiques. On a dit qu'il était mal nommé : il censure une insuffisance portant sur des constatations de fait, quand sa dénomination suggère une erreur de droit. Il est mal aisé à définir tant ses applications sont disparates. L'on peine à en fixer l'architecture et il ne satisfait, repus et difforme, ni les logiciens ni les esthètes. Surtout, disent ses adversaires, il incite la Cour de cassation à des incursions dans le domaine du fait, provoque son encombrement et l'éloigne par suite de sa mission. Mais d'un autre côté, le défaut de base légale a ses champions. Défectueuse pour les puristes, sa dénomination s'est bien acclimatée, depuis un siècle, et elle est reçue par tous. Si sa définition, très générale, peine à rendre compte de ses différents modes d'intervention, c'est à tout le moins le point de départ assuré pour qui veut connaître l'institution. Il importe peu que les hypothèses qu'il embrasse soient hétérogènes ou disparates : sa plasticité, loin de le desservir, offre au contraire à la Cour de cassation le moyen d'adapter son contrôle aux situations concrètes qu'elle rencontre et aux besoins des usagers. Sans doute, ponctuellement, peut-il conduire à des débordements. Mais, dans le même temps, il contribue à borner le champ d'intervention de la Cour de cassation en refoulant, hors de son prétoire, toutes sortes de questions, étrangères à sa mission ou qu'elle n'est pas en mesure de traiter. Même si la controverse est désormais apaisée, elle a un mérite : celui de mettre en lumière son intérêt, sans doute, mais aussi ses limites et les difficultés de son maniement.

Seconde remarque : le défaut de base légale est un bicentenaire. C'est en 1808 et 1809 - comme l'enseigne le professeur Le Bars¹ - qu'on trouve les premiers arrêts exerçant un contrôle de défaut de base légale. Deux siècles donc, une période longue par conséquent, qui conduit à constater que plusieurs approches sont concevables. Celle de l'historien, dont c'est le métier que de déceler des évolutions et de distinguer des périodes. Celle du sociologue ou du politologue, dont le souci est de débusquer les rapports de force ou l'affirmation d'un pouvoir au-delà des méandres techniques des institutions. Celle du philosophe, qu'intéressent les ressorts intellectuels qui fondent le mécanisme, le rôle de la raison, ses soubassements métaphysiques. Autant de disciplines, autant d'approches. Il faut encore compter avec le temps et en souligner l'incidence. Revenons à l'historien. Il s'adonnerait à une recherche diachronique pour identifier le mouvement et retracer les évolutions. De leur côté, le sociologue ou le philosophe se livreraient sans doute à un travail d'ordre panchronique, sensible aux constantes de l'institution². L'objectif du juriste est beaucoup plus modeste. Il lui suffit - dans une approche synchronique - de se livrer à un travail de description, pour dresser, à une date donnée - celle de son intervention -, un état des lieux.

¹ Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1996, n° 9-51, p. 11-41.

² Si l'on se tourne vers le Conseil d'Etat ou la Cour de justice des Communautés européennes - aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne -, qui connaissent du pourvoi en cassation, l'on repère sans mal, ici ou là, des modes de contrôle qui ressemblent à s'y méprendre, sauf la formule, au défaut de base légale : CJCE, 18 mai 2008, Archer Daniels Midland Co, aff. C-397/03, § 60 ; CJCE, 2 avril 2009, Bouygues SA, aff. C-431/079, § 42 ; CE Ass., 20 février 1948, X..., *Rec.* p. 87 ; CE, 28 janvier 1959, X..., *Rec.* p. 73 ; CE, 6 mars 1992, SGAD, *Rec.* T. 1261 ; CE, 16 octobre 1995, M. et Mme X..., *Rec.* p. 355 ; CE, 20 novembre 2009, Commune de Drancy, requête n° 313.464 ; CE, 4 novembre 2009, Communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée, requête n° 327.948.

Comme chacun sait, la Cour de cassation a une double fonction. D'une part, il lui échoit de s'assurer de la légalité des décisions de justice qui lui sont déferées. Mais d'autre part, et à cette occasion, il lui est nécessaire, sauf à s'exposer au déni de justice, d'identifier la règle de référence et, ce faisant, de faire éclore la règle si elle est restée dans l'ombre, de la faire disparaître si elle est devenue obsolète, de la faire évoluer si le contexte l'y presse. C'est autour de ces deux fonctions que je voudrais évoquer le défaut de base légale, en revenant successivement sur le défaut de base légale en tant qu'instrument de contrôle de la décision (I), et le défaut de base légale en tant qu'instrument d'élaboration de la règle (II).

I. - Le défaut de base légale, instrument de contrôle de la décision

Pour avoir un aperçu du rôle que joue le défaut de base légale, au stade du contrôle de la décision, il faut tout d'abord procéder à un constat, pour avoir à l'esprit la *variété* des hypothèses qu'il a vocation à appréhender (A). Il faut ensuite essayer de rapprocher ce cas d'ouverture des deux autres cas d'ouverture avec lesquels il entretient des rapports étroits : défaut de motifs et violation de la loi, afin de mettre en lumière leurs *affinités* (B). Enfin, il faut s'interroger, en se tournant vers le statut procédural de ce cas d'ouverture, sur les conditions préalables, les *présupposés* que requiert le défaut de base légale pour être articulé avec succès (C).

A. - VARIÉTÉS

Le défaut de base légale a deux composantes, dans la mesure où il suppose une norme et un vice.

Laissons de côté le vice, pour l'instant, et attachons-nous à la norme. C'est le point de départ du raisonnement que développe l'auteur du pourvoi et que retient la Cour de cassation si elle prononce la censure. Trois conséquences. En cas de cassation, la censure est prononcée au visa de la norme de référence - texte ou principe. Deuxièmement, et d'un point de vue procédural, le cas d'ouverture est classé dans les « *moyens de fond* », et non dans les « *moyens de procédure* ». Troisième observation, relative aux recherches documentaires. Il n'y a pas de rubrique, au *Bulletin civil* ou au *Bulletin criminel*, propre au défaut de base légale. Sous le mot Cassation, le *Bulletin* recense les solutions concernant un certain nombre de cas d'ouvertures. Mais il ignore le défaut de base légale. Il faut se reporter aux rubriques touchant le fond du droit pour connaître les solutions relatives au maniement de ce cas d'ouverture. Ces trois points préalables étant acquis, l'on peut en venir aux normes qui fondent une censure pour défaut de base légale.

Le point d'appui du grief peut prendre des formes très diverses. Allons du plus grand vers le plus petit. La référence peut être un système juridique : c'est le cas dans le domaine du conflit de lois. Ce peut être, à l'intérieur du système juridique, un ensemble de règles : c'est le cas, par exemple, lorsque le débat porte sur la qualification d'une convention. D'ordinaire, le cas d'ouverture s'appuie sur une règle. Encore faut-il préciser que le champ de prédilection du défaut de base légale réside dans la condition d'application ou l'une des conditions d'application de la règle. Souvent, il descend dans le détail de cette condition. Ainsi, sa référence est souvent constituée d'un mot. Ce mot peut être un substantif : persistance, intérêt, adéquation, proportionnalité - parfois flanqué d'un qualificatif, tel le lien suffisant. Ce peut être un adjectif : notoire, constant, délibéré, habituel. Ce peut être un adverbe : manifestement, raisonnablement, simultanément, personnellement. Parfois, la référence à la norme ne concerne pas la règle substantielle, ou directement la règle substantielle. Ainsi peut-elle avoir trait à la prise en compte du temps. Concrètement, il s'agit de répondre à la question suivante : à quelle date y a-t-il lieu de se placer³ ? Elle a trait alors, on le voit bien, non pas tant à la règle substantielle qu'aux règles d'ordre méthodologique qu'il y a lieu de suivre dans le maniement des règles substantielles. Ainsi, la décision des juges du fond encourt une censure pour défaut de base légale, s'agissant de savoir si les primes d'assurance-vie peuvent donner lieu à rapport ou à réduction, chaque fois que le juge s'abstient de préciser à quelle date il s'est placé pour apprécier la situation des souscripteurs. Prenons le cas de l'action paulienne. Il est plus topique encore. Le principe de créance est vérifié à la date de la fraude. La date de la fraude doit elle-même être vérifiée à la date de l'acte. Mais, pour s'assurer de l'insolvabilité, il faut se placer successivement à la date de la demande et à la date de la décision⁴. Autant de points qui donnent prise au défaut de base légale. L'exemple de la date est éclairant. Mais ce n'est qu'un exemple. Il montre que, du point de vue des normes en cause, le champ d'action du défaut de base légale concerne des hypothèses très variées.

Si, par nature, le défaut de base légale doit être adossé à une norme, son objet est de dénoncer un vice. Ce vice est constitué par le silence du juge. Le plaideur était en droit d'attendre que le juge effectue plusieurs vérifications. L'une d'elles a été omise. Le refus ou la méprise sont du ressort de la violation de la loi. Le défaut de base légale est là pour sanctionner la défaillance, peu importe les causes de cette défaillance. Ce qui fait que le défaut de base légale est *a priori* simple à définir. En pratique, les choses sont plus complexes. A côté du silence, on trouve l'insuffisance⁵, l'imprécision⁶, l'impropriété⁷ voire l'inopérance⁸. Ainsi, pour tenir compte de la nature du vice, le défaut de base légale peut-il en pratique prendre des formes variées. Mais la variété de ces formes est également liée aux objectifs poursuivis : police des décisions pour assurer l'homogénéité des

³ Chambre mixte, 23 novembre 2004 (deux arrêts), *Bull.* 2004, Ch. mixte n° 4 ; 1^{re} Civ., 20 février 2007, *Bull.* 2007, I, n° 64 ; 1^{re} Civ., 16 avril 2008, *Bull.* 2008, I, n° 122 ; 2^e Civ., 22 janvier 2009, *Bull.* 2009, II, n° 31 ; v. au contraire, pour une violation de la loi : Soc., 28 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 25.

⁴ W. Dross, *Juris-Classeur civil*, article 1167, n° 40, 78, 82 et 83 ; v. également la succession des dates qu'il convient de prendre en compte en matière d'enrichissement sans cause : l'appauvrissement s'apprécie au jour de sa réalisation (3^e Civ., 18 mai 1982, *Bull.* 1982, III, n° 122), tandis que l'enrichissement s'apprécie à la date où l'action a été intentée (1^{re} Civ., 18 janvier 1960, *Bull.* 1960, I, n° 30, *D.* 1960, p. 753, note P. Esmein).

⁵ Com., 8 janvier 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 3 ; 2^e Civ., 21 février 2008, *Bull.* 2008, II, n° 46 ; 2^e Civ., 10 juillet 2008, *Bull.* 2008, II, n° 185.

⁶ Soc., 16 novembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 192.

⁷ 1^{re} Civ., 20 février 2008, *Bull.* 2008, I, n° 52 ; 3^e Civ., 7 mai 2008, *Bull.* 2008, III, n° 78 ; 3^e Civ., 21 janvier 2009, *Bull.* 2009, III, n° 13 ; Com., 17 février 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 23 ; Soc., 31 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 93.

⁸ 2^e Civ., 22 mars 2007, *Bull.* 2007, II, n° 73.

solutions ; souci de précision : le défaut de base légale est une école de rigueur, et il marque une répugnance à l'égard des approximations et des à-peu-près ; attention portée à l'effectivité de la règle : le droit n'est pas une science formelle réduite à des mots. Et, en fonction de l'objectif poursuivi, on sera face soit à un arrêt rappelant sèchement la condition ou le mot un peu vite oubliés par le juge, soit à un arrêt pédagogique, à finalité didactique, comme cet arrêt de la chambre commerciale du 12 juin 2007⁹ visant à distinguer, à l'adresse des plaideurs et des juges du fond, et jusque dans le détail, l'action en concurrence déloyale de l'action en contrefaçon. Retenons à cet endroit la plasticité de ce cas d'ouverture. Deux circonstances l'expliquent. Tout d'abord, la Cour de cassation se doit d'appréhender sous leurs diverses configurations les carences ou les déviations qui affectent les décisions des juges du fond. Ensuite, la Cour de cassation n'a pas de la cassation une conception formaliste. Elle l'adapte en fonction des besoins de l'institution judiciaire, de l'intérêt de la censure ou bien encore de la nécessité de garantir l'effectivité de la règle. A partir du moment où des vices susceptibles d'entrer dans le champ du défaut de base légale sont conçus de façon compréhensive, la question se pose, inévitablement, des liens que le cas d'ouverture entretient avec, sinon la totalité, du moins certains autres cas d'ouverture à cassation.

B. - AFFINITÉS

Le défaut de base légale offre indéniablement d'étroites affinités avec deux autres cas d'ouverture : le défaut de motifs et la violation de la loi¹⁰. Laissons de côté le défaut de motifs, de moindre intérêt, pour nous attacher à la violation de la loi. Il y aurait beaucoup à dire quant à la nature de ces affinités. A leur propos, une première observation peut être faite. Elle est d'ordre procédural. Depuis l'origine, la Cour de cassation s'est reconnue une liberté, celle de s'abstraire du cas d'ouverture formellement invoqué par le moyen, pour aller de la violation de la loi vers le défaut de base légale, ou *vice et versa*. Elle le fait librement, sans contrainte, et notamment sans s'assujettir aux formalités de l'article 1015 du code de procédure civile, prévoyant l'avis aux parties chaque fois qu'un moyen est relevé d'office, fût-ce en défense, pour rejeter le pourvoi. La solution n'a rien qui puisse surprendre. D'une part, universitaires et praticiens usent d'un langage souvent approximatif. Il n'est pas rare d'entendre que le défaut de base légale est un moyen de cassation. A la vérité, le moyen de cassation est constitué par une démonstration à laquelle le pourvoi se livre pour montrer que la motivation de l'arrêt est critiquable et établir qu'une censure doit être prononcée. Le cas d'ouverture à cassation, et donc le défaut de base légale, n'est qu'un élément de cette démonstration. A partir du moment où on reste sur l'idée que fait prévaloir le pourvoi, dans le cadre du moyen invoqué, il est normal que le passage d'un cas d'ouverture à l'autre ne soit pas traité, et n'ait jamais été traité, comme portant abandon du moyen invoqué et substitution à ce moyen d'un moyen relevé d'office. D'autre part, cette liberté, que la Cour de cassation s'est toujours reconnue, répond à une préoccupation didactique. Peu importe qu'un déplacement s'opère quant au cas d'ouverture, dès lors que le moyen reste en substance identique. L'essentiel est que la Cour de cassation soit en mesure d'ajuster son enseignement à son mode d'expression et puisse transmettre son message au travers du cas d'ouverture le plus adéquat.

Parallèlement, et c'est une deuxième observation, on assiste depuis une vingtaine d'années à des transferts. Là où, jadis, la Cour de cassation aurait choisi une censure pour défaut de base légale, elle se place désormais sur le terrain de la violation de la loi. Certaines disciplines sont propices à ces transferts. Dans le domaine de la procédure, l'office du juge a fait l'objet, et est donc aujourd'hui le siège, d'une construction très élaborée. C'est l'effet des textes, largement dus à la plume de professeurs. C'est l'effet aussi d'une plus grande attention des praticiens, de la jurisprudence et des auteurs aux règles gouvernant la mission du juge et la manière dont il peut la mener à bien. L'effet induit de ce phénomène est que des censures, qui auraient été prononcées jadis sous l'égide du défaut de base légale, le sont aujourd'hui pour violation des règles gouvernant l'office du juge. Exemple : le silence du juge ou l'insuffisance de ses investigations, si le défendeur ou l'intimé ne comparaît pas, est appréhendé aujourd'hui sous la violation de l'article 472 du code de procédure civile¹¹. Une observation de même nature peut être faite à propos des droits de l'homme. La violation de l'article 6 § 1 de la Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exerce un effet attractif et dépouille ponctuellement le défaut de base légale de certains de ses champs habituels de compétence. En tout cas, l'existence même de ces transferts atteste incontestablement des affinités qui existent entre certains cas d'ouverture, et notamment entre le défaut de base légale et la violation de la loi.

A la faveur de ce mouvement, la question est posée par certains - c'est ma troisième observation - de l'utilité du défaut de base légale. S'il y a d'étroites affinités entre le défaut de base légale et la violation de la loi, le moment n'est-il pas venu, dans un souci de simplification, de rattacher les hypothèses de défaut de base légale à la violation de la loi ? La pratique montre d'ailleurs que déjà certains vices donnent lieu, selon les cas, à une censure pour défaut de base légale ou pour violation de la loi. A elle seule, la question pourrait être la matière d'un débat. Il est toutefois difficile d'adhérer à cette idée.

Trois remarques à ce propos. S'il existe des chevauchements, qui pourraient être à la base d'une unification, les deux cas d'ouvertures, très souvent, restent distincts. Au surplus, on voit bien, dans un certain nombre de cas, que la Cour de cassation a besoin du défaut de base légale pour rendre fidèlement compte du message qu'elle entend adresser aux praticiens et à la doctrine. Privée de cet instrument, la décision perdrait, au moins dans certaines hypothèses, en exactitude et en précision. Enfin, l'absorption d'un défaut de base légale par la violation de la loi serait inévitablement l'occasion d'une hypertrophie de ce cas d'ouverture. Ce qui ne serait,

⁹ Bull. 2007, IV, n° 159.

¹⁰ Le défaut de motifs est traditionnellement défini comme une absence de motifs. Mais certains énoncés sont assimilés, bien que constituant *a priori* des motifs, au défaut de motifs. D'où les affinités entre le défaut de motifs et le défaut de base légale, et les passages qui peuvent s'opérer d'un cas d'ouverture à l'autre.

¹¹ 2^e Civ., 30 avril 2009, Bull. 2009, II, n° 103.

évidemment, pas de nature à en faciliter le maniement. La décomposition des cas d'ouverture, pour autant qu'on fasse preuve d'un minimum de rigueur, est indéniablement une richesse. La censure pour violation de la loi apparaît comme un acte d'autorité : à l'instar du législateur lorsqu'il édicte la loi, la Cour de cassation dit le droit à l'adresse des usagers et des juges du fond. Souvent, la censure pour défaut de base légale est moins un acte d'autorité qu'un acte de raison : face à une décision insuffisante, la Cour de cassation demande simplement aux juges du fond d'être plus rigoureux dans leur méthode et plus précis dans leurs investigations. Il ne faut pas forcer l'opposition, bien sûr. Il y a place, dans ce domaine, à toutes sortes de nuances. Mais il serait regrettable de se priver d'un instrument qui élargit les moyens d'actions et, surtout, les moyens d'expression de la Cour de cassation. « *C'est une grande pauvreté*, disait La Rochefoucauld, *de n'avoir qu'une sorte d'esprit* »¹².

Raisonnant sur l'hypothèse d'un défaut de base légale, distinct de la violation de la loi, nonobstant leurs affinités, il reste à dire quelques mots - question éminemment pratique - des exigences que requiert la mise en œuvre du défaut de base légale quant à la manière dont le débat a été organisé devant les juges du fond.

C. - LES PRÉSUPPOSÉS DU DÉFAUT DE BASE LÉGALE

1. - Défaut de base légale et nouveauté du grief

Une première question se pose. Elle est aisée à formuler. Prenez l'hypothèse la plus simple. Une condition fait défaut, pour n'avoir pas été vérifiée par le juge. Si l'auteur du pourvoi peut se prévaloir d'un défaut de base légale, doit-il établir au préalable qu'il a formulé une allégation à propos de cette condition, ou émis une contestation, dès la procédure devant les juges du fond ?

Question aux implications multiples. D'ordre technique, puisqu'elle touche à la recevabilité du moyen ; d'ordre méthodologique, dans la mesure où elle concerne la démarche intellectuelle du juge ; d'ordre politique, car ayant trait à la gestion des flux ; d'ordre théorique, comme mettant en cause la conception du pourvoi en cassation, selon qu'on en fait une voie de droit instituée pour s'assurer que le juge a satisfait à son office, en l'état de ce qui lui était demandé, ou qu'on l'érige en une voie de droit instituée, pour autant qu'on reste sur le terrain d'un contrôle de droit, de la correction juridique de la solution retenue.

En principe, la réponse est ferme. Pas d'exception de nouveauté s'agissant du défaut de base légale : on ne conçoit pas que l'effet de la règle soit consacré, dans le dispositif d'une décision, si les conditions d'application, et toutes les conditions d'application, n'ont pas été vérifiées. L'opinion de la doctrine, sur ce point, est unanime¹³. Ainsi, pas de condamnation à réparer sans constatation, au regard de l'article 1382 du code civil, d'une faute, d'un dommage et de lien de cause à effet. Pour sa part, la jurisprudence paraît de prime abord en ce sens. Deux indices. La Cour de cassation s'autorise à relever d'office un moyen à l'effet de prononcer une censure pour défaut de base légale. C'est bien que le cas d'ouverture ne requiert pas une initiative du bénéficiaire de la cassation devant les juges du fond. Mieux encore : les arrêts énoncent, ici ou là, que le défaut de base légale est un moyen de pur droit, en ce sens que la carence du juge peut être constatée, au seul vu de l'arrêt, sans qu'il soit besoin pour la Cour de cassation de prendre parti sur les questions de fait¹⁴. Il n'est pas sûr, toutefois, que ce constat rende fidèlement compte du droit positif. Déjà, les auteurs expliquent tous que l'obligation du juge est liée aux points qui ont été en débat devant les juges du fond. A titre d'exemple, on tolère, en matière possessoire, que le juge accorde une protection en se bornant à constater la possession, sans la caractériser, dès lors que le défendeur n'a pas élevé de contestation quant aux qualités de la possession. Surtout, en pratique, chacun sait que la Cour de cassation refoule nombre de griefs dénonçant un défaut de base légale en objectant que la recherche visée au moyen n'était pas demandée aux juges du fond.

La question ne saurait s'accommoder d'une réponse sans nuance. Un premier élément de réponse se trouve dans les règles substantielles en cause. Ainsi, la Cour de cassation impose-t-elle aux juges du fond de rechercher si telle ou telle condition est remplie, s'agissant des mesures de protection des majeurs¹⁵, ou encore, s'agissant de l'application ou de l'étendue des procédures collectives¹⁶, sans *a priori* se soucier des allégations ou contestations susceptibles d'avoir été formulées devant les juges du fond. Ce qui peut s'expliquer : les *règles substantielles* en cause portent atteinte à la liberté de la personne ou affectent profondément son statut.

Un deuxième élément de réponse peut être puisé dans des considérations relevant de la *logique*. L'on peut se passer de constater les qualités de la possession, pour accorder la protection possessoire, dès lors que les actes de possession sont mis en évidence. La décision reste intelligible. Il est moins commode, du point de vue de la cohérence de la décision, de laisser subsister une condamnation à réparer, sans que le lecteur puisse identifier une faute, relever l'existence d'un dommage ou un lien de cause à effet entre la faute et le dommage.

La *politique jurisprudentielle* - autre point - a parfois son mot à dire. Il suffit que la Cour de cassation soit fermement résolue à infléchir le cours des choses dans une certaine direction pour qu'elle ferme les yeux sur la manière dont le débat a été noué devant les juges du fond. Il n'est pas rare que, soucieuse de faire connaître son point de vue, et de l'imposer, fût-ce par le truchement d'un défaut de base légale, la Cour de cassation tienne pour indifférente, dans un premier temps, la manière dont les parties se sont comportées devant les

¹² *Réflexions ou sentences et maximes morales*, Maxime CDXIII, variante indiquée par Brotier.

¹³ Th. Crépon, *La Cour de cassation. Origines, organisation, attribution du pourvoi en cassation en matière civile*, T. III, Larose et Forcel éditeurs, 1892, n° 961-1710, p. 253 à 462 ; E. Faye, *La Cour de cassation*, Librairie Marescq Ainé, 1903, n° 122-127, p. 140 à 145 ; J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 2009/2010, n° 8200 à 82324, p. 484 à 505.

¹⁴ 2^e Civ., 15 février 1962, *Bull.* 1962 II, n° 204 ; Com., 4 avril 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 91.

¹⁵ 1^{re} Civ., 5 novembre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 249.

¹⁶ Com., 4 avril 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 91 ; v. également Com., 27 mai 1986, *Bull.* 1986, IV, n° 101, cité par Th. Le Bars, n° 140, p. 107.

juges du fond, et décide, dans un second temps, et une fois la règle posée et connue, que, désormais, le débat devra être amorcé dès l'instance devant les juges du fond. Ainsi, des considérations d'ordre divers justifient que la Cour de cassation accepte d'examiner le grief quel que soit le contenu des conclusions. Mais que ces considérations viennent à disparaître et le risque existe, pour l'auteur du pourvoi, de se voir opposer une forclusion s'il n'a pas pris la précaution d'ouvrir le débat dès l'instance au fond.

2. - Défaut de base légale et règle d'ordre public

La question se pose aussi des rapports entre défaut de base légale et règles d'ordre public. Concrètement dit, la présence d'une règle touchant à l'ordre public affecte-t-elle le régime du défaut de base légale ? Pour éviter toute équivoque, disons tout de suite que l'interrogation concerne, non pas l'office du juge de cassation, mais l'office du juge du fond. Dans le cadre du pourvoi en cassation, et sauf rares exceptions, le traitement est uniforme. Qu'elle relève ou non de l'ordre public importe peu : la nature de la règle en cause est indifférente¹⁷. A l'inverse, l'ordre public accroît la tâche du juge du fond. L'une des règles gouvernant son office est qu'il est tenu d'appliquer d'office la règle qui ressortit à l'ordre public. Mais comment comprendre, en pratique, cette exigence ?

Dans l'abstrait, trois réponses possibles. Ou bien on se contente d'un lien intellectuel entre le litige et la règle d'ordre public : le juge aurait l'obligation de s'interroger sur la règle du seul fait qu'elle a vocation, eu égard à la matière, à trouver à s'appliquer. Ou bien on exige un lien matériel : au-delà d'une vérification tenant à la matière, l'obligation pour le juge de s'interroger suppose l'existence à la procédure d'éléments factuels, matériels, de nature à le mettre en éveil et à lui fournir les éléments de réflexion qui lui sont nécessaires. Ou bien, allant plus loin, pour assujettir la recevabilité du moyen à une exigence d'ordre processuel, on considère que l'obligation pesant sur le juge implique un effort préalable des parties, l'articulation d'une question, pour l'inviter formellement à s'interroger.

Trois partis qui débouchent les uns et les autres sur le défaut de base légale puisque, quelle que soit la solution adoptée quant au contenu de la cassation, l'infraction prendra, sous toutes les hypothèses, la forme d'une carence que le défaut de base légale a naturellement vocation à sanctionner. Le choix n'est pas assuré.

En jurisprudence les trois solutions coexistent. La solution médiane - le juge est tenu pour autant qu'il dispose au dossier des éléments de réponse - correspond à l'opinion dominante. C'est la théorie du moyen apparent. Depuis un rapport resté fameux du conseiller Rau¹⁸, la solution est rappelée par la doctrine¹⁹. En jurisprudence, la référence est un arrêt du 10 juin 1857²⁰. Il a été suivi d'un certain nombre d'arrêts, traditionnellement cités par les auteurs. A titre incident, c'est le parti - s'imposant à la Cour de cassation - que retiennent deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)²¹. Obligation est faite aux juges du fond, dans ces deux arrêts, de relever d'office le caractère abusif d'une clause, sans qu'il soit besoin que le moyen ait été invoqué, mais à une condition : que les éléments de fait et de droit permettant d'identifier l'abus figurent au dossier. Ainsi, la solution médiane est-elle solidement enracinée. Pour autant, les solutions ne sont pas totalement homogènes. Certains arrêts censurent les juges du fond pour n'avoir pas évoqué la règle d'ordre public, sans se référer aux éléments figurant au dossier. Il faut donc considérer que les juges du fond sont tenus de s'interroger dès lors que, abstraitement, le litige est passible de la règle d'ordre public, sans autre condition. D'autres arrêts, au contraire, dispensent les juges du fond de toute recherche dès lors qu'ils n'y sont pas invités par les parties. Deux arrêts récents de la première chambre civile - des 18 septembre 2008²² et 13 novembre 2008²³ - peuvent être invoqués en ce sens. L'auteur du pourvoi, dans les deux espèces, reprochait aux juges du fond de ne s'être pas inquiétés d'une forclusion propre au droit de la consommation. La Cour de cassation lui a répondu que si même la forclusion procédait d'une règle d'ordre public, il lui appartenait de l'invoquer devant les juges du fond. Ce qui participe incontestablement de l'idée que, ordre public ou pas, le moyen doit être invoqué devant les juges du fond si l'on veut qu'ils y répondent.

Nous venons d'évoquer le régime général du moyen fondé sur une règle d'ordre public. Revenons au défaut de base légale pour projeter ces règles sur ce cas d'ouverture. Deux observations. D'une part, s'il faut s'en tenir au principe précédemment évoqué - pas d'irrecevabilité fondée sur la nouveauté à l'égard du défaut de base légale -, la circonstance que la règle de référence touche à l'ordre public est indifférente : de toute façon, dans ce cas de figure, toutes les conditions requises doivent être spontanément vérifiées par le juge. Mais, d'autre part, on sait qu'en pratique, les exceptions sont nombreuses. La Cour de cassation est souvent tentée de refouler le grief si l'auteur du pourvoi n'a pas fait l'effort de formuler une allégation ou d'élever une contestation au stade antérieur de la procédure. Le rôle de l'ordre public est alors étroitement cantonné. Il peut tout au plus intervenir, en vue d'inciter la Cour de cassation à considérer, pour des raisons qui s'attachent aux intérêts protégés, soit que le juge a l'obligation de se préoccuper des conditions, et de toutes les conditions,

¹⁷ A titre d'exemples, cf. 1^{er} Civ., 28 mars 1995, *Bull.* 1995, I, n° 144 : la Cour de cassation relève un moyen d'office à l'effet de prononcer une censure pour défaut de base légale ; Com., 20 janvier 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 33 : censure prononcée par la Cour de cassation, pour défaut de base légale, sur la base d'un moyen qui lui était proposé, aux motifs que les juges du fond auraient dû effectuer une recherche qu'imposait une règle d'ordre public.

¹⁸ *DP* 1872, 1, 316.

¹⁹ E. Faye, *La Cour de cassation*, Librairie Marescq aîné, 1903, n° 128, p. 146 ; A. Besson, *Répertoire de procédure civile et commerciale*, V^o Cassation, 1^{er} éd., n° 1130 ; J. et L. Boré, *La Cassation en matière civile*, Dalloz action, n° 82.291 à 82.330.

²⁰ Req. 10 juin 1857, *DP* 1859.1.194. La formulation de l'arrêt du 10 juin 1857 mérite d'être rappelée : « ...la Cour de cassation ne peut connaître des griefs élevés contre les décisions qui lui sont déférées que lorsque, par les productions faites par la juridiction qui les a rendues, cette juridiction a connu ou pu connaître les pièces et documents sur lesquels se fonde le moyen proposé ... Il doit en être ainsi, même quand il s'agit d'un moyen d'ordre public, présenté pour la première fois devant la Cour... En effet, la décision ne peut être à bon droit critiquée, devant la Cour de cassation, à l'égard d'un chef que la juridiction qui l'a rendue n'a pu ou dû apprécier... Il est constant en fait que les pièces sur lesquelles les demandeurs se fondent ... n'ont pas été soumises à la Cour impériale d'Aix et qu'elles n'ont été produites que postérieurement à l'arrêt attaqué ... Déclare ce moyen non recevable ».

²¹ CJCE 4 juin 2009, Pannon AGC, aff. n° C-243-08 ; CJCE 6 octobre 2009, Asturcom Telecommunications, aff. n° C-40.08, *JCP* 2009, éd. G, com. n° 400, note C. Nourissat.

²² *Bull.* 2008, I, n° 207.

²³ *Bull.* 2008, I, n° 26.

posées par la règle retenue, soit au moins que le juge est tenu de s'interroger, alors même que les conclusions sont restées muettes, dès lors que des éléments ont été produits, figurant au dossier, qui lui permettent de mettre la règle en œuvre. Encore faut-il souligner que ces solutions, à la réflexion, tiennent moins à la présence de l'ordre public, autrement dit à la qualification de la règle, qu'aux considérations d'ordre substantiel qui la sous-tendent. En définitive, le statut procédural du défaut de base légale est largement tributaire du fond du droit. Mais ce constat n'a rien qui puisse surprendre dès lors que, s'il est aux mains de la Cour de cassation un instrument de contrôle de la décision, il est aussi un instrument d'élaboration de la règle.

II. - Le défaut de base légale, instrument d'élaboration de la règle

Dans une première approche, le défaut de base légale est simple à définir. C'est une insuffisance affectant les constatations de fait nécessaires pour s'assurer de l'application correcte du droit. Partant de cette définition, on peut, de la même manière, rendre compte, sans trop de difficulté, dans une première approche là aussi, de la contribution de ce cas d'ouverture à l'élaboration du droit. Trois hypothèses se rencontrent en pratique. Soit la règle est indécise, et la Cour de cassation se doit d'en arrêter le contenu, avant que de pouvoir mettre en évidence l'insuffisance de l'arrêt. Soit la substance de la règle est fixée, mais elle doit évoluer, et la Cour de cassation consacre cette évolution, avant d'entrer en voie de cassation, pour inviter les juges du fond à effectuer les recherches qu'implique précisément cette évolution. Soit la règle est fixée, et elle est maintenue telle que l'avait consacrée la jurisprudence antérieure, et son rappel, qu'impose la constatation de l'insuffisance, concourt non pas à former la jurisprudence - elle est déjà en place -, mais simplement à en révéler la constance²⁴. Ainsi le défaut de base légale est-il le vecteur de l'élaboration du droit, qu'il s'agisse de répéter la règle, pour l'affermir, de la préciser, pour couper court aux interprétations divergentes, de la révéler, lorsqu'elle est inconnue, de l'inverser, s'il y a matière à revirement. Sauf à relever, par souci d'exactitude, et à propos de l'hypothèse où le droit est déjà dit, que l'apport du défaut de base légale peut disparaître ou, à tout le moins, prendre une forme très atténuée. Que la règle ait été répétée par des précédents en nombre suffisant, et son rappel, inutile puisqu'une jurisprudence constante existe, est dépouillé de toute portée normative. Il arrive aussi - le cas est de plus en plus fréquent - qu'un seul arrêt fasse jurisprudence²⁵. Dans ce contexte, et comme précédemment, les censures pour défaut de base légale sont, d'un point de vue normatif, peu significatives et donc d'un intérêt très limité.

L'on pourrait s'arrêter là, en se contentant de ce schéma. Mais c'est se borner à une vue très cavalière des choses. Une analyse plus fine peut être tentée, autour de trois points. Pour mesurer le rôle du défaut de base légale en tant qu'instrument d'élaboration du droit, il est utile tout d'abord d'indiquer comment ce rôle se manifeste (A). L'on s'interrogera ensuite sur les emplois de ce cas d'ouverture. Ce qui conduira à constater des régressions (B). Enfin, abstraction faite de toute idée de mouvement que recèle l'idée de régression, on ne peut appréhender correctement la mission dévolue au défaut de base légale qu'en soulignant également les hésitations dont il est l'objet (C).

A. - MANIFESTATIONS

La contribution du défaut de base légale à l'élaboration du droit est mise en lumière sur la base d'indices, et notamment d'indices d'ordre *qualitatif*.

Une remarque préalable relative à la distinction des arrêts de rejet et des arrêts de cassation. L'arrêt de rejet regroupe souvent les griefs, et il est dès lors difficile d'isoler, dans les énoncés de la décision, ce qui est dû au défaut de base légale. De plus, les usages rédactionnels, s'agissant de l'arrêt de rejet, font que la référence au cas d'ouverture n'apparaît pas toujours clairement à la lecture de la décision. On ne peut totalement ignorer les arrêts de rejet. Mais ils sont souvent, du point de vue qui est le nôtre, d'interprétation délicate. Les enseignements les plus nets sont délivrés, en ce domaine, par les arrêts de censure. C'est à partir des arrêts de censure que nous raisonnerons désormais.

Un premier point mérite de retenir notre attention. Il a trait à la formation dont émane l'arrêt. Une équivoque doit être levée. Le défaut de base légale n'est pas l'apanage des formations modestes, celles auxquelles on laisse le soin de veiller à la bonne application des règles. L'examen d'un moyen fondé sur un défaut de base légale, conduisant ou aidant à l'élaboration de la règle, peut être le fait d'une formation restreinte, mais aussi d'une formation de section, d'une plénière de chambre, d'une chambre mixte, d'une assemblée plénière le cas échéant. Soulignons toutefois - pour être exact - que devant l'une et l'autre de ces dernières formations, il se fait discret. Ce qui s'explique aisément. C'est parce que les juges du fond résistent, sur une question de droit, que l'assemblée plénière est saisie, et c'est parce qu'une divergence est apparue sur une question de droit, entre les chambres, qu'une chambre mixte est réunie. La question de droit y est abordée de front. Par contrecoup, le défaut de base légale peine à y faire carrière.

Tournons-nous - c'est le deuxième point - vers la structure de l'arrêt. C'est aussi une façon d'identifier le rôle du défaut de base légale. Il a toujours été admis qu'un arrêt de censure pour défaut de base légale fût doté d'un *chapeau intérieur*²⁶. Ce qui est incontestablement le signe d'une décision normative. L'orthodoxie

²⁴ Sur la jurisprudence constante, v. notamment Ph. Jestaz, P. Capoulade et D. Foussard, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, p. 207-233.

²⁵ Exemple : l'arrêt X..., (*Bull.* 1964, I, n° 15) relatif à l'accueil des jugements étrangers a fixé à lui seul l'état du droit, sans avoir besoin d'être confirmé ou consolidé par une ou plusieurs décisions ultérieures. V., sur l'hypothèse où la jurisprudence est fixée par une seule décision, Ph. Jestaz, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 210-214.

²⁶ Parmi des exemples innombrables, v. 1^{re} Civ., 22 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 148, et, déjà, 1^{re} Civ., 3 mars 1987, *Bull.* 1987, I, n° 78, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 695, note M. Simon-Depitre.

réprouvait l'idée qu'on pût y trouver un *chapeau de tête*. Mais ce temps est révolu. Il n'est pas rare de rencontrer des arrêts de censure pour défaut de base légale munis de cet attribut²⁷, distinction suprême qui les hisse dans le cercle élitiste des arrêts qui font date.

La publicité donnée aux arrêts - c'est le troisième point - est également un bon moyen de déterminer si ce cas d'ouverture a un rôle normatif. Publications officielles d'abord. Le *Bulletin civil*, mais aussi le *Rapport annuel*, publient chaque année un nombre non négligeable d'arrêts rendus sur des moyens tirés d'un défaut de base légale. Publication dans les recueils privés ensuite. Les arrêts se prononçant sur des moyens tirés d'un défaut de base légale ne sont pas rares. Plus frappant encore : l'existence d'arrêts de censure, rendus sur un grief de défaut de base légale, dans les recueils publiant « les grands arrêts ». Autrement dit, les décisions fondatrices. L'arrêt *Dame X...* de 1941, rendu par les chambres réunies, à propos de la faute inexcusable²⁸, l'arrêt *Oxygène Liquide*²⁹ rendu en 1956, en matière de responsabilité civile, ou l'arrêt *X...*³⁰, rendu en 1983, relativement à l'erreur dans le contrat, s'appuient les uns et les autres sur des défauts de base légale. C'est le cas au-delà du droit civil. En matière de droit international privé, on peut citer, pour être prononcés sur des griefs de défaut de base légale, les arrêts *X...* (*Bull.* 1959, I, n° 334)³¹, *Eurodif*³² ou *X...* (*Bull.* 1987, I, n° 78)³³. Il arrive d'ailleurs, assez souvent, que les différents critères qui viennent d'être évoqués se combinent. Prenons l'exemple de l'un des arrêts de la chambre sociale, rendu le 23 janvier 2008, en matière de contrat de travail à durée déterminée³⁴. La censure a été prononcée pour défaut de base légale. Elle l'a été sur un moyen relevé d'office par la chambre, dans le cadre d'un arrêt comportant un chapeau de tête et qui a eu les honneurs, non seulement du *Bulletin civil* et du *Bulletin d'information*, mais également du *Rapport annuel*.

A côté des indices *qualitatifs*, tels que ceux qu'on vient de citer, d'autres indices existent, qui sont, eux, de nature *quantitative*.

Repérer puis comptabiliser les censures pour défaut de base légale - il est plus aisé, là aussi, de s'en tenir aux arrêts de cassation - permet au lecteur d'avoir une idée, dans l'ordre des grandeurs, du rôle dévolu au défaut de base légale. L'examen peut évidemment se faire à partir des arrêts publiés. Mais ce serait une erreur que de négliger les arrêts non publiés : les honneurs de la publication sont parfois refusés à des arrêts de censure parce que relatifs à des textes ou des secteurs d'activités trop particuliers, et pourtant leur portée normative est réelle. Il est clair qu'une analyse rigoureuse supposerait le secours d'un professionnel de la statistique. Un chiffre néanmoins, à partir du *Bulletin* 2009 : si l'on s'en tient aux arrêts qui sont publiés, on constate que les arrêts de cassation pour violation de la loi sont six fois plus nombreux que les arrêts de cassation pour défaut de base légale. Or qui a la curiosité de remonter le temps, et de se reporter aux bulletins parus il y a vingt-cinq ou cinquante ans, observe que la proportion des arrêts de censure pour défaut de base légale était nettement plus importante³⁵. Quantitativement au moins, le défaut de base légale n'occupe plus la place qui lui était jadis assignée. Nous sommes incontestablement en présence d'un phénomène de régression.

B. - RÉGRESSIONS

Des déplacements s'opèrent, ici ou là, au détriment du défaut de base légale. Le phénomène est ponctuel. Pour en rendre compte, il faut revenir, pour les distinguer, sur les emplois du défaut de base légale.

Certains emplois sont traditionnels. Le constat diffère certes suivant les matières. Si, dans le domaine de la procédure, il y a peu de censures pour défaut de base légale car la Cour de cassation se reporte volontiers aux pièces de la procédure, en revanche, le défaut de base légale a toujours été largement mis à contribution en matière de responsabilité, et notamment en matière de responsabilité quasi délictuelle. C'est sans doute même son terrain de prédilection. Par ailleurs, le défaut de base légale est un moyen commode pour ménager l'avenir et ne retenir qu'une solution d'attente. Le choix de ce cas d'ouverture révèle alors la prudence de la Cour de cassation, prudence parce qu'on ne veut pas engager l'avenir, ou prudence parce que le cas considéré prête à hésitation. L'ordre public est par excellence une notion juridique et, pourtant, tout récemment, une censure a été prononcée, à propos d'une action engagée par le ministère public, aux motifs que les juges du fond n'avaient pas recherché si l'ordre public était ou non en cause³⁶. Un arrêt un peu antérieur a prononcé une censure, pour défaut de base légale, en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas recherché s'ils n'étaient pas en présence d'une nullité relative, notion pourtant juridique s'il en est³⁷. A la vérité, on pressent, dans ce parti, que la chambre, par prudence, a voulu laisser le débat ouvert.

Contre-épreuve : lorsque sa doctrine est très affirmée, la Cour de cassation délaisse souvent le défaut de base légale pour lui préférer la violation de la loi, incontestablement plus directive. A propos du principe compétence-compétence, un arrêt récent de la chambre commerciale a prononcé une censure pour défaut de base légale³⁸. Mais la première chambre civile, formation normalement compétente en matière d'arbitrage,

²⁷ Parmi les exemples assez nombreux d'arrêts prononçant une censure pour défaut de base légale sous l'égide d'un « *chapeau de tête* », v. 3^e Civ., 20 juin 2007, *Bull.* 2007, III, n° 111 ; 1^{re} Civ., 6 février 2008, *Bull.* 2008, I, n° 36 ; Soc., 7 mai 2008, *Bull.* 2008, V, n° 99 ; 1^{re} Civ., 15 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 135 ; 2^e Civ., 15 mai 2008, *Bull.* 2008, II, n° 115.

²⁸ Chambres réunies, 15 juillet 1941, *Bull.* 1941, n° 143, D.C. 1941, 117, note A. Rouast.

²⁹ 2^e Civ., 5 janvier 1956, *Bull.* 1956, II, n° 2, D. 1957, 261, note Rodière.

³⁰ 1^{re} Civ., 13 décembre 1983, *Bull.* 1983, I, n° 293.

³¹ 1^{re} Civ., 6 juillet 1959, *Rev. crit. DIP* 1959, p. 708, note H. Batiffol.

³² 1^{re} Civ., 14 mars 1984, *JCP* 1984, *Bull.* 1984, I, n° 93 et 98, II, n° 20205.

³³ 1^{re} Civ., 3 mars 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 695.

³⁴ Soc., 23 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 16 ; *Rapport annuel* 2008, p. 211-212.

³⁵ A comparer aux chiffres relevés par H. Motulsky : aux mois de janvier et juin 1948, 30 à 40 % des arrêts de cassation sont rendus sur des défauts de base légale (*in* H. Motulsky, « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique », *JCP* 1949, I, 775).

³⁶ Com., 10 mars 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 35.

³⁷ Com., 29 janvier 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 22.

³⁸ Com., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-21.866.

s'oriente délibérément, en cas de désaccord avec les juges du fond, vers une censure pour violation de la loi³⁹. Enfin, à d'autres occasions, le défaut de base légale est une sorte de relais entre la violation de la loi et le pouvoir souverain. Prenons l'exemple du conflit de lois. Que les juges du fond perdent de vue la règle de conflit de lois ou s'abstiennent d'identifier les dispositions du droit étranger, leur décision sera généralement exposée à une censure pour violation de la loi, plus précisément pour violation des règles gouvernant l'office du juge face à une situation comportant des éléments d'extranéité⁴⁰. Mais que les juges du fond, qui mettent en œuvre la règle de conflit de lois, s'inquiètent du contenu du droit étranger, sans pousser toutefois leurs investigations aussi loin que la Cour de cassation le voudrait, et leur décision est alors sujette à censure pour défaut de base légale⁴¹. Ce qui permet à la Cour de cassation d'aménager une transition en veillant à l'effectivité de son dispositif, sans renier le point de vue selon lequel il n'y a pas de contrôle de la Cour de cassation sur le contenu du droit étranger. Les contrats nommés conduisent à une observation similaire. Ponctuellement, on remarque qu'après avoir refoulé le débat dans le domaine de l'appréciation souveraine, la Cour de cassation s'intéresse à un type de contrat, prudemment, au travers du défaut de base légale, avant de s'orienter vers la violation de la loi, une fois que la configuration de l'institution est assurée. A propos de la garantie à première demande, la Cour de cassation a opposé le pouvoir souverain, puis elle a exercé un contrôle soulevant le défaut de base légale, avant que de prononcer, sa religion étant faite, des censures pour violation de la loi.

Mais cette manière de faire suppose que le juge ait le temps. Or la Cour de cassation sait bien que, souvent, praticiens et usagers sont impatients de connaître sa doctrine, et l'essentiel est qu'elle puisse prendre parti dès que possible. Ce qui explique sans doute que le procédé soit moins sollicité que par le passé. Formulée à propos d'une hypothèse particulière, cette observation a une portée générale. Globalement, en pratique, la Cour de cassation conserve certes les emplois traditionnels du défaut de base légale. Mais l'observateur constate, au fil des années, que, s'ils demeurent, ils sont toutefois sujets à un net mouvement de régression.

A côté des emplois traditionnels qui s'amenuisent, des emplois nouveaux voient le jour.

Ainsi, la Cour de cassation est appelée à veiller à l'application correcte et uniforme des règles imposées soit par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), soit par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Or, l'économie de ces règles, leur formulation, la démarche à suivre pour les mettre en œuvre, les investigations qu'elles postulent imposent, souvent, le recours au défaut de base légale. C'est une voie moyenne qui a l'immense intérêt d'éviter que la Cour de cassation ne déserte, sans pour autant perdre son âme en se jetant dans des débats qui ressortissent incontestablement du domaine du fait. Deux exemples. Les conditions de la publicité comparative, telles qu'arrêtées par la CJCE⁴², ont orienté la chambre commerciale vers un contrôle de défaut de base légale dans un arrêt du 18 décembre 2007⁴³. Autre illustration. C'est dans le cadre d'un contrôle de défaut de base légale que la chambre sociale, dans ses arrêts du 23 janvier 2008, relatifs au contrat à durée déterminée résultant de l'usage, a mis de l'ordre dans la jurisprudence des juges du fond. La rubrique du *Rapport annuel* consacrée à ces arrêts est très éclairante. Il était indispensable d'intervenir pour mettre en fin à des divergences, et donc à de graves incertitudes. Mais dans le même temps, eu égard à sa mission, la Cour de cassation ne pouvait le faire qu'en imposant des directives aux juges du fond, quant aux investigations à effectuer, et le recours au défaut de base légale s'est naturellement imposé⁴⁴.

Cette configuration, il faut le souligner, se retrouve parfois aussi sans qu'il y ait contrainte de la part de la CEDH ou de la CJCE. Deux exemples, là encore relatifs, le premier, au principe de proportion, le second, au principe d'égalité. L'un et l'autre de ces principes sont fortement enracinés dans notre droit, pratiquement dans toutes les disciplines. La Cour de cassation ne peut, dès lors, déceintement s'en désintéresser. Faute de maîtriser tous les éléments de réponse, le recours à la violation de la loi est assurément inadéquat, et le recours au contrôle de défaut de base légale devient par suite un outil utile. C'est de la sorte qu'a procédé, dans un arrêt du 23 septembre 2008, la chambre commerciale⁴⁵, pour la mise en œuvre du principe de proportion à propos des sanctions fiscales. C'est encore de la sorte qu'on a procédé dans les arrêts du 14 octobre 2008 et du 13 janvier 2009⁴⁶ de la chambre sociale, à propos de la légalité des clauses de mobilité, confrontée au principe de proportion. Démarche identique de la part de la première chambre civile, dans un arrêt du 16 octobre 2008⁴⁷, à propos du principe d'égalité, s'agissant de l'exercice des droits de la défense. Evoquant la jurisprudence de la première chambre civile, l'on ne peut s'empêcher de penser que, telle qu'elle est aujourd'hui définie, la contrariété à l'ordre public, au stade de l'accueil des sentences arbitrales, dans la mesure où elle doit être flagrante, effective et concrète, ne peut guère laisser place qu'à un contrôle de défaut de base légale⁴⁸.

Des emplois nouveaux émergent, qu'on ignorait encore il y a peu. Il reste que, entre emplois traditionnels et emplois nouveaux, il faut le reconnaître, le défaut de base légale se fait discret. C'est que si, dans ses champs traditionnels d'intervention, le défaut de base légale est moins sollicité que jadis, un redéploiement, vers des emplois nouveaux, ne fait que se dessiner et n'a pas encore porté tous ses fruits. Et en définitive, s'il est encore bien présent, car souvent indispensable, pour l'heure au moins, l'âge d'or du défaut de base légale

³⁹ Par exemple, 1^{re} Civ., 12 novembre 2009, pourvoi n° 09-10.575.

⁴⁰ Par exemple, 1^{re} Civ., 6 janvier 2010, pourvoi n° 08-14.278.

⁴¹ Par exemple, Com., 3 novembre 2009, pourvois n° 07-20.507 et n° 08-21.232.

⁴² CJCE 8 avril 2003, Pippig Augenoptick e.a., aff. n° C-44-01 ; CJCE 19 septembre 2006, LIDL Belgium, aff. C-356/04.

⁴³ Com., 18 décembre 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 269.

⁴⁴ Soc., 23 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 16, arrêt n° 1.

⁴⁵ Com., 23 septembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 161.

⁴⁶ Soc., 14 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 192 ; Soc. 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 4.

⁴⁷ 1^{re} Civ., 16 octobre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 230.

⁴⁸ 1^{re} Civ., 4 juin 2008, *Bull.* 2008, I, n° 162.

peut être tenu pour révolu. Laissons cette approche dynamique, qui visait à identifier des mouvements, pour faire le constat, en appréhendant cette fois l'institution de façon statique, que ce cas d'ouverture est le siège, en tout état de cause, d'hésitations.

C. - HÉSITATIONS

Deux cas de figures doivent être évoqués pour mémoire. Il a maintes fois été dit que l'avocat en mal de moyens se replie sur ce cas d'ouverture en adossant son grief au bon sens, à l'équité, au réalisme, à la cohérence. Pour sa part, le juge fait de temps à autre usage de ce cas d'ouverture - c'est une observation, elle aussi, banale - lorsque, aux frontières du droit ou du fait, la solution le heurte et qu'il estime ne pas devoir maintenir en opportunité la décision qui lui est déferée. C'est un débat récurrent dans cette enceinte. Mais, dans la vie de tous les jours, l'hypothèse reste marginale et ce cas de figure est aisément maîtrisé. Le juge débouche sans peine le grief qui s'éloigne par trop de la règle et il se discipline pour n'utiliser que de façon exceptionnelle et ne pas dévoyer l'institution. Bref, dans cette occurrence, le défaut de base légale est indéniablement dépourvu de tout intérêt quant à l'élaboration de la norme. Il peut être négligé.

Autre cas de figure, qu'il y a lieu également de mentionner : l'hypothèse où, communément, violation de la loi et défaut de base légale sont alternativement utilisés, sans que les raisons qui justifient cette situation puissent être aisément élucidées. Exemple : les juges du fond se déterminent au vu d'une circonstance indifférente, en délaissant une autre circonstance, pertinente celle-là. Tantôt la censure est prononcée pour violation de la loi, et la cassation met l'accent sur la méprise. Tantôt la censure est prononcée pour défaut de base légale, et la Cour de cassation s'attache moins à l'erreur commise qu'à l'insuffisance que cette erreur a engendrée⁴⁹. Il y a incontestablement hésitation. Mais, pour ce qui regarde notre propos, on peut la négliger, car elle est sans conséquence. Quel que soit le choix de la Cour de cassation, il a toujours vocation à être porteur d'un message d'un point de vue normatif.

A d'autres occasions, en revanche, un intérêt s'attache à tracer les frontières du défaut de base légale pour faire la part entre ce qui entre dans les attributions de la Cour de cassation et ce qui, à l'inverse, doit y échapper, pour rester du seul ressort des juges du fond. Or, au vu des espèces, la réponse à apporter à cette question n'est rien moins qu'évidente. Essayons de raisonner à partir de quelques exemples. Dans un arrêt du 14 février 2008⁵⁰, la première chambre civile a censuré les juges du fond - nous étions en matière de propriété intellectuelle - pour n'avoir pas pris en compte, dans un examen groupé, l'ensemble des éléments qui leur étaient soumis, démontrant l'existence d'une création. On pourrait rapprocher cette espèce d'un arrêt du 27 janvier 2009⁵¹. Il a censuré les juges du fond, dans le domaine des marques, pour avoir apprécié la distinctivité des marques au regard de chacun de ces éléments pris séparément, et non dans le cadre d'une appréciation globale. Autre exemple, à partir d'un arrêt de la chambre sociale, cette fois du 24 septembre 2008⁵², rendu à propos du harcèlement moral : les juges du fond ont été censurés pour avoir omis de regrouper les différents éléments invoqués à l'effet de caractériser le harcèlement. Ces censures peuvent paraître hétérodoxes. Conformément à une jurisprudence dominante, c'est aux juges du fond de déterminer s'il suffit d'examiner chacun des éléments invoqués ou si, en sus, il faut procéder à un examen conjoint. Pourtant, si on y réfléchit quelque peu, chacune des chambres ne pouvait faire autrement que de s'orienter vers une censure. Car, au regard de la règle substantielle, c'est bien la réunion de tous les éléments qui permet de dire s'il y a création ou non, ou s'il y a un signe distinctif ou non, de même que l'identification du harcèlement postule bien une appréciation d'ensemble⁵³. Où l'on voit que la censure, loin de s'affranchir des limites qui encadrent la mission de la Cour de cassation, n'est là que pour donner tout son sens, en tout cas tout son effet, à la règle substantielle qui est en jeu.

Poursuivons, toujours à partir d'exemples. Les juges du fond ne peuvent pas se borner, décide la première chambre civile, s'agissant de savoir si le mariage a été ou non dissous, à examiner les fiches d'état civil⁵⁴. Dans le même sens, en matière douanière, la chambre commerciale impose aux juges du fond de s'interroger sur le contenu de documents administratifs⁵⁵. La Cour de cassation s'immisce dans le pouvoir souverain, est-on tenté d'objecter dans un premier mouvement. A la réflexion, dans le premier cas, la Cour de cassation se borne à fixer les règles s'agissant de la preuve de l'état des personnes, cependant que, dans le second cas, elle se prononce tout simplement sur le statut de documents administratifs, compte tenu, tout d'abord, du rôle dévolu à la pratique administrative, ensuite, de l'attente légitime des parties. Dans le même ordre d'idées, l'on peut évoquer les arrêts exigeant des juges du fond, sous peine de censure pour défaut de base légale, qu'ils se livrent à une analyse concrète⁵⁶ ou s'assurent du caractère effectif d'une situation⁵⁷, ou encore des conditions réelles de l'activité⁵⁸. D'aucuns diraient que la Cour de cassation aborde là des questions de fait. Mais, à l'instar de la CEDH ou de la CJCE, elle veille simplement, eu égard aux objectifs poursuivis et à la manière dont doit être comprise la règle, à contraindre les juges du fond à s'écarter des apparences, à ne pas s'attacher à ce qui a pu être exprimé, pour ne retenir, comme pertinente, que la réalité de la situation, voire la manière dont les protagonistes ont pu vivre la situation en cause.

⁴⁹ Com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.949.

⁵⁰ 1^{re} Civ., 14 février 2008, *Bull.* 2008, I, n° 52.

⁵¹ Com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.949.

⁵² Soc., 24 septembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 175.

⁵³ Jadis, et dans un autre contexte, la jurisprudence avait décidé, en matière de conflit de lois, que la détermination du régime matrimonial passait par une analyse d'ensemble des points de rattachement, sans que le juge puisse se borner à fonder sa décision sur un seul élément : 1^{re} Civ., 7 juin 1977, *Bull.* 1977, I, n° 267, *Rev. crit. DIP* 1978, 119, note H. Batiffol.

⁵⁴ 1^{re} Civ., 27 mars 2007, *Bull.* 2007, I, n° 13.

⁵⁵ Com., 20 mars 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 92.

⁵⁶ Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75 : à propos du principe « à travail égal, salaire égal », les juges du fond doivent se livrer à une analyse concrète.

⁵⁷ Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 10.

⁵⁸ Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 12.

Allons plus loin pour évoquer des espèces réellement susceptibles de dérouter le lecteur. Tel arrêt prononce une censure, au motif que les juges du fond n'ont pas indiqué pour quelles raisons un fait pouvait être tenu pour établi⁵⁹. Tel autre reproche aux juges du fond d'avoir procédé, s'agissant d'un point de fait, par simple affirmation⁶⁰. Tel autre encore prononce une censure pour défaut de base légale, au motif qu'il n'y a pas eu analyse des pièces⁶¹. Arrêt de censure encore, à propos d'une décision ayant raisonné par analogie : la situation d'une personne ne peut être traitée sur le seul fondement d'un raisonnement analogique⁶². Ces différentes espèces méritent d'être rapprochées. Elles ont donné lieu à publication. Elles ne peuvent être tenues pour l'effet d'un accident ou d'un relâchement. Elles peuvent toutefois être comprises comme procédant d'une immixtion - critiquable - dans le travail des juges du fond. Pour autant, à examiner de près les espèces, le lecteur comprend qu'en poussant son contrôle, la Cour de cassation a pris en compte des considérations tenant à l'effectivité de la règle, à sa raison d'être, voire aux usages, ou encore aux règles d'expérience⁶³, bref, qu'elle a été sensible à toutes sortes d'incitations relevant, non pas des faits au sens des données de l'espèce, mais bien du droit, au sens large, en tant qu'il inclut la politique jurisprudentielle. Les exemples pourraient être multipliés. Pour ce qui nous regarde, retenons une leçon. En définitive, un point est essentiel. Il faut se souvenir que le défaut de base légale, classé dans les moyens touchant au fond, est au service de la règle. Si même il peut apparaître comme exigeant des juges du fond des investigations poussées sur le terrain du fait, la contrainte est justifiée dès lors qu'elle trouve sa justification dans la règle et qu'elle présente un lien, et un lien étroit, avec la règle. A l'inverse, si ce lien se relâche, s'il se distend, s'il devient trop ténu, le recours au défaut de base légale est disqualifié et il perd toute légitimité. Mais il faut reconnaître que ce départ, que la Cour de cassation doit faire chaque jour entre le fait et le droit, entre ce qui relève de sa juridiction et ce qu'il faut abandonner au juge du fond, constitue indéniablement, au gré des espèces, un exercice délicat.

En guise de conclusion, il est permis de formuler trois observations.

La première est d'ordre pratique. Quoi qu'on puisse penser du défaut de base légale, il faut lui reconnaître un mérite, qui n'a pas de prix, à savoir qu'il prémunit incontestablement contre l'arbitraire ou - ce qui revient au même - contre le soupçon d'arbitraire. Chacun de nous constate, dans sa vie quotidienne, que rien ne remplace, pour contrôler la justesse d'une idée, l'épreuve de l'écrit. Contraignant le juge à s'expliquer, le défaut de base légale le garde de l'erreur. Par ailleurs, l'autorité de l'institution judiciaire, condition de son efficacité, est étroitement liée à la perception qu'en a le justiciable ou son conseil. Or, le fondement de cette autorité réside dans la force du raisonnement, dans sa complétude, dans sa pertinence, que sanctionne précisément le défaut de base légale.

La deuxième observation est d'ordre politique. Par certains côtés, ce cas d'ouverture peut paraître approximatif, indécis, subtil. Il souffre de la comparaison avec la violation de la loi. Il n'en a ni la logique implacable ni l'esthétique. Mais il est souple, et cette souplesse en fait un instrument irremplaçable pour la Cour de cassation, car il lui permet d'ajuster son contrôle en fonction de sa politique jurisprudentielle. L'effectivité de la règle, exigence à laquelle sont particulièrement attachés les juges de Luxembourg ou de Strasbourg, est largement tributaire d'un contrôle de défaut de base légale.

La troisième et dernière observation est d'ordre théorique. Depuis toujours, notre droit est traversé par des tensions. Quand les glossateurs et l'Ecole de Barthele raisonnaient sur des situations concrètes - « *Ex facto jus oritur* : le droit naît du fait », énonçait Balde -, quand les humanistes et les juristes du Grand Siècle tels que Cujas, Doneau, Domat ont eu le goût du raisonnement déductif et se sont plu à l'édification de systèmes, quand les juristes du début du XIX^e siècle ont mêlé l'esprit philosophique, qui leur a été transmis par les Lumières, et l'attention à la lettre des textes qu'impliquait la codification, leurs successeurs se sont tournés vers l'Ecole historique, puis vers l'Ecole de la libre recherche scientifique, pour libérer le droit des constructions purement intellectuelles et l'arrimer, afin de mieux l'enraciner, à son contexte social, économique, culturel. Plus près de nous, quand les plus grands juristes de la fin du XIX^e siècle et du XX^e siècle se sont appliqués à élaborer des théories générales, en sollicitant la raison, comme l'ont fait Aubry et Rau, Planiol, Ripert et bien d'autres, des auteurs récents se réclamant de Demogue, impressionnés par le droit anglo-saxon, attentifs aux invitations de Luxembourg ou de Strasbourg, veulent qu'on s'attache aux effets concrets de la règle, aux équilibres sociaux et économiques qu'elle postule, aux effets pratiques qu'elle induit. Or, au stade du pourvoi en cassation, c'est souvent au travers du défaut de base légale, plus qu'au travers d'un contrôle de violation de la loi, où il est parfois mal à l'aise, que ce courant parvient à s'exprimer.

ÉLÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE

I. - Pour une première approche

1. M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, Méthodes du droit, 2006, p. 161-168.
2. J. Buffet et alii, *Règles de droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, 2003, n° 144-150, p. 64-66.
3. *Formulaire de la Cour de cassation*, matière civile, La Documentation française, 1988, p. 295-297.

⁵⁹ 1^{re} Civ., 22 novembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 367.

⁶⁰ 1^{re} Civ., 14 février 2008, *Bull.* 2008, I, n° 52 ; Civ. 3, 19 mars 2008, *Bull.* 2008, I, n° 51.

⁶¹ Com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-15.002, à paraître au *Bulletin civil*.

⁶² 2^e Civ., 24 mai 2007, *Bull.* 2007, II, n° 134.

⁶³ Pour un exemple de règle d'expérience, v. 1^{re} Civ., 22 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 147 : en matière de responsabilité médicale, des juges du fond sont censurés pour ne s'être pas interrogés sur l'attitude du médecin au regard des informations que fournissait le « Dictionnaire Vidal ».

4. H. Motulsky, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs », Sirey, 1948, n° 142-145, p. 162-171.
5. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2006, n° 867, p. 542-544.
6. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 2^e éd., n° 1809, p. 1265-1266.
7. J. Heron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2006, n° 793 p. 633-635, n° 798, p. 638-340 et n° 807, p. 646-648.
8. Y. Chartier, *La Cour de cassation*, Que sais-je ?, 2^e éd., p. 68-69.
9. J.-F. Weber, *La Cour de cassation*, La Documentation française, 2006, p. 68-70.
10. C. Puigelier, *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec, 1996, n° 680-693, p.199-205.

II. - Pour une analyse approfondie

1. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 2009/2010, n° 7800 à 78155, p. 432-447.
2. Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997.

III. - Sur les origines

1. Th. Crepon, *La Cour de cassation. Origines, organisation, attribution du pourvoi en cassation en matière civile*, T. III, Larose et Forcel éditeurs, 1892, n° 145-167, p. 47-55.
2. E. Faye, *La Cour de cassation*, Librairie Marescq aîné, 1903, n° 79-121, p. 133-139.
3. A. Besson, *Répertoire de procédure civile et commerciale*, Dalloz, 1^{re} éd., v°, Cassation, n° 1448-1465.
4. Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1996, n° 9-51, p.11-41.

IV. - Sur le défaut de base légale et la formation de la règle

1. J.-P. Ancel, Intervention sur « l'élaboration de la norme et le contrôle de la Cour de cassation », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, *Economica*, 2004, p. 95-96.
 2. Ph. Blondel, « Le manque de base légale, son avenir », *Mélanges Ponsard*, Litec, 2003, p. 59.
 3. D. Foussard, « La Cour de cassation française et l'unification du droit », *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 161-181.
 4. D. Foussard, « Manque de base légale et création de la règle », « La Cour de cassation et l'élaboration du droit », *Economica*, 2004, p 69-93.
 5. M.-N. Jobard-Bachelier, « Manque de base légale et application de la loi étrangère », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, *Economica*, 2004, p. 97-109.
 6. H. Motulsky, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs », Sirey, 1948, spéc. n° 142-147, p. 162-171.
 7. H. Motulsky, « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique », *JCP* 1949, I, 775.
- Parmi les publications relatives à la lecture ou à l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation :
8. A. Breton, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, 1975, p. 7.
 9. G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », *Mélanges Boré*, 2007, p. 79-96.
 10. J. Ghestin, « Une réflexion sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *Mélanges Ponsard*, Litec, 2004, p. 180-194.
 11. R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681.
 12. A. Perdriau, « La portée doctrinale des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1990, I, 3468.
 13. J. Voulet, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP*, 1970, I, 2305.
 14. J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009.

V. - Sur le statut procédural du défaut de base légale

1. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 2009/2010, n° 7800 à 78155, p. 432-447.
2. Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997.
3. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey 1948.

VI. - Pour une comparaison

1. F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, n° 195-202, p. 307-312.

VII. - A propos de la controverse qu'a suscitée le défaut de base légale

1. J. Bel, « Le bicentenaire de la révolution : retour aux sources pour la Cour de cassation », *D.* 1989, chronique 105, note 17.
2. J-F. Burgelin, *D.* 2001, Point de vue, p. 934.
3. A. Ponsard, in M.-N. et X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, Méthodes du droit, préface à la première édition, p. VII.

Texte de l'arrêt identifié par le professeur Le Bars comme ayant consacré pour la première fois une censure pour défaut de base légale : Civ., 26 octobre 1808, *Bull.* n° 142.

Jurisprudence

Tribunal des conflits

N° 393

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Contentieux du recouvrement de l'impôt. - Contentieux portant sur l'exigibilité de la taxe sur la valeur ajoutée. - Définition. - Applications diverses.

Une contestation relative à l'exigibilité de la créance fiscale afférente au recouvrement de la taxe sur la valeur ajoutée exigible au titre de la continuation de l'activité d'un contribuable entre l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire dont il a fait l'objet et la conversion de cette procédure en liquidation judiciaire, clôturée pour insuffisance d'actif, qui ne se rattache à aucune procédure collective en cours, relève de la compétence du juge administratif, en application des dispositions de l'article L. 281 du livre des procédures fiscales.

19 octobre 2009.

N° 09-03.694. - CAA Nancy, 10 avril 2008.

M. Martin, Pt. - M. Gallet, Rap. - M. Guyomar, Com. du gouv.

N° 394

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à un contrat administratif. - Contrat administratif. - Définition. - Applications diverses.

Relève de la compétence des juridictions de l'ordre administratif le litige relatif aux conséquences du non-renouvellement d'un contrat administratif établi sur le fondement du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986, relatif aux agents non titulaires de l'Etat, signé à l'échéance d'un contrat « emploi consolidé ».

19 octobre 2009.

N° 09-03.729. - CPH Bobigny, 20 novembre 2008.

M. Martin, Pt. - M. Daël, Rap. - M. Gariazzo, Com. du gouv.

N° 395

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à un ouvrage public. - Définition. - Etendue. - Limites. - Action en réparation d'un dommage causé à l'utilisateur

d'un service public industriel et commercial. - Applications diverses.

Si les litiges nés des rapports de droit privé qui lient un service public industriel et commercial de distribution de gaz à ses usagers relèvent de la compétence des juridictions judiciaires, il en va autrement lorsque l'utilisateur demande réparation d'un dommage qui est étranger à la fourniture de la prestation et provient de la défectuosité d'un ouvrage ne constituant pas un raccordement particulier au réseau public.

Relève en conséquence de la compétence de la juridiction administrative la demande formée par l'utilisateur en réparation d'un dommage résultant de fuites de gaz survenues à proximité d'un réservoir de propane installé et entretenu par Gaz de France, pour l'ensemble du lotissement dont fait partie son habitation, dû à la défectuosité d'un raccord situé sur la canalisation reliant le réservoir au réseau public de distribution desservant le lotissement.

19 octobre 2009.

N° 09-03.700. - CA Grenoble, 26 mai 2008.

M. Martin, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Guyomar, Com. du gouv.

N° 396

Séparation des pouvoirs

Conflit. - Conflit négatif de juridictions. - Définition. - Déclaration d'incompétence des juridictions de chaque ordre. - Portée.

Un juge des référés, saisi d'une demande tendant à voir ordonner une mesure d'instruction relative à un litige de nature à relever, ne fût-ce que pour partie, de la compétence des juridictions de l'ordre auquel il appartient, ne peut refuser de statuer sur la participation à cette mesure de toute personne susceptible d'être partie au litige.

En déclarant à tort qu'il n'est pas compétent pour se prononcer sur la question de la participation d'un médecin aux opérations de l'expertise qu'il ordonne, un juge des référés ne crée pas un conflit négatif entre les deux ordres de juridiction.

19 octobre 2009.

N° 09-03.721. - TA Nouméa, 11 février 2009.

M. Martin, Pt. - M. Bélaval, Rap. - M. Gariazzo, Com. du gouv.

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 397

Appel civil

Evocation. - Conditions. - Jugement ordonnant une mesure d'instruction. - Cour d'appel. - Pouvoirs. - Etendue. - Détermination. - Portée.

C'est par une exacte application de l'article 568 du code de procédure civile qu'une cour d'appel, saisie d'un jugement ayant ordonné une mesure d'instruction, peut faire usage de son droit d'évocation et statuer sur une demande de prestation compensatoire non jugée en première instance, dès lors qu'elle constate que la mesure ordonnée a pour objet de fournir les éléments de fait permettant de déterminer la valeur du droit viager de l'épouse sur l'immeuble commun.

1^{re} Civ. - 28 octobre 2009.

REJET

N° 08-20.724. - CA Douai, 6 décembre 2007.

M. Bague, Pt. - M. Chaillou, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue juridique Personnes et famille, n° 1, janvier 2010, p. 25, note Thierry Garé (« Où la Cour de cassation retient une conception extensive de l'évocation dans un litige relatif à une prestation compensatoire »).

N° 398

Architecte entrepreneur

Réception de l'ouvrage. - Parties à la réception. - Exclusion. - Sous-traitant. - Portée.

La présence ou la convocation du sous-traitant à la réception, acte auquel il n'est pas partie, n'est pas une condition de la mise en œuvre de la garantie de son assureur.

3^e Civ. - 20 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-15.381. - CA Metz, 26 février 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Vérité, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2009, Chroniques, p. 657-658, note Gilbert Leguay (« Assurance du sous-traitant et réception »).

N° 399

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Garantie décennale. - Domaine d'application. - Désordres portant atteinte à la solidité de l'immeuble et rendant l'ouvrage impropre à sa destination. - Désordres n'ayant pas encore la gravité requise. - Evolution certaine dans le délai. - Constatation nécessaire.

Justifie sa décision une cour d'appel qui, pour dire que les désordres ne relèvent pas de l'article 1792 du code civil, retient qu'elle ne peut pas affirmer que les dommages visés par cet article surviendront avec certitude dans le délai décennal.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.

REJET

N° 08-15.136. - CA Rouen, 26 mars 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M^e de Nervo, SCP Gadiou et Chevallier, M^e Odent, SCP Vincent et Ohl, SCP Boutet, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

N° 400

Assurance (règles générales)

Prescription. - Prescription biennale. - Interruption. - Acte interruptif. - Désignation d'expert. - Différents chefs de préjudice. - Effet.

Il résulte de l'article L. 114-2 du code des assurances que toute désignation d'expert à la suite d'un sinistre interrompt la prescription pour tous les chefs de préjudice qui ont résulté de ce sinistre, alors même que l'expertise ne porterait que sur certains d'entre eux.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

CASSATION

N° 07-21.487. - CA Basse-Terre, 3 juillet 2007.

M. Gillet, Pt. - Mme Nicolétis, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - M^e Spinosi, SCP Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2009, Chroniques, p. 656-657, note Gilbert Leguay (« L'interruption de la prescription biennale-assurance »).

N° 401

Assurance de personnes

Assurance-vie. - Souscripteur. - Faculté de renonciation. - Article L. 132-5-1 du code des assurances. - Application. - Demande de rachat total d'un contrat d'assurance sur la vie. - Effet.

La demande de rachat total d'un contrat d'assurance sur la vie met fin à ce contrat et prive de tout effet la faculté de renonciation exercée antérieurement.

Dès lors, les souscripteurs qui, par leurs demandes de rachat, ont mis fin aux contrats ne peuvent plus exercer leur faculté de renonciation, et les réserves qu'ils ont émises sur leurs demandes de rachat sont inopérantes.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-20.903. - CA Paris, 23 septembre 2008.

M. Gillet, Pt. - Mme Aldigé, Rap. - M^e Blanc, M^e Ricard, Av.

N° 402

1^o Autorité parentale

Exercice. - Intervention du juge aux affaires familiales. - Saisine. - Modalités. - Détermination. - Portée.

2^o Autorité parentale

Exercice. - Intervention du juge aux affaires familiales. - Compétence. - Fonction de juge des référés. - Domaine d'application. - Etendue. - Détermination.

3^o Appel civil

Effet dévolutif. - Limites. - Compétence limitée à celle du premier juge. - Juge des référés.

1^o En cas de désaccord de parents séparés sur le lieu de résidence des enfants, l'un d'eux peut saisir, dans les formes du référé, le juge aux affaires familiales pour qu'il statue comme juge du fond. Ce juge peut également être saisi en référé pour qu'il prenne, à titre provisoire, toutes mesures que justifie l'existence d'un différend en cas d'urgence ou qu'il prescrive les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans tous les cas, le juge aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

2^o En application de l'article 1073 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des référés, et ces fonctions ne sont pas réservées à certains litiges.

3^o La cour d'appel, saisie de l'appel d'une ordonnance du juge des référés, ne peut statuer que dans les limites de la compétence de celui-ci.

1^{re} Civ. - 28 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-11.245. - CA Montpellier, 21 novembre 2007.

M. Bague, Pt. - Mme Traperro, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2009, Jurisprudence, p. 490,

note Inès Gallmeister (« Compétence d'attribution et modalités de saisine du JAF en matière de fixation de la résidence habituelle de l'enfant »).

N° 403

Bail commercial

Cession. - Rapports entre le cédant et le bailleur. - Clause stipulant la solidarité du cédant pour le paiement des loyers et l'exécution des conditions du bail. - Portée.

Sauf convention contraire, le cédant d'un bail commercial n'est pas tenu de garantir au bailleur le paiement des indemnités d'occupation dues par le cessionnaire après résiliation du bail.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-16.826. - CA Montpellier, 3 avril 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Tiffreau, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2681-2682, note Yves Rouquet (« Garantie due par le cédant d'un fonds de commerce »). Voir également la Revue des loyers, n° 903, janvier 2010, jurisprudence, p. 18-19, note Charles-Henri Gallet (« L'étendue de la garantie du cédant d'un fonds de commerce après résiliation du bail des locaux abritant ce fonds »), La Semaine juridique, édition générale, n° 51, 14 décembre 2009, Chronique de droit des contrats, n° 574, spec. n° 17, p. 46, note Anne-Sophie Barthez, et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 129, p. 133-134.

N° 404

Communiqué

L'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 28 octobre 2009 (pourvoi n° 08-16.135) donne l'occasion de rappeler l'articulation des principes du droit des baux commerciaux conférant, au preneur, le droit de prétendre au renouvellement de son bail, au bailleur, celui de mettre fin au contrat à son échéance, moyennant le paiement d'une indemnité d'éviction.

La question de la combinaison de ces règles se pose notamment lorsque la validité ou la justification d'un congé notifié par le bailleur est contestée. Tout dépend alors du vice affectant le congé :

- si le congé est nul, pour inobservation des dispositions de l'article L. 145-9 du code de commerce, il ne peut produire aucun effet, de sorte que le bail se poursuit par tacite reconduction, jusqu'à notification par le bailleur d'un autre congé régulier (par exemple, 3^e Civ., 23 mars 2004, pourvoi n° 01-15.748 : « à défaut de congé valable, le bail [se] poursuit par tacite reconduction et [ne peut] prendre fin que par un nouveau congé délivré par le bailleur ») ;

- lorsqu'un congé, sans être intrinsèquement irrégulier, comporte un refus de renouvellement sans offre de paiement d'une indemnité d'éviction, soit sans aucune motivation, soit pour des motifs ne répondant pas aux conditions de l'article L. 145-17 du code de commerce, il vaut néanmoins comme congé. Autrement dit, le bailleur peut s'en prévaloir pour refuser le renouvellement du bail et reprendre la disposition des locaux, à condition d'offrir, dans ce cas, le paiement d'une indemnité d'éviction. C'est en ce sens que se prononce, comme d'autres arrêts de la Cour (par exemple, 3^e Civ., 8 février 2006, *Bull.* 2006, III, n° 26 ; 3^e Civ., 15 mai 2008, *Bull.* 2008, III, n° 82 ; 3^e Civ., 25 novembre 2009, pourvoi n° 08-21.029, en cours de publication), l'arrêt du 28 octobre 2009 : « L'absence ou l'insuffisance de motivation d'un congé avec refus de renouvellement pour motifs graves

et légitimes sans offre d'indemnité d'éviction laisse subsister le congé et le droit pour le preneur de prétendre au paiement d'une indemnité d'éviction ».

Il est donc important de souligner que la « sanction » d'une absence ou d'une insuffisance de motivation d'un congé intrinsèquement régulier ne peut être le renouvellement automatique du bail, compte tenu du droit absolu du bailleur d'y mettre fin à son terme, mais seulement l'obligation de principe, pour lui, de payer, au preneur privé de renouvellement, une indemnité d'éviction. Reste alors au bailleur la faculté, si les conditions en sont réunies, d'exercer le « droit de repentir » qui lui est ouvert par l'article L. 145-58 du code de commerce, pour échapper au paiement de l'indemnité d'éviction, et de consentir au preneur un renouvellement du bail.

Les mêmes principes valent pour l'application de l'article L. 145-10 du code de commerce : lorsque le bailleur, en réponse à une demande de renouvellement de bail présentée par le preneur, délivre un acte refusant le renouvellement du bail sans offre de paiement d'une indemnité d'éviction, l'absence de justification de cet acte ne l'empêche pas de produire effet, à l'échéance du bail, sous réserve du paiement, par le bailleur, d'une indemnité d'éviction (3^e Civ., 25 novembre 2009, précité).

Bail commercial

Congé. - Refus de renouvellement sans indemnité d'éviction. - Motifs. - Motifs graves et légitimes. - Absence ou insuffisance de motivation du congé. - Effet.

L'absence ou l'insuffisance de motivation d'un congé avec refus de renouvellement pour motifs graves et légitimes sans offre d'indemnité laisse subsister le congé et le droit pour le preneur de prétendre au paiement d'une indemnité d'éviction.

Viola ainsi les articles L. 145-17 et L. 145-14 du code de commerce une cour d'appel qui retient que le refus de renouvellement de bail sans offre d'indemnité d'éviction n'est pas motivé et en déduit que le bail s'est renouvelé.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

RABAT D'ARRÊT ET CASSATION

N^o 07-18.520 et 08-16.135. - CA Pau, 27 juin 2006, et Cour de cassation, 3^e Civ., 30 septembre 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Assié, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Bouthors, M^e Copper-Royer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n^o 41, 26 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2747-2748, note Yves Rouquet (« Bail commercial : congé-sanction insuffisamment motivé »). Voir également la revue Procédures, n^o 12, décembre 2009, commentaire n^o 386, p. 20, note Roger Perrot (« Pourvoi formé au nom d'une personne décédée »), la Revue Lamy droit des affaires, n^o 44, décembre 2009, Actualités, n^o 2617, p. 23-24, note Marina Filiol de Raimond (« Congé délivré par le bailleur insuffisamment motivé »), la revue Loyers et copropriété, n^o 12, décembre 2009, commentaire n^o 292, p. 16, note Philippe-Hubert Brault (« Sur les conséquences du rejet par la juridiction saisie des motifs graves et légitimes invoqués par le bailleur »), la Revue des loyers, n^o 903, janvier 2010, jurisprudence, p. 16-17, note Marie-Odile Vaissié (« L'insuffisance de motifs laisse subsister le congé refusant le renouvellement »), la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n^o 1/10, janvier 2010, décision n^o 12, p. 17, et la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, n^o 1, janvier 2010, p. 20 à 23, note Adeline Cerati-Gauthier (« Bail commercial : validité du congé »).

N^o 405

Bail commercial

Sous-location. - Droit au renouvellement du bail. - Conditions. - Concours à l'acte de renouvellement ou agrément tacite du propriétaire.

Lorsqu'un sous-bail commercial a été renouvelé, le sous-locataire ne bénéficie d'un droit direct au renouvellement de son bail que si le propriétaire a été appelé à concourir à l'acte de renouvellement ou s'il résulte d'un acte clair et non équivoque qu'il a tacitement agréé le renouvellement du sous-bail.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

CASSATION

N^o 08-18.736. - CA Paris, 28 mai 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Tiffreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n^o 41, 26 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2748, note Yves Rouquet (« Sous-location commerciale : acte de renouvellement »). Voir également la Revue des loyers, n^o 903, janvier 2010, jurisprudence, p. 12 à 14, note Bertrand de Lacger (« Sous-location : nécessité d'appeler le bailleur à l'acte de renouvellement »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n^o 1/10, janvier 2010, décision n^o 126, p. 132-133.

N^o 406

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Congé. - Pluralité de preneurs. - Congé donné par l'un d'entre eux. - Absence de clause de solidarité. - Effets.

Lorsqu'il délivre seul congé au bailleur, le cotitulaire d'un contrat de bail d'habitation qui ne comporte pas de clause de solidarité entre les preneurs n'est pas redevable des loyers et charges afférents à la période du préavis s'il a quitté les lieux, dès lors que le logement se trouve occupé, pendant la même période, par le cotitulaire du contrat.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

REJET

N^o 08-17.209. - CA Rouen, 24 avril 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n^o 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2686, note G. Forest (« Départ d'un colocataire et loyers échus durant le préavis »). Voir également la revue Administrer, n^o 428, janvier 2010, Sommaires, p. 54, note Danielle Lipman-W. Boccara, la revue Loyers et copropriété, n^o 12, décembre 2009, commentaire n^o 282, p. 11-12, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Congé délivré par un colocataire non solidaire : quid du délai de préavis ? »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n^o 1/10, janvier 2010, décision n^o 15, p. 20.

N^o 407

Bail rural

Bail à ferme. - Conclusion. - Date. - Détermination.

Le défaut de précision de la date d'effet du bail n'empêche pas la formation du contrat de bail.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-20.224. - CA Amiens, 16 septembre 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Peyrat, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Copper-Royer, SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 378, décembre 2009, commentaire n° 180, p. 30 (« La date d'effet n'est pas un élément constitutif du contrat de bail rural »), n° 379, janvier 2010, commentaire n° 1, p. 25-26, note Jean-Jacques Barbiéri (« Quand la promesse de bail vaut-elle bail ? »), et n° 380, février 2010, commentaire n° 10, p. 31, note Samuel Crevel (« Le temps n'a pas de prise sur le bail rural »). Voir également la revue Droit et procédures, n° 1, janvier 2010, Chroniques - droit des baux immobiliers, p. 2-3, note Eric Savaux, Rose-Noëlle Schütz et Denis Rochard, la revue Loyers et copropriété, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 279, p. 9-10, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Promesse de bail : éléments essentiels »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 51, 14 décembre 2009, Chronique de droit des contrats, n° 574, spec. n° 7, p. 43, note Grégoire Loiseau.

N° 408

Bail rural

Bail à ferme. - Prémption. - Titulaire du droit. - Conditions. - Détermination.

En raison de l'effet déclaratif du partage, l'adjudication d'un bien successoral au profit d'un cohéritier ne constitue pas une aliénation à titre onéreux ouvrant droit à la prémption du preneur en place. Mais si l'adjudicataire est un tiers étranger à l'indivision, le cohéritier preneur en place peut faire valoir son droit de prémption.

Dès lors, viole l'article L. 412-1 du code rural la cour d'appel qui dénie tout droit de prémption au cohéritier preneur en place avant que les résultats de la licitation et l'identité de l'adjudicataire ne soient connus.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-17.019. - CA Montpellier, 28 avril 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Peyrat, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Blondel, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 378, décembre 2009, commentaire n° 179, p. 30 (« L'existence du droit de prémption du coïndivisaire preneur est conditionné au résultat de l'adjudication »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2009, Jurisprudence, p. 496, note Christophe Vernières (« Licitation d'un bien indivis et droit de prémption du preneur à bail rural »), et la Revue des loyers, n° 902, décembre 2009, jurisprudence, p. 500 à 503, note Bernard Peignot (« La mise en œuvre du droit de prémption du preneur en place en cas de mise en vente du bien loué sur licitation »).

N° 409

Banque

Responsabilité. - Faute. - Manquement à l'obligation de mise en garde. - Préjudice. - Perte d'une chance. - Applications diverses. - Caution. - Différence avec le remboursement du prêt à concurrence du montant de son engagement.

Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter.

En conséquence, viole l'article 1147 du code civil la cour d'appel qui retient que le préjudice découlant du manquement d'une banque à son devoir de mise en garde envers une caution

consiste pour celle-ci à devoir faire face au remboursement du prêt consenti au débiteur principal à concurrence du montant de son engagement.

Com. - 20 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-20.274. - CA Angers, 24 juin 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Guillou, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M^e Foussard, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 12 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2607-2608, note Xavier Delpech (« Obligation de mise en garde : préjudice né du manquement »), et n° 44, 24 décembre 2009, Etudes et commentaires, p. 2971 à 2973, note Dimitri Houtcieff (« La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 46, 9 novembre 2009, Jurisprudence, n° 422, p. 31, note Lisa Dumoulin (« Définition du préjudice né du manquement à l'obligation de mise en garde »), n° 48, 23 novembre 2009, Jurisprudence, n° 482, p. 29 à 31, note Stéphane Piedelièvre (« Définition du préjudice né du manquement à l'obligation de mise en garde »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 46, 20 octobre 2009, Jurisprudence, n° 2053, p. 12-13, note Dominique Legeais (« Devoir de mise en garde et perte d'une chance »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 68, p. 65.

N° 410

Bornage

Action en bornage. - Ligne séparative. - Fixation. - Expertise. - Rapport. - Homologation. - Portée.

Est irrecevable faute d'intérêt l'appel tendant à faire statuer la cour d'appel sur les limites d'un fonds, lorsque l'appelant a reçu satisfaction de sa demande d'homologation du rapport d'expertise portant sur la délimitation et le bornage de ce fonds.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

REJET

N° 08-19.363. - CA Aix-en-Provence, 30 mai 2008.

M. Lacabarats, Pt. et Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Carbonnier, M^e Balat, Av.

N° 411

Cession de créance

Cession de créance professionnelle. - Cessionnaire. - Recours contre le cédant. - Garantie du cédant à l'égard du cessionnaire. - Conditions. - Créance cédée déclarée au passif du débiteur cédé (non).

Lorsque la cession de créance professionnelle est effectuée à titre de garantie d'un crédit, le cédant reste tenu, en sa qualité de débiteur principal, vis-à-vis de l'établissement cessionnaire lui ayant accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif du débiteur cédé.

Com. - 20 octobre 2009.

REJET

N° 08-18.233. - CA Fort-de-France, 14 mars 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Cohen-Branche, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M^e Blondel, M^e Brouchet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 12 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2611 (« Cession de créance : portée de la garantie solidaire du cédant »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires,

n° 44, décembre 2009, Actualités, n° 2626, p. 35, note Delphine Chemin-Bomben (« Cession Dailly et procédure collective du débiteur cédé »).

N° 412

Circulation routière

Conduite sous l'empire d'un état alcoolique. - état alcoolique. - Preuve. - Ethylomètre. - Mesure du taux d'alcool. - Éléments de preuve soumis au débat. - Appréciation des juges du fond.

Si le décret du 31 décembre 1985 fixe, pour les modalités d'homologation et de vérification des éthylomètres, l'erreur maximale tolérée sur la mesure de la concentration d'alcool éthylique à huit centièmes, en plus ou en moins, s'agissant de toute concentration supérieure ou égale à 0,40 milligramme par litre et inférieure à un milligramme par litre, ces dispositions ne font pas obstacle à l'appréciation, par les juges du fond saisis d'une poursuite pour conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique, des éléments de preuve soumis au débat contradictoire, qui incluent, notamment, les résultats des contrôles opérés par un appareil de ce type ayant fait l'objet d'une homologation et de vérifications périodiques régulières.

Crim. - 27 octobre 2009.

REJET

N° 09-82.694. - CA Colmar, 11 mars 2009.

Mme Anzani, Pt (f.f.). - Mme Guirimand, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, Av.

N° 413

Communauté européenne

Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000. - Reconnaissance et exécution des décisions judiciaires. - Articles 42 et 43. - Déclaration constatant la force exécutoire d'un jugement rendu en Italie. - Signification au siège social transféré en France. - Portée.

Aux termes de l'article 42 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la déclaration constatant la force exécutoire est signifiée à la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Selon l'article 43, le recours contre la déclaration constatant la force exécutoire doit être formé dans un délai d'un mois à compter de sa signification.

A légalement justifié sa décision la cour d'appel qui a constaté que plus d'un mois s'était écoulé depuis la signification de la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire d'un jugement du tribunal civil de Rome, lorsque la société, contre laquelle l'exécution était demandée, a formé un recours contre cette décision, dont la signification n'était pas autrement critiquée.

Com. - 27 octobre 2009.

REJET

N° 08-16.115. - CA Aix-en-Provence, 4 décembre 2007.

Mme Favre, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 109, p. 111-112.

N° 414

Concurrence déloyale ou illicite

Concurrence déloyale. - Faute. - Parasitisme. - Caractérisation. - Cas.

La reproduction entre guillemets mais sans indication de source dans un quotidien à grand tirage de l'interview publiée par un journal spécialisé et menée à partir d'un investissement intellectuel et matériel constitue, en raison de la captation des renseignements ainsi obtenus par un confrère, un comportement parasitaire.

1^{re} Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-19.499. - CA Montpellier, 1^{er} juillet 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Gridel, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 415

Conflit collectif du travail

Grève. - Définition. - Cessation du travail. - Condition.

La grève, qui est la cessation collective et concertée en vue d'appuyer des revendications professionnelles, ne peut être limitée à une obligation particulière du contrat de travail.

Dès lors, doit être approuvé l'arrêt qui décide que ne peut constituer une grève licite un mouvement qui emporte seulement l'inexécution par des salariés de certaines de leurs obligations, correspondant à des tâches particulières susceptibles de leur être demandées pendant les travaux de maintenance des installations nucléaires, en dehors de leur horaire normal de travail.

Soc. - 21 octobre 2009.

REJET

N° 08-14.490. - CA Rouen, 6 février 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Roger et Sevaux, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 50, 8 décembre 2009, Jurisprudence, n° 1566, p. 28 à 30, note Arnaud Martinon (« Cessation du travail : les salariés grévistes ne sélectionnent pas leurs obligations »).

N° 416

Contrat d'entreprise

Sous-traitant. - Faute. - Effets. - Responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage. - Action en garantie. - Délai. - Détermination.

Si un entrepreneur est responsable de la faute commise par son sous-traitant vis-à-vis du maître de l'ouvrage, ce dernier, lorsque la responsabilité de l'entrepreneur est fondée sur la garantie de bon fonctionnement d'éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage, doit engager son action dans les deux ans de sa réception.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-19.087. - CA Aix-en-Provence, 15 mai 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Célice, Blancpain et Soltner, M^e Odent, Av.

N° 417

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir de direction. - Etendue. - Contrôle et surveillance des salariés. - Accès au contenu d'un support informatique. - Conditions. - Détermination.

Les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé.

Viole les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile la cour d'appel qui considère qu'un répertoire intitulé « JM » ne peut être ouvert en l'absence du salarié au motif que ces initiales correspondraient à celles du prénom du salarié, alors qu'il ne résulte pas de ces seules constatations qu'il était identifié comme personnel.

Soc. - 21 octobre 2009.
CASSATION

N° 07-43.877. - CA Orléans, 7 juin 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Grivel, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 51, 14 décembre 2009, Chronique de droit des contrats, n° 574, spec. n° 2, p. 42, note Mustapha Mekki. Voir également la revue Droit et procédures, n° 1, janvier 2010, Jurisprudence commentée, p. 22 à 24, note Loïc Choquet.

N° 418

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction disciplinaire. - Sanction pécuniaire. - Définition.

La clause du plan de stock-option stipulant qu'en cas de licenciement du salarié pour faute grave, celui-ci serait privé de sa faculté de lever les options constitue une sanction pécuniaire prohibée.

Dès lors, viole l'article L. 1331-2 du code du travail la cour d'appel qui, en se fondant sur une telle clause illicite, décide qu'ayant été licencié pour faute grave, le salarié ne peut prétendre exercer sa faculté de lever les options.

Soc. - 21 octobre 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-42.026. - CA Lyon, 4 mars 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Geerssen, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 12 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2613-2614, note L. Perrin (« Stock-options et faute grave : sanction pécuniaire prohibée »). Voir également la revue Droit social, n° 1, janvier 2010, Actualité jurisprudentielle, p. 117-118, note Gérard Couturier, et n° 2, février 2010, Actualité jurisprudentielle, p. 241-243, note Jacques Barthélemy.

N° 419

Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Arrêt de travail. - Visite de reprise. - Initiative de l'examen. - Carence de l'employeur. - Effet.

Selon les dispositions de l'article R. 4624-21 du code du travail, le salarié bénéficie d'un examen de reprise du travail par le médecin du travail après certaines absences pour raisons médicales. Le classement d'un salarié en invalidité deuxième catégorie par la sécurité sociale ne dispense pas de cette obligation.

Il en résulte que si, en cas de carence de l'employeur, le salarié peut solliciter lui-même la visite de reprise à condition d'en aviser au préalable l'employeur, l'initiative de la saisine du médecin du travail appartient normalement à l'employeur, dès que le salarié qui remplit les conditions pour en bénéficier en fait la demande et se tient à sa disposition pour qu'il y soit procédé.

Le refus de l'employeur s'analyse en un licenciement.

Soc. - 28 octobre 2009.
CASSATION

N° 08-43.251. - CA Amiens, 28 mai 2008.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Frouin, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 420

Contrat de travail, rupture

Clause de non-concurrence. - Qualification. - Applications diverses. - Clause interdisant au salarié de contracter avec d'anciens clients, même sur sollicitation de leur part.

Une cour d'appel qui constate qu'une clause d'un contrat de travail intitulée « clause de clientèle » interdit au salarié, en cas de cessation du contrat de travail, de contracter directement ou indirectement avec des clients de l'ancien employeur, même sur sollicitation de leur part, c'est-à-dire sans manquement à l'obligation de loyauté à l'égard de ce dernier, en déduit exactement que cette clause s'analyse en une clause de non-concurrence, illicite en ce qu'elle est dépourvue de contrepartie financière et non limitée dans le temps et l'espace.

Soc. - 27 octobre 2009.
REJET

N° 08-41.501. - CA Grenoble, 28 janvier 2008.

Mme Mazars, Pt (f.f.). - Mme Fossaert, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - M^e Spinosi, M^e Balat, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2010, Actualité jurisprudentielle, p. 120-121, note Jean Mouly. Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 288, p. 24, note Marie Malaurie-Vignal (« Clause de non-concurrence et clause de non-sollicitation »).

N° 421

Contrat de travail, rupture

Clause de non-concurrence. - Renonciation de l'employeur. - Exclusion. - Cas.

Faute d'avoir été notifié individuellement aux salariés intéressés, l'employeur ne peut se prévaloir, à l'encontre de ces derniers, de son engagement, pris dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, de renoncer à faire application des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de travail des salariés licenciés.

Viole les articles L. 1221-1 du code du travail et 1134 du code civil la cour d'appel qui décide qu'un tel engagement unilatéral vaut, en l'absence de toute autre stipulation contractuelle ou conventionnelle applicable, renonciation explicite et non équivoque de l'employeur à l'égard de chacun des salariés licenciés.

Soc. - 21 octobre 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-40.828. - CA Pau, 20 décembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Rovinski, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2010, Actualité jurisprudentielle, p. 122 à 124, note Jean Mouly. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 49, 1^{er} décembre 2009, Jurisprudence, n° 1546, p. 23 à 25, note Isabelle Beyneix et Jean Rovinski (« Renonciation à la clause de non-concurrence : une notification individuelle s'impose »).

N° 422

1^o Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Formalités légales. - Entretien préalable. - Présence d'un tiers. - Condition.

2^o Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Appréciation. - Moment. - Portée.

1^o Lors de l'entretien préalable, l'employeur ne peut se faire assister que par une personne appartenant au personnel de l'entreprise.

2^o La cause réelle et sérieuse de licenciement s'apprécie à la date du licenciement.

Il en résulte que le caractère raisonnable du délai de remplacement du salarié licencié en raison de son absence pour maladie et de la nécessité de son remplacement définitif doit s'apprécier au regard de la date du licenciement.

Soc. - 28 octobre 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-44.241. - CA Paris, 26 juin 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 423

Copropriété

Syndic. - Responsabilité. - Faute. - Caractérisation. - Applications diverses.

Il incombe au syndic de pourvoir aux intérêts du syndicat et de le préserver de tout risque connu.

Dès lors, l'existence d'incertitudes jurisprudentielles quant au calcul du délai de convocation des copropriétaires ne peut justifier le rejet de l'action en responsabilité exercée contre un syndic auquel il est reproché de n'avoir pas respecté ce délai.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.
CASSATION

N° 08-19.111. - CA Versailles, 23 juin 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Rouzet, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2687, note Yves Rouquet (« Responsabilité du syndic : délai de convocation à l'assemblée »). Voir également la revue Administrer, n° 428, janvier 2010, Sommaires, p. 65, note Jean-Robert Bouyeure, et la Revue des loyers, n° 903, janvier 2010, jurisprudence, p. 34-35, note Laurence Guégan (« Convocation à l'assemblée générale et responsabilité du syndic »).

N° 424

Copropriété

Syndicat des copropriétaires. - Assemblée générale. - Convocation. - Délai. - Urgence. - Appréciation souveraine.

Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier s'il existe un cas d'urgence justifiant le non-respect du délai de convocation de l'assemblée générale des copropriétaires.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.
REJET

N° 08-18.835. - CA Lyon, 24 juin 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Rouzet, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Jacoupy, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au dans la revue Administrer, n° 428, janvier 2010, Sommaires, p. 61-62, note Jean-Robert Bouyeure. Voir également la Revue des loyers, n° 903, janvier 2010, jurisprudence, p. 31 à 33, note Pascaline Déchelette-Tolot (« L'urgence dispense du respect du délai de convocation »).

N° 425

Cour d'assises

Débats. - Accusé. - Accusé momentanément éloigné de l'audience. - Retour. - Avis de ce qui s'est passé en son absence. - Forme.

L'article 339 du code de procédure pénale impose au président de ne reprendre les débats qu'après avoir instruit l'accusé momentanément éloigné de l'audience de ce qui s'est fait en son absence et de ce qui en est résulté.

Ne répondent pas aux exigences de ce texte et n'établissent pas qu'il a été satisfait à cette obligation les énonciations du procès-verbal qui se bornent à constater qu'à la reprise des débats, en présence de l'accusé, aucune des parties au procès n'a présenté de demande ou d'observation.

Crim. - 28 octobre 2009.
CASSATION

N° 09-82.004. - Cour d'assises du Jura, 20 février 2009.

M. Pelletier, Pt. - M. Pometan, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 426

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Fixation. - Critères. - Ressources et besoins des époux. - Détermination. - Eléments à considérer. - Exclusion. - Sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail. - Définition. - Rente accident du travail.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel, faisant application de l'article 272, alinéa 2, du code civil dans sa version issue de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, applicable aux instances introduites après le 1^{er} janvier 2005, qui dispose que le juge ne prend pas en considération, pour la fixation d'une prestation compensatoire et la détermination des besoins et des ressources, les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap, a exclu la rente accident du travail perçue par le mari, mais pris en considération l'allocation aux adultes handicapés versée à l'épouse, cette allocation, à

la différence de la prestation de compensation, étant destinée à garantir un minimum de revenus à l'allocataire, et non à compenser son handicap.

1^{re} Civ. - 28 octobre 2009.

REJET

N° 08-17.609. - CA Besançon, 6 septembre 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Monéger, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 41, 26 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2744-2745, note Vincent Egéa (« Prestations compensatoires : rentes et indemnités »). Voir également la revue Procédures, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 412, p. 37, note Méлина Douchy-Oudot (« Contentieux familial : fixation d'une prestation compensatoire et office du juge »), la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2010, Jurisprudence, p. 39-40, note Inès Gallmeister (« Fixation de la prestation compensatoire : sommes à prendre en compte pour la détermination des besoins et ressources respectifs des époux »), la Revue juridique Personnes et famille, n° 1, janvier 2010, p. 25, note Thierry Garé (« L'allocation aux adultes handicapés peut être prise en compte au titre de la prestation compensatoire »), La Semaine juridique, édition générale, n° 47, 16 novembre 2009, Jurisprudence, n° 451, p. 12, note Alain Devers (« L'allocation aux adultes handicapés doit être prise en considération pour déterminer les ressources des époux et les besoins de l'épouse »), et la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 151, p. 21-22, note Virginie Larribau-Terneyre (« La rente accident du travail exclue de l'appréciation des ressources mais pas l'allocation aux adultes handicapés ! »).

3°

N° 427

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Suppression ou modification. - Décision. - Nature. - Détermination. - Portée.

Les décisions statuant après divorce sur la suppression ou la modification d'une prestation compensatoire, qui ne sont pas des décisions relatives au divorce au sens de l'alinéa 2 de l'article 1074 du code de procédure civile, doivent être rendues en chambre du conseil.

1^{re} Civ. - 28 octobre 2009.

REJET

N° 08-18.488. - CA Rennes, 19 mai 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Chaillou, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2685-2686, note Vincent Egéa (« Prestations compensatoires : pas de publicité des décisions de modification »). Voir également la revue Procédures, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 393, p. 23, note Roger Perrot (« Chambre du conseil »), et n° 406, p. 34, note Méлина Douchy-Oudot (« Suppression ou modification d'une prestation compensatoire après divorce »), la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2010, Jurisprudence, p. 40, note Inès Gallmeister (« Les décisions statuant après divorce doivent être rendues en chambre du conseil »), la Revue juridique Personnes et famille, n° 1, janvier 2010, p. 26, note Thierry Garé (« Les décisions modifiant la prestation compensatoire doivent être rendues en chambre du conseil »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 46, 9 novembre 2009, Jurisprudence, n° 417, p. 22.

N° 428

Douanes

Taxe spéciale sur certains véhicules routiers. - Exonération. - Décision de la Commission européenne du 20 juin 2005. - Absence d'effet direct. - Portée.

La Cour de justice a dit pour droit (arrêt du 20 novembre 2008, C-18/08, Foselev Sud-Ouest) que la Décision 2005/449/CE de la Commission, du 20 juin 2005, concernant une demande d'exonération de la taxe sur les véhicules à moteurs introduite par la France en vertu de l'article 6, paragraphe 2, point b, de la Directive 1999/62/CE, du Parlement européen et du Conseil, relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures, ne peut être invoquée par un particulier à l'encontre de la République française, destinataire de cette décision, afin d'obtenir le bénéfice de l'exonération autorisée par cette dernière dès la notification ou la publication de celle-ci.

Dès lors, encourt la cassation, pour violation de l'article premier de la décision 2005/449/CE, ensemble l'article premier du décret n° 2006-818 du 7 juillet 2006 modifiant le décret n° 70-1285 du 23 décembre 1970, relatif au transfert de l'assiette et du recouvrement de la taxe spéciale sur certains véhicules routiers à l'administration des douanes, un arrêt d'une cour d'appel qui a condamné l'administration douanière à rembourser à plusieurs sociétés des sommes dont elles s'étaient acquittées, entre le 20 juin 2005 et le 9 juillet 2006, au titre de la taxe à l'essieu frappant certaines catégories de véhicules, c'est-à-dire dès la date de notification à la République française de la décision 2005/449/CE.

Com. - 27 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-16.818. - CA Aix-en-Provence, 7 mai 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 429

Elections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Texte applicable. - Application dans le temps.

Il résulte de l'article 11 IV de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 que les dispositions de son l'article 3 modifiant les règles des élections professionnelles régissent les élections professionnelles organisées sur la base d'un protocole pré-électoral dont la première réunion de négociation est postérieure à la date de la publication de la loi.

Soc. - 21 octobre 2009.

REJET

N° 09-60.090. - TI Paris 12, 27 janvier 2009.

Mme Morin, Pt (f.f. et Rap.). - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 430

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de cession. - Jugement l'arrêtant. - Durée du plan non fixée. - Effets. - Durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan. - Détermination. - Portée.

Lorsque le jugement arrêtant le plan de cession ne fixe pas de durée au plan, la mission du commissaire à l'exécution du plan dure jusqu'à la clôture de la procédure, sans qu'elle puisse excéder dix ans, ou, si le débiteur est un agriculteur, quinze ans.

L'action en recouvrement du prix de cession engagée par le commissaire à l'exécution du plan avant l'expiration de sa mission doit, à l'issue de celle-ci, être poursuivie par un mandataire de justice spécialement désigné à cet effet par le tribunal.

Com. - 20 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-16.935. - CA Basse-Terre, 11 février 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Béval, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 12 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2609-2610, note Alain Lienhard (« Fin de la mission du commissaire à l'exécution du plan »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires, n° 43, novembre 2009, Actualités, n° 2584, p. 26, note Marina Filol de Raimond (« Durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan »).

N° 43I

1^o Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Généralités. - Loi du 26 juillet 2005. - Application dans le temps. - Dispositions relatives à la résolution des plans de redressement par voie de continuation. - Liquidation judiciaire concomitante régie par la loi du 26 juillet 2005. - Prononcé sans préalable de conciliation.

2^o Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Généralités. - Loi du 26 juillet 2005. - Application dans le temps. - Dispositions relatives à la résolution des plans de redressement par voie de continuation. - Rapport du commissaire à l'exécution du plan. - Soumission à la contradiction des parties. - Effet.

1^o La liquidation judiciaire concomitante à la résolution du plan de redressement décidée, après constatation de la cessation des paiements du débiteur au cours de ce plan, en application des dispositions de l'article L. 626-27 I, alinéa 2, du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui sont applicables aux procédures de redressement judiciaire en cours au 1^{er} janvier 2006, est régie par les dispositions de cette loi ; les dispositions de l'article L. 640-5, alinéa 3, du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, ne s'appliquent qu'à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, et non à son prononcé concomitant à la résolution d'un plan.

2^o N'encourt pas les griefs tirés de la violation de l'article R. 626-47 du code de commerce et de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la cour d'appel qui, statuant dans le cadre d'une action en résolution d'un plan de redressement, a constaté que le commissaire à l'exécution du plan de continuation avait établi son rapport et que ce rapport avait été soumis à la contradiction des parties.

Com. - 20 octobre 2009.

REJET

N° 08-18.321. - CA Aix-en-Provence, 15 mai 2008.

Mme Favre, Pt. - M. Espel, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 12 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2609-2610, note Alain Lienhard (« Résolution du plan : liquidation judiciaire d'un agriculteur »). Voir également la revue Procédures, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 392, p. 23, note Roger Perrot (« Chose jugée »), et n° 418, p. 38, note Blandine Rolland (« Difficulté des entreprises : résolution d'un plan de redressement et liquidation d'un agriculteur »), et la Revue de droit rural, n° 380, février 2010, commentaire n° 15, p. 39-40, note Christine Lebel (« Les conditions d'ouverture d'une procédure collective, à l'égard d'un agriculteur, précisées à l'occasion de la résolution du plan de continuation »).

N° 432

1^o Exécution provisoire

Décision l'ordonnant. - Effet rétroactif. - Exclusion. - Portée.

2^o Aliments

Pension alimentaire. - Paiement direct. - Demande. - Effets. - Etendue. - Détermination. - Portée.

1^o La décision qui, réparant une omission de statuer, prononce l'exécution provisoire n'a pas d'effet rétroactif.

2^o La demande de paiement direct ne peut produire effet que pour le recouvrement des termes à échoir de la pension alimentaire et, le cas échéant, des termes échus pour les seuls six derniers mois avant la notification de cette demande.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-19.559. - CA Versailles, 31 janvier 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Gaschignard, Av.

N° 433

1^o Exploit

Nullité. - Conditions. - Citation délivrée en la personne d'un salarié. - Atteinte aux intérêts de la personne morale (non).

2^o Appel correctionnel ou de police

Evocation. - Cas. - Exception d'incompétence territoriale.

3^o Lois et règlements

Application dans le temps. - Loi pénale de fond. - Loi plus sévère. - Non-rétroactivité. - Loi étendant une incrimination à une nouvelle catégorie de prévenus.

1^o N'est pas nulle la citation délivrée en méconnaissance des dispositions de l'article 555 du code de procédure pénale à une personne morale, dès lors que celle-ci, qui a été représentée devant les juges du fond par un avocat et s'est défendue au fond, ne justifie d'aucune atteinte à ses intérêts.

2^o Si l'exception d'incompétence territoriale de la juridiction de proximité peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel, celle-ci doit évoquer, lorsqu'elle est elle-même compétente, après annulation du jugement.

3^o La loi pénale étendant une incrimination à une nouvelle catégorie de prévenus ne peut s'appliquer à des faits commis avant son entrée en vigueur.

Méconnaît ce principe l'arrêt qui condamne une personne morale pour des contraventions au code de la consommation commises en juin 2005, alors que la responsabilité des personnes morales a été étendue à ces infractions par l'article 54 de la loi du 9 mars 2004, généralisant la responsabilité des personnes morales, qui est entré en vigueur le 31 décembre 2005.

Crim. - 20 octobre 2009.

CASSATION PAR VOIE

DE RETRANCHEMENT SANS RENVOI

N° 09-81.721. - CA Colmar, 15 décembre 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Palisse, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 44, décembre 2009, Actualités, n° 2635, p. 47-48, note Coralie Anadon (« Application de la loi pénale dans le temps et conformité des produits »). Voir également la revue Actualité juridique Pénal, n° 1, janvier 2010, Jurisprudence, p. 31-32, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Lorsqu'une loi pénale étend aux personnes morales une incrimination, elle ne peut être appliquée pour des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur »).

N° 434

Garde à vue

Droits de la personne gardée à vue. - Examen médical. - Examen concluant à l'incompatibilité de la mesure avec l'état de santé du gardé à vue. - Portée.

Il résulte de l'article 63-3 du code de procédure pénale que la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé porte nécessairement atteinte à ses intérêts.

Crim. - 27 octobre 2009.

CASSATION

N° 09-82.505. - CA Paris, 19 mars 2009.

M. Pelletier, Pt. - M. Beauvais, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2688, note C. Girault (« Garde à vue malgré un état de santé incompatible »), et n° 1, 7 janvier 2010, Chronique de la Cour de cassation - chambre criminelle, spéc. n° 6, p. 45-46, note Emmanuelle Degorce (« La poursuite de la garde à vue dans des conditions incompatibles avec l'état de santé de la personne : l'article 63-3 du code de procédure pénale »). Voir également la revue Actualité juridique Pénal, n° 1, janvier 2010, Jurisprudence, p. 37-38, note Carole Girault (« Une nouvelle présomption de grief en matière de garde à vue »).

N° 435

1^o Impôts et taxes

Enregistrement. - Droits de mutation. - Assiette. - Valeur des biens. - Détermination. - Marché de biens similaires. - Absence. - Portée.

2^o Impôts et taxes

Enregistrement. - Droits de mutation. - Assiette. - Valeur des biens. - Détermination. - Donation de la nue-propiété d'un immeuble. - Clause d'interdiction d'aliéner. - Prise en considération (non).

3^o Impôts et taxes

Impôt de solidarité sur la fortune. - Assiette. - Biens ou droits grevés d'un usufruit. - Effet du démembrement de propriété sur la valeur du bien. - Détermination.

4^o Impôts et taxes

Enregistrement. - Droits de mutation. - Assiette. - Valeur des biens. - Détermination. - Occupation à titre de résidence secondaire. - Prise en considération (non).

1^o Ayant fait ressortir que la comparaison n'était pas possible parce qu'il n'existait pas un marché de biens intrinsèquement similaires en fait et en droit, la cour d'appel a, compte tenu des éléments de preuve présentés par l'administration et de l'abattement initial de 40 % que celle-ci a admis, exactement déduit que la procédure de notification avait été régulière au regard de l'article L. 17 du livre des procédures fiscales.

2^o Prive sa décision de base légale, au regard des articles 666 du code général des impôts et L. 17 du livre des procédures fiscales, la cour d'appel qui, pour réduire les causes du redressement notifié au contribuable, a considéré que la situation de l'indivision de la nue-propiété et la restriction à la liberté d'aliéner ou d'hypothéquer créées par la donation étaient de nature à entraîner une minoration du prix qui pourrait être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel et a appliqué deux abattements supplémentaires de 20 % et de 15 %, alors que la limite apportée par le donateur à la liberté d'aliéner un immeuble dont il se réserve l'usufruit n'affecte pas sa valeur vénale.

3^o Viole l'article 885 G du code général des impôts la cour d'appel qui, pour réduire les causes du redressement notifié au contribuable, a considéré que la situation de l'indivision de la nue-propiété et la restriction à la liberté d'aliéner ou d'hypothéquer créées par la donation étaient de nature à entraîner une minoration du prix qui pourrait être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel et a appliqué deux abattements supplémentaires de 20 % et de 15 %, alors que ce texte a pour but de faire obstacle à la prise en compte du démembrement pour la détermination de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune et s'oppose à l'application de tout abattement dont l'objet est de constater une diminution de valeur du bien au titre de ce démembrement.

4^o Prive sa décision de base légale, au regard des articles 666 du code général des impôts et L. 17 du livre des procédures fiscales, la cour d'appel qui, pour appliquer l'abattement supplémentaire de 20 % sur le bien litigieux au titre de l'occupation familiale du château, a considéré que le bien occupé au jour du fait générateur de l'impôt devait être pris en compte, dans la mesure où cette circonstance est de nature à affecter sa valeur vénale et qu'il importe peu, en l'absence de disposition spéciale sur ce point, qu'il ait été occupé à titre de résidence principale ou de résidence secondaire, alors que si l'occupation, par hypothèse pérenne, d'un bien à titre de résidence principale est susceptible d'influer sur sa valeur vénale, il en va différemment pour une occupation à titre de résidence secondaire, qui ne suppose qu'une occupation par intermittence.

Com. - 27 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-11.362. - CA Chambéry, 6 novembre 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Betch, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Capron, Av.

N° 436

Impôts et taxes

Enregistrement. - Prescription. - Prescription abrégée. - Conditions. - Révélation suffisante de l'exigibilité des droits. - Exigibilité connue de manière certaine et directe du seul examen de l'acte. - Nécessité.

En application des dispositions des articles L. 180 et L. 186 du livre des procédures fiscales, le droit de reprise de l'administration à l'égard des droits de mutation se prescrit par dix ans, dès lors que la connaissance de l'exigibilité des droits ne résulte pas de manière certaine et directe du seul examen d'un acte enregistré ou présenté à la formalité et que des recherches ultérieures sont nécessaires.

Viola ces dispositions la cour d'appel qui, pour déclarer prescrite l'action de l'administration fiscale à l'égard des droits de mutation dus à la suite de la déchéance du régime de faveur des marchands de biens prévu par l'article 1115 du code général des impôts, retient que la connaissance de l'exigibilité des droits de mutation résulte du rejet de la demande de prorogation de construire du 12 juillet 2000, sans que l'administration fiscale ait eu à recourir à des recherches ultérieures, de sorte que la prescription était acquise à la société à l'expiration du délai de trois ans, alors qu'une proposition de rectification ne constitue pas un acte révélateur de l'exigibilité des droits, au sens de l'article L. 180 du livre des procédures fiscales, faisant courir la prescription abrégée.

Com. - 27 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-19.979. - CA Bastia, 25 juin 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Betch, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

N° 437

1^o Impôts et taxes

Impôts indirects et droits d'enregistrement. - Dispositions spécifiques à certaines marchandises ou prestations. - Boissons. - Alcool. - Distillation. - Acquisition d'appareil ou portion d'appareil propre à la distillation. - Règles applicables.

2^o Appel correctionnel ou de police

Effet dévolutif. - Etendue. - Appel de l'administration des douanes et droits indirects. - Appel limité aux dispositions fiscales. - Portée.

1^o L'article 306 du code général des impôts, texte clair et précis, impose à tout acquéreur d'un appareil ou portion d'appareil propre à la distillation l'obligation d'obtenir une autorisation administrative préalable.

2^o Méconnaît l'article 509 du code de procédure pénale la cour d'appel qui, saisie du seul appel de l'administration des douanes et droits indirects, limité aux dispositions fiscales du jugement l'ayant débouté de ses demandes après relaxe des prévenus du chef d'infraction à la législation sur les contributions indirectes, infirmant ledit jugement, a condamné ces derniers à une amende pénale.

Crim. - 21 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE PAR VOIE
DE RETRANCHEMENT SANS RENVOI

N° 08-83.723. - CA Paris, 7 avril 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Bayet, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - SCP Capron, M^e Foussard, Av.

N° 438

Informatique

Données. - Atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données. - Eléments constitutifs. - Mise à disposition, sans motif légitime, de moyens conçus ou spécialement adaptés pour commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données.

La constatation qu'il a agi sans motif légitime et en connaissance de cause établit l'intention coupable de celui qui, en violation de l'article 323-3-1 du code pénal, importe, détient, offre, cède ou met à disposition un moyen ou une information conçu ou spécialement adapté pour commettre une infraction d'atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données.

Justifie sa décision la cour d'appel qui retient qu'un prévenu ne pouvait arguer d'un motif légitime tiré de la volonté d'information dès lors que, du fait de son expertise, il savait qu'il diffusait des informations présentant un risque d'utilisation à des fins de piratage.

Crim. - 27 octobre 2009.

REJET

N° 09-82.346. - CA Montpellier, 12 mars 2009.

Mme Anzani, Pt (f.f.). - M. Guérin, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 24 décembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2935-2936, note A. Darsonville (« Atteinte à un système de traitement automatisé de données »).

N° 439

Interprète

Serment. - Serment à l'audience. - Nécessité. - Exclusion. - Cas. - Interprète assermenté inscrit sur la liste établie conformément aux articles L. 111-9 et R. 111-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

La personne inscrite sur la liste des interprètes traducteurs dressée par le procureur de la République, conformément aux dispositions des articles L. 111-9 et R. 111-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et qui a prêté le serment, prévu par l'article R. 111-12 du même code, d'exercer sa mission en son honneur et conscience a la qualité d'interprète assermenté au sens de l'article 102 du code de procédure pénale.

Justifie dès lors sa décision la chambre de l'instruction qui, pour écarter le moyen de nullité tiré du défaut de prestation de serment d'une telle personne devant le juge des libertés et de la détention, retient que l'interprète, s'il est déjà assermenté, n'est pas tenu de prêter à nouveau serment.

Crim. - 27 octobre 2009.

REJET

N° 09-85.279. - CA Lyon, 2 juillet 2009.

Mme Anzani, Pt (f.f.). - M. Finidori, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 440

Juridictions de l'application des peines

Cour d'appel. - Président de la chambre de l'application des peines. - Pouvoirs. - Etendue. - Permission de sortir. - Date. - Modification. - Portée.

Le président de la chambre de l'application des peines, qui statue sur une demande de permission de sortir dont la date prévue initialement est dépassée, a la faculté, si l'objet de la permission l'autorise, de fixer une autre date.

Crim. - 28 octobre 2009.
CASSATION

N° 09-80.923. - CA Rennes, 14 janvier 2009.

Mme Ponroy, Pt (f.f.). - Mme Leprieur, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 1, 7 janvier 2010, Chronique de la Cour de cassation - chambre criminelle, spéc. n° 2, p. 40 à 42, note Anne Leprieur (« Application des peines : l'effectivité de l'appel en matière de permission de sortir »). Voir également la revue Actualité juridique Pénal, n° 1, janvier 2010, Jurisprudence, p. 44-45, note Martine Herzog-Evans (« Permission de sortir : la date dépassée n'empêche pas l'appel »).

N° 44I

Location-vente

Accession à la propriété immobilière. - Définition. - Accédant. - Option d'achat à son profit. - Défaut. - Cas. - Contrat comportant des obligations réciproques de vendre et d'acheter.

Ne peut constituer une location-accession le contrat qui ne prévoit pas d'option d'achat au profit de l'accédant, mais qui comporte des obligations réciproques de vendre et d'acheter.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.
CASSATION

N° 08-19.199. - CA Basse-Terre, 5 mai 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Jacques, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2009, Chroniques, p. 649-650, note Corinne Saint-Alary-Houin (« Le contrat de location-accession doit offrir une option d'achat à l'accédant »).

N° 442

Mesures d'instruction

Sauvegarde de la preuve avant tout procès. - Ordonnance sur requête. - Ordonnance faisant droit à la requête. - Demande de rétractation. - Appel. - Cour d'appel. - Pouvoirs.

Une cour d'appel, saisie de l'appel d'une décision ayant rétracté une ordonnance prescrivant des mesures d'instruction destinées à conserver ou à établir, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, est investie des attributions du juge qui l'a rendue et doit statuer sur les mérites de la requête.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.
CASSATION

N° 08-17.485. - CA Paris, 18 juin 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Boval, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Odent, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 389, p. 22-23, note Roger Perrot (« Pouvoirs du juge d'appel »).

N° 443

Outre-mer

Polynésie française. - Lois et règlements. - Loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 modifiée. - Article 13. - Interprétation. - Portée.

Il ne résulte pas de l'article 13 de la loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 modifiée, relative aux principes généraux du droit du travail, à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française, qui prévoit que le champ d'application professionnel ou interprofessionnel des conventions et accords collectifs de travail est défini en termes d'activités économiques, qu'un accord interprofessionnel doit énumérer les branches d'activité auxquelles il s'applique.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, au motif que son champ d'application n'est pas défini en termes d'activités économiques, juge illicite un accord interprofessionnel se déclarant applicable à l'ensemble des activités de la Polynésie française.

Soc. - 21 octobre 2009.
CASSATION SANS RENVOI

N° 08-16.538. - CA Papeete, 27 mars 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, M^e Blondel, Av.

N° 444

Peines

Exécution. - Peine privative de liberté. - Réduction de peine. - Réduction supplémentaire de peine. - Quantum. - Condamnation en état de récidive légale. - Effet.

Il résulte de la combinaison des articles 721-1 et D. 150-2 du code de procédure pénale que le condamné ayant à subir plusieurs peines privatives de liberté dont l'une au moins a été prononcée pour un crime ou un délit commis en récidive ne peut bénéficier d'une réduction supplémentaire de peine excédant deux mois par an.

Encourt la cassation l'ordonnance du président de la chambre de l'application des peines qui accorde une réduction supplémentaire de peine de trois mois à un condamné qui doit encore exécuter une condamnation prononcée pour des faits commis en récidive.

Crim. - 28 octobre 2009.
CASSATION

N° 09-84.135. - CA Riom, 29 mai 2009.

Mme Ponroy, Pt (f.f.). - M. Pometan, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 1, janvier 2010, Jurisprudence, p. 41-42, note Martine Herzog-Evans (« Récidive au sens de l'application des peines : peine en cours d'exécution ou à exécuter »).

N° 445

Pouvoirs des juges

Sécurité sociale. - Assujettissement. - Portée.

Il relève de l'office du juge judiciaire de se prononcer sur l'assujettissement aux régimes de sécurité sociale.

Dès lors, c'est sans excès de pouvoir et sans méconnaître les dispositions des articles premier de la loi du 9 décembre 1905

et 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'une cour d'appel, qui n'était pas tenue de se référer aux statuts de la congrégation concernée, a pu décider que la période de noviciat accomplie par une personne devait être prise en compte dans le calcul de ses droits à pension de retraite.

Il ne peut être fait grief à une cour d'appel de ne pas avoir fait application du règlement intérieur de la caisse d'assurance vieillesse, car les conditions de l'assujettissement au régime de sécurité sociale des ministres des cultes et des membres des congrégations et collectivités religieuses découlent exclusivement des dispositions de l'article L. 721-1 du code de la sécurité sociale.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-13.656. - CA Rennes, 13 février 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Héderer, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 446

Prescription civile

Interruption. - Acte interruptif. - Toute décision judiciaire apportant une modification quelconque à une mission d'expertise. - Effet interruptif. - Etendue. - Détermination.

Toute décision judiciaire apportant une modification quelconque à une mission d'expertise, ordonnée par une précédente décision, a un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les parties et pour tous les chefs de préjudice procédant du sinistre.

Dès lors, la cour d'appel qui, ayant constaté que l'expert avait été désigné par une ordonnance de référé, avant que l'assureur ne soit appelé dans la procédure, puis que le délai de prescription avait été interrompu par diverses ordonnances de référé et, enfin, que moins de deux ans s'étaient écoulés entre la dernière décision et l'assignation au fond, a exactement déduit que l'action formée contre l'assureur par ses assurés n'était pas prescrite et n'avait pas à rechercher si l'assureur avait été partie aux ordonnances interruptives de prescription, et notamment à la dernière.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-19.840. - CA Montpellier, 10 juillet 2008.

M. Gillet, Pt. - Mme Fontaine, Rap. - SCP Defrenois et Levis, SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2009, Chroniques, p. 656-657, note Gilbert Leguay (« L'interruption de la prescription biennale assurance »).

N° 447

Procédure civile

Notification. - Signification. - Signification à personne. - Personne morale. - Société. - Siège social. - Congé notifié par un preneur à l'adresse du bailleur et reçu par un salarié de la société locataire. - Portée.

Est dépourvu d'effet un congé notifié par un preneur à l'adresse du bailleur et reçu par un salarié de la société locataire qui s'était dit habilité à le recevoir, la locataire s'étant ainsi, par l'intermédiaire de son préposé, substituée au destinataire du congé.

3^e Civ. - 28 octobre 2009.

REJET

N° 08-15.506. - CA Nîmes, 4 mars 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Odent, SCP Nicolaj, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 391, p. 23, note Roger Perrot (« Remise de l'acte à un préposé »). Voir également la revue Administrer, n° 427, décembre 2009, Jurisprudence, p. 27 à 29, note Jehan-Denis Barbier (« Signification d'un congé à une personne habilitée »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 44, décembre 2009, Actualités, n° 2616, p. 22-23, note Marina Filliol de Raimond (« Substitution de destinataire d'un congé »), la revue Loyers et copropriété, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 294, p. 17, note Philippe-Hubert Brault (« Modalités de délivrance d'un congé »), la Revue des loyers, n° 903, janvier 2010, jurisprudence, p. 14-15, note Christine Quément (« Le destinataire du congé à l'initiative du preneur »), la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 11, p. 16-17, et la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, n° 1, janvier 2010, p. 20 à 23, note Adeline Cerati-Gauthier (« Bail commercial : validité du congé »).

N° 448

Procédure civile

Parties. - Représentation. - Postulation. - Requête en homologation d'acte de partage. - Partie décédée antérieurement au dépôt de la requête. - Effets. - Nullité du jugement homologuant le partage.

Un avocat est sans pouvoir pour présenter, au nom des cohéritiers, une requête en homologation d'un acte de partage de la succession, alors que l'un des requérants est décédé antérieurement au dépôt de la requête, de sorte que le jugement ayant homologué le partage, intervenu en matière gracieuse, doit être annulé.

1^{re} Civ. - 28 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-18.053. - TGI Versailles, 13 mai 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Rivière, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, Av.

N° 449

Procédure civile

Pièces. - Production. - Défaut. - Constatation. - Appréciation souveraine.

Relève de la souveraineté du juge du fond, devant lequel une partie conteste avoir reçu communication d'une pièce, la constatation que celle-ci n'est pas produite.

1^{re} Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-17.525. - CA Paris, 16 avril 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Charruault, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 450

Procédure civile

Pièces. - Versement aux débats. - Documents d'une procédure pénale. - Pièces d'une information. - Communication par la partie civile. - Présomption de régularité.

Lorsqu'une instance pénale est achevée, aucun texte n'interdit à la partie civile de produire dans un procès civil les procès-verbaux qui lui ont été délivrés et qui sont présumés avoir été obtenus régulièrement.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-15.245. - CA Versailles, 7 mars 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Alt, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 451

Procédures civiles d'exécution

Mesures conservatoires. - Règles communes. - Préjudice causé par la mesure conservatoire. - Réparation. - Conditions. - Faute. - Exclusion.

L'article 73, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1991 n'exige pas la constatation d'une faute pour l'indemnisation du préjudice causé par une mesure conservatoire dont le juge a ordonné la mainlevée.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.

REJET

N° 08-12.687. - CA Paris, 14 février 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Nési, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 173, p. 174-175.

N° 452

Procédures civiles d'exécution

Règles générales. - Titre. - Titre exécutoire. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Décision désignant une personne comme débitrice.

La décision qui désigne une personne comme débitrice ne peut constituer un titre exécutoire à son profit.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-19.072. - CA Toulouse, 17 juin 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Alt, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Boullez, M^e Luc-Thaler, Av.

N° 453

Propriété

Droit de propriété. - Atteinte. - Applications diverses. - Troubles anormaux de voisinage. - Caractérisation. - Exclusion. - Cas.

Ayant retenu que nul n'était assuré de conserver son environnement qu'un plan d'urbanisme pouvait toujours remettre en question, la cour d'appel, qui a constaté que l'immeuble habité par la demanderesse avait été construit dans une zone très urbanisée dont l'environnement immédiat était constitué d'immeubles plus élevés et que celle-ci devait, dans un lotissement, s'attendre à être privée d'un avantage d'ensoleillement déjà réduit par sa position au premier étage formant rez-de-chaussée, en a souverainement déduit que la construction de l'immeuble voisin ne constituait pas un trouble anormal du voisinage.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.

REJET

N° 08-16.692. - CA Grenoble, 8 avril 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Nési, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 454

Protection des droits de la personne

Respect de la vie privée. - Droit à l'image. - Atteinte. - Atteinte à l'image d'une personne décédée. - Conditions. - Préjudice personnel des proches contestant la reproduction de l'image.

Les proches d'une personne décédée ne peuvent contester la reproduction de son image qu'à la condition d'établir le préjudice personnel qu'ils en éprouvent, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire du mort ou au respect qui lui est dû.

1^{re} Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-10.557. - CA Paris, 8 novembre 2007.

M. Bague, Pt. - M. Gridel, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Boullez, M^e Bouthors, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue juridique Personnes et famille, n° 1, janvier 2010, p. 19-20, note Emmanuel Putman (« Les proches ne peuvent s'opposer à la publication de l'image d'un défunt qu'à la condition d'en éprouver un préjudice personnel »).

N° 455

Représentation des salariés

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Délégation du personnel. - Désignation. - Salarié de La Poste désigné par une organisation syndicale. - Portée.

Selon l'article 31-3 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, relatif à l'organisation du service public de La Poste et des télécommunications modifié par la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, « les titres III et IV du livre II du code du travail s'appliquent à l'ensemble du personnel de La Poste, sous réserve des adaptations, précisées par un décret en Conseil d'Etat, tenant compte des dispositions particulières relatives aux fonctionnaires et à l'emploi des agents contractuels » ; en l'absence de décret pris par le pouvoir réglementaire, l'organisation au sein de La Poste des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) demeure régie par les dispositions du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 organisant les CHSCT dans la fonction publique, qui prévoit, dans son article 40, que les représentants du personnel au CHSCT sont désignés par les organisations syndicales.

Il en résulte qu'un agent contractuel, désigné par une organisation syndicale en qualité de représentant du personnel au CHSCT, bénéficie du statut protecteur, de sorte que son licenciement ne peut être prononcé sans autorisation administrative.

Soc. - 21 octobre 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-42.708. - CA Colmar, 3 avril 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Haas, Av.

N° 456

Représentation des salariés

Délégué du personnel. - Attributions. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Inaptitude au travail. - Reclassement du salarié. - Proposition d'un emploi adapté. - Consultation pour avis. - Moment. - Détermination. - Portée.

L'avis des délégués du personnel sur le reclassement du salarié prévu par l'article L. 1226-10 du code du travail doit être recueilli après que l'inaptitude de l'intéressé a été constatée dans les conditions prévues par l'article R. 4624-31 de ce code, et avant la proposition à l'intéressé d'un poste de reclassement approprié à ses capacités.

Justifie légalement sa décision de déclarer sans cause réelle et sérieuse un licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement la cour d'appel qui, ayant relevé que la première offre de reclassement, intervenue antérieurement à la seconde visite de reprise, était prématurée, a constaté que la seconde offre de reclassement était intervenue la veille de l'avis des délégués du personnel, donné postérieurement à l'engagement de la procédure de licenciement.

Soc. - 28 octobre 2009.

REJET

N° 08-42.804. - CA Grenoble, 7 avril 2008.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Chollet, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2010, Actualité jurisprudentielle, p. 126-127, note Gerard Couturier.

N° 457

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Chose dont on a la garde. - Fait de la chose. - Article 1384, alinéa premier, du code civil. - Domaine d'application. - Dommage causé par la chute de pierres provenant d'une voûte.

Si l'article 1386 du code civil vise spécialement la ruine d'un bâtiment, les dommages qui n'ont pas été causés dans de telles circonstances peuvent néanmoins être réparés sur le fondement des dispositions de l'article 1384, alinéa premier, du code civil, qui édictent une présomption de responsabilité du fait des choses.

Dès lors, un véhicule ayant été endommagé par la chute de pierres provenant d'une voûte, la responsabilité du propriétaire de l'immeuble est engagée en sa qualité de gardien de celui-ci.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-16.766. - CA Bordeaux, 21 mai 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Kriegk, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2684, note Inès Gallmeister (« Responsabilité et ruine d'un bâtiment »).

N° 458

1^o Sécurité sociale, accident du travail

Indemnité journalière. - Attribution. - Conditions. - Détermination. - Perception à titre complémentaire, par la victime d'un accident du travail, d'une rente de la part du Fonds de gestion du congé de fin d'activité. - Absence d'influence.

2^o Sécurité sociale, accident du travail

Rente. - Rente versée par le Fonds de gestion du congé de fin d'activité. - Nature. - Portée.

1^o Par application de l'article L. 433-1 du code de la sécurité sociale, l'indemnité journalière est versée dès lors que le salarié a été victime d'un accident du travail, c'est-à-dire tant qu'il est dans l'impossibilité de reprendre une quelconque activité, et ce, jusqu'à ce que son état de santé soit déclaré consolidé.

Il est indifférent que la victime d'un accident du travail perçoive, à titre complémentaire, une rente de la part du Fonds de gestion du congé de fin d'activité pendant la période pendant laquelle elle a droit aux indemnités journalières.

2^o Il résulte de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale que la rente versée à la victime d'un accident du travail atteinte d'une incapacité permanente d'un taux minimum indemnise notamment le déficit fonctionnel permanent subi par la victime.

La rente versée par le Fonds de gestion du congé de fin d'activité doit être assimilée à une prestation de retraite cumulable avec une rente d'accident du travail, en application de l'article L. 434-6 du même code.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

REJET

N° 08-16.919. - CA Chambéry, 7 mai 2008.

M. Gillet, Pt. - Mme Fouchard-Tessier, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 459

Sécurité sociale, accident du travail

Procédure. - Procédure préliminaire. - Appréciation du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie. - Décision de la caisse. - Notification. - Définition. - Information donnée par la caisse primaire d'assurance maladie à l'employeur d'une prise en charge de la maladie à titre professionnel. - Exclusion.

L'information donnée à l'employeur par une caisse de sécurité sociale sur sa décision de prise en charge d'un accident ou d'une maladie au titre de la législation professionnelle ne constitue pas une notification faisant courir contre l'employeur le délai de recours de deux mois pour saisir la commission de recours amiable.

Encourt donc la cassation l'arrêt qui, pour déclarer irrecevable un employeur en son action en contestation de l'opposabilité de la prise en charge de la maladie professionnelle de son salarié, retient que l'article R. 441-14 du code de la sécurité sociale n'est pas exclusif de la possibilité pour la caisse de notifier à l'employeur une décision qui lui fait grief, que cette notification, dès lors qu'elle mentionne les délais et voies de recours, fait courir le délai de l'article R. 142-1 du même code, qu'en l'espèce, la caisse avait notifié la décision de prise en charge à la société par lettre du 21 mai 1990 et que celle-ci n'avait saisi la commission de recours amiable que le 23 mars 2005, soit près de quinze ans plus tard.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-17.060. - CA Pau, 15 mai 2008.

M. Gillet, Pt. - Mme Martinel, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Boutet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 50, 8 décembre 2009, Jurisprudence, n° 1567, p. 30-31, note Thierry Tauran (« A propos du point de départ du délai de saisine de la commission de recours amiable »).

N° 460

Sécurité sociale, accident du travail

Rente. - Paiement. - Imputation. - Modalités. - Détermination. - Portée.

Il résulte de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale que la rente versée à la victime d'un accident du travail indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité et, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent. En l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent. Lorsque la décision d'attribution de la rente est définitive, l'organisme de sécurité sociale est tenu au versement de cette prestation tant pour les arrérages à échoir que les arrérages échus, de sorte que la condition de versement effectif et préalable de la prestation est remplie.

Par suite, viole les articles 31 de la loi du 5 juillet 1985 et L. 434-1 et L. 434-2 du code de la sécurité sociale et le principe de la réparation intégrale une cour d'appel qui, pour refuser d'imputer les arrérages échus et le capital représentatif des arrérages à échoir d'une rente accident du travail sur les indemnités réparant les pertes de gains professionnels, l'incidence professionnelle de l'incapacité et le déficit fonctionnel permanent d'une victime, retient que cette rente présente un caractère forfaitaire, qu'elle n'est pas versée préalablement au recours des organismes sociaux, qu'elle est davantage à rattacher à une perte de capacité de gains du salarié qu'à une perte réelle et donc à l'incidence professionnelle définitive, et qu'il s'ensuit que le recours n'aurait pu être exercé que sur l'éventuelle indemnisation qui aurait réparé l'incidence professionnelle de l'accident pour le salarié, et non sur le déficit séquentiel du salarié, réparé au titre de l'incapacité permanente partielle.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-20.419. - CA Saint-Denis de la Réunion, 6 juillet 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Grignon Dumoulin, Rap. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2683-2684, note S. Lavric (« Imputation des prestations hybrides : condition de versement effectif et préalable »).

N° 461

1^o Sécurité sociale, accident du travail

Rente. - Paiement. - Imputation. - Modalités. - Détermination. - Portée.

2^o Accident de la circulation

Indemnisation. - Offre de l'assureur. - Obligation. - Responsabilité de l'Etat substituée à celle du conducteur assuré. - Défaut d'influence. - Portée.

3^o Accident de la circulation

Indemnisation. - Offre de l'assureur. - Défaut. - Sanction. - Majoration du taux d'intérêt. - Assiette. - Détermination.

1^o Il résulte de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale que la rente versée à la victime d'un accident du travail indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité et, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent. En l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent. Lorsque la décision d'attribution de la rente est définitive, l'organisme de sécurité sociale est tenu au versement de cette prestation tant pour les arrérages à échoir que pour les arrérages échus, de sorte que la condition de versement effectif et préalable de la prestation est remplie.

Par suite, viole les articles 31 de la loi du 5 juillet 1985 et L. 434-1 et L. 434-2 du code de la sécurité sociale et le principe de la réparation intégrale une cour d'appel qui impute la moitié des arrérages échus de la rente accident du travail, allouée à la victime d'un accident de la circulation, sur l'indemnité réparant le poste du déficit fonctionnel permanent et l'autre moitié sur l'indemnité réparant le poste de perte de gains professionnels futurs.

2^o Selon l'article L. 211-9 du code des assurances, dans sa rédaction antérieure à la loi du 1^{er} août 2003, l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter, dans un délai maximal de huit mois à compter de l'accident, une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne.

Ayant énoncé que lorsque l'assureur invoque une exception de garantie légale ou contractuelle, il est tenu de satisfaire aux prescriptions des articles L. 211-9 à L. 211-17 du code des assurances pour le compte de qui il appartiendra, c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide que l'obligation de présenter une offre incombe à l'assureur du véhicule impliqué, peu important que la responsabilité de l'Etat ait été substituée à celle du conducteur assuré.

3^o Selon l'article L. 211-13 du code des assurances, lorsque l'offre n'a pas été faite dans les délais impartis à l'article L. 211-9, le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ou allouée par le juge à la victime produit intérêt de plein droit au double du taux de l'intérêt légal à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif.

Par suite, viole ce texte une cour d'appel qui prend pour assiette des intérêts au taux majoré l'indemnité qu'elle fixe, tout en retenant que la présentation d'une offre d'indemnisation avait mis fin au cours des intérêts.

2^e Civ. - 22 octobre 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-19.576 et 08-19.628. - CA Rouen, 26 juin 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Grignon Dumoulin, Rap. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Ancel et Couturier-Heller, M^e Luc-Thaler, Av.

N° 462

1^o Sécurité sociale, assurances sociales

Tiers responsable. - Recours des tiers payeurs. - Exercice. - Modalités. - Recours sur un poste de préjudice personnel. - Conditions. - Détermination.

2^o Sécurité sociale, accident du travail

Rente. - Paiement. - Imputation. - Modalités. - Détermination. - Portée.

1^o Il résulte de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 et de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, dans leur

rédaction issue de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006, que les recours des organismes tiers payeurs s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'ils ont pris en charge, à l'exclusion des postes de préjudice à caractère personnel, et que, si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice. Et, lorsque la décision d'attribution de la rente d'invalidité, prise en application de l'article R. 434-32 du code de la sécurité sociale, est définitive, la caisse est tenue sous peine d'astreinte en cas de retard injustifié du versement de cette prestation, de sorte que, tant pour les arrérages à échoir que pour les arrérages échus, la condition tenant au versement préalable et effectif de la prestation est remplie.

En conséquence, doit être approuvée la cour d'appel qui a retenu que le recours de la caisse sur un poste de préjudice personnel s'exerçait au titre des arrérages échus et du capital représentatif de la rente d'invalidité servie à la victime, ce dont il résultait que l'organisme social était tenu au paiement des échéances futures de cette rente, en application de la décision définitive d'attribution de cette prestation.

2° La rente d'invalidité indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et les incidences professionnelles de l'incapacité, d'autre part, le déficit fonctionnel temporaire ou permanent. En l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel temporaire ou permanent.

En présence de pertes de gains professionnels et d'incidence professionnelle de l'incapacité, le reliquat éventuel de la rente, laquelle indemnise prioritairement ces deux postes de préjudice patrimoniaux, ne peut s'imputer que sur le poste de préjudice personnel extrapatrimonial du déficit fonctionnel, temporaire ou permanent, s'il existe.

2° Civ. - 22 octobre 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-18.755. - CA Versailles, 17 janvier 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Bizot, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2683-2684, note S. Lavric (« Imputation des prestations hybrides : condition de versement effectif et préalable »).

N° 463

Sécurité sociale, régimes complémentaires

Institution de prévoyance. - Adhésion de l'employeur. - Résiliation du contrat. - Modalités. - Dispositions de l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale. - Domaine d'application. - Exclusion. - Contrats souscrits auprès d'une société d'assurance.

Selon l'article L. 931-1 du code de la sécurité sociale, l'article L. 932-9 du même code est une disposition qui ne s'applique qu'aux opérations collectives à adhésion obligatoire des institutions de prévoyance, à l'exclusion des contrats souscrits dans ce même cadre auprès d'une société d'assurance, qui restent régis par les dispositions du code des assurances.

2° Civ. - 22 octobre 2009.
CASSATION

N° 08-20.801. - CA Caen, 2 septembre 2008.

M. Gillet, Pt. - Mme Aldigé, Rap. - M^e Odent, SCP Boutet, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition sociale, n° 52, 22 décembre 2009, Jurisprudence, n° 1602, p. 45 à 47, note Thierry Tauran (« A propos de l'articulation du code de la sécurité sociale et du code des assurances »).

N° 464

Séparation des pouvoirs

Militaire en congé de reconversion. - Accident de service. - Poursuites pénales contre le dirigeant de l'entreprise privée. - Action civile. - Compétence du juge répressif.

La compétence de la juridiction administrative pour statuer sur l'action en réparation des conséquences dommageables d'un accident de service n'est pas exclusive de celle des tribunaux répressifs.

Justifie dès lors sa décision la juridiction correctionnelle qui, dans les poursuites exercées du chef d'homicide involontaire contre le dirigeant d'une entreprise privée au sein de laquelle la victime, militaire de carrière, effectuait un stage de reconversion, retient sa compétence pour statuer, en application du droit commun de la responsabilité civile, sur la réparation du préjudice des ayants droit du défunt.

Crim. - 20 octobre 2009.
REJET

N° 08-82.675. - CA Riom, 6 mars 2008.

M. Pelletier, Pt. - Mme Radenne, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 465

1^o Société commerciale (règles générales)

Filiale et participation. - Information. - Action de concert. - Conditions. - Volonté de mettre en œuvre une politique commune. - Définition.

2^o Société commerciale (règles générales)

Filiale et participation. - Information. - Action de concert. - Franchissement du seuil du tiers. - Effets. - Obligation de déposer un projet d'offre publique.

1° Ayant retenu que l'acte de séparation constitue un accord aux termes duquel deux actionnaires sont convenus d'acquiescer et d'exercer des droits de vote d'une société cotée pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de cette société, et précisé que celle-ci consiste à faire procéder à une suite d'opérations, incluant un projet d'offre publique de rachat, dans le dessein de réaliser la séparation de l'ensemble constitué par deux autres sociétés par la répartition du patrimoine de ces deux sociétés au profit de deux groupes d'actionnaires distincts, les deux actionnaires ayant vocation à concentrer l'essentiel de leur investissement dans la société cotée, la cour d'appel qui relève que cette politique commune, par elle-même exclusive d'un accord ponctuel, s'inscrit dans la stratégie explicitement annoncée par le préambule de cet accord, peu important qu'elle ne soit mise en œuvre que de manière temporaire, a exactement déduit que les actionnaires devaient être considérés comme agissant de concert, au sens des dispositions de l'article L. 233-10 du code de commerce.

2° Ayant relevé qu'il résultait du projet de note d'information qu'à l'issue de l'offre publique de rachat par une société cotée de ses propres actions, deux actionnaires franchiraient à la hausse le seuil du tiers du capital et des droits de vote,

la cour d'appel a retenu à bon droit que ces actionnaires, qui agissaient de concert, se trouveraient dès lors en situation de dépôt obligatoire d'un projet d'offre publique, peu important à cet égard que cette situation ait constitué l'aboutissement de l'action de concert.

Com. - 27 octobre 2009.
REJET

N° 08-18.819. - CA Paris, 24 juin 2008.

Mme Tric, Pt (f.f.). - M. Petit, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Defrenois et Levis, SCP Vincent et Ohl, Av.

Note sous Com., 27 octobre 2009, n° 465 ci-dessus

Par trois arrêts du même jour (pourvoi n° 08-18.819, *Bull.* 2009, IV, n° 136, et pourvois n° 08-17.782 et n° 08-18.779, diffusés), pour l'essentiel rédigés en termes identiques et rendus à propos de la même affaire, la chambre commerciale a tranché deux questions relatives à l'action de concert.

La première question, et la plus importante parce que la plus discutée, est celle de la notion même d'action de concert. Aux termes de l'article L. 233-10 du code de commerce, « *Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société* ». Il est en outre admis que ladite politique doit être commune aux concertistes, bien que le mot « commune » ne figure plus dans le texte actuel. Reste, cependant, à définir cette politique commune, ce que fait ici la chambre commerciale, en optant pour la conception large, qui identifie la politique commune à celle que les concertistes conduisent vis-à-vis de la société, et non à celle qu'ils se proposent de conduire au sein de celle-ci en influant sur sa gestion ou sa stratégie économique ou commerciale. Cette manière de voir est loin d'être inconnue en doctrine, la plupart des auteurs distinguant la politique sociale de celle des concertistes et exposant que la politique commune caractérisant l'action de concert est celle des concertistes, et non celle de la société (v. not. D. Schmidt, *Rép. civ. Dalloz Sociétés*, V°, Action de concert, n° 62 et s. ; J.-J. Daigre, « *Éléments constitutifs de l'action de concert* », *Journal des sociétés*, n° 57, septembre 2008, p. 24 et s. ; N. Molfessis, « *La preuve de l'action de concert* », *Journal des sociétés*, n° 57, septembre 2008, p. 30 et s. ; pour des nuances, v. C. Goyet, « *Le critère de l'action de concert selon Dominique Schmidt : éléments de discussion* », in *Mélanges D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 293 et s.). En l'espèce, l'adoption de cette conception de la politique commune conduit à voir une action de concert dans la mise en œuvre d'un accord, dit de séparation, ayant pour objet de réorganiser l'actionnariat de la société au bénéfice de deux des actionnaires parties à cet accord, peu important que celui-ci ait ou non tendu, en outre, à influencer sur la politique de la société.

La seconde question est celle des conséquences de l'action de concert et, plus précisément, de l'obligation de déposer un projet d'offre publique d'acquisition. Les articles L. 433-3 I du code monétaire et financier et 234-2 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers attachent une telle obligation à la circonstance qu'une personne, « *agissant seule ou de concert au sens de l'article L. 233-10 du code de commerce, vient à détenir plus du tiers des titres de capital ou plus du tiers des droits de vote d'une société* ». En l'espèce, la difficulté tenait au fait que l'action de concert qui devait permettre le franchissement du seuil du tiers était destinée (selon les demandeurs aux pourvois) à prendre fin par la réalisation de l'opération faisant apparaître ledit franchissement de seuil. Avec cette conséquence, selon les pourvois, qu'il n'existerait plus, lors du franchissement de seuil, ni action de concert ni, par suite, obligation de déposer un projet d'offre publique. La chambre commerciale se montre cependant indifférente à cette circonstance. Dès lors qu'il était constaté que les

conditions prévues par les textes seraient satisfaites à l'issue de l'opération, les concertistes se trouveraient alors en situation d'offre publique obligatoire, et il importait peu que l'action de concert ayant permis le franchissement du seuil fût appelée à se perpétuer ou à cesser.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2682-2683 (« Action de concert : politique commune temporaire »), et n° 42, 3 décembre 2009, Etudes et commentaires, p. 2836 à 2838, note Dominique Schmidt (« Précisions sur l'action de concert »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires, n° 44, décembre 2009, Actualités, n° 2608, p. 14-15, note Audrey Faussurier (« Précisions sur l'action de concert »), et n° 45, janvier 2010, Actualités - éclairage, n° 2642, p. 10 à 13, note Nicolas Rontchevsky (« Affaire Gecina : la Cour de cassation précise les contours de l'action de concert »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 42, p. 44 à 47.

N° 466

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Enseignement privé. - Convention collective nationale des universités et instituts catholiques de France. - Personnel enseignant. - Heures de « face à face ». - Heures accomplies au-delà du plein temps. - Rémunération. - Calcul. - Modalités. - Détermination.

Les articles 25 et 30.1 de la convention collective nationale des universités et instituts catholiques de France prévoient que chaque heure de « face à face » est affectée d'un coefficient variable suivant la nature de l'enseignement dispensé et défini par catégorie d'enseignants.

Il en résulte que toutes les heures de face à face, qu'elles soient réalisées dans le cadre ou au-delà du plein temps défini entre l'enseignant et l'établissement, doivent être rémunérées de la même manière.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette la demande de rappel de salaire, au titre des heures effectuées au-delà de son plein temps, d'un enseignant-chercheur, auquel sont applicables ces stipulations, alors qu'il avait constaté que ces heures avaient été rémunérées sans application des coefficients conventionnels.

Soc. - 28 octobre 2009.
CASSATION

N° 07-45.621. - CA Angers, 23 octobre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

N° 467

Transports aériens

Transport de marchandises. - Responsabilité des transporteurs de marchandises. - Action contre le transporteur. - Appel en intervention. - Durée de la prescription. - Soumission à la loi du for (non).

L'article 45 de la Convention de Montréal pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 28 mai 1999, qui énonce que celui des transporteurs contractuel ou de fait contre lequel l'action est intentée aura le droit d'appeler l'autre transporteur en intervention devant le tribunal saisi, en précisant que seront réglés par la loi de ce tribunal les effets de cette intervention ainsi que la procédure qui lui est applicable, ne soumet pas à la loi du for la durée de la prescription de cet appel en intervention.

Com. - 20 octobre 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 09-10.317. - CA Bordeaux, 3 novembre 2008.

Mme Favre, Pt. - M. Potocki, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. -
SCP Tiffreau, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 12 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2609, note Xavier Delpéch (« Transport aérien international : première application de la Convention de Montréal »).

N° 468

**1^o Travail réglementation,
durée du travail**

Travail effectif. - Heures d'équivalence. - Application. -
Condition.

2^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. -
Accords particuliers. - Entreprises de transport sanitaire. -
Accord-cadre du 4 mai 2000 relatif à l'aménagement et
à la réduction du temps de travail. - Temps de travail
effectif. - Temps assimilé à du travail effectif. - Heures
de permanence. - Domaine d'application. - Etendue. -
Détermination. - Portée.

1^o L'équivalence au sens de l'article L. 3121-9 du code du
travail est une exception qui ne saurait être appliquée en dehors
des activités ou des emplois visés par les textes réglementaires
et conventionnels.

Dès lors, viole les articles 3.1 de l'accord-cadre étendu
sur l'aménagement et la réduction du temps de travail des
personnels des entreprises de transport sanitaire en date
du 4 mai 2000, 3 du décret n° 2001-679 du 30 juillet 2001
et L. 3121-9 du code du travail la cour d'appel qui a constaté
que le salarié avait été engagé en qualité de cadre de gestion,
ce dont il résulte qu'il ne peut voir décompter son temps
de travail selon le régime d'équivalence prévu pour les personnels
ambulanciers roulants.

2^o Les dispositions combinées des articles 2 et 4 de
l'accord-cadre étendu sur l'aménagement et la réduction
du temps de travail des personnels des entreprises de transport
sanitaire en date du 4 mai 2000 s'appliquent à toutes les
catégories de personnel de ces entreprises.

Il en résulte que les permanences, assurées dans le local de
l'entreprise ou dans tout autre endroit fixé par l'employeur,
notamment au domicile du salarié, constituent un temps
de travail effectif.

Dès lors, viole ces textes la cour d'appel qui retient que
les permanences à domicile assurées par le salarié, durant
lesquelles il était seulement tenu de rester à disposition pour
répondre à des appels, constituent des astreintes.

Soc. - 28 octobre 2009.
CASSATION

N° 07-42.026. - CA Rennes, 15 février 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Ballouhey, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén. -
SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Copper-Royer, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue
La Semaine juridique, édition social, n° 51, 15 décembre 2009,
Jurisprudence, n° 1574, p. 22-23, note Arnaud Martinon
(« Les durées de travail de l'ambulancier »).*

N° 469

**Travail réglementation,
durée du travail**

Travail effectif. - Temps assimilé à du travail effectif. -
Exclusion. - Temps nécessaire aux opérations d'habillage
et de déshabillage. - Limites.

Il résulte de l'article L. 3121-3 du code du travail que, sous
réserve de dispositions plus favorables, le temps nécessaire aux
opérations d'habillage et de déshabillage ne peut être pris en
compte dans la durée du travail effectif.

En conséquence, viole ce texte l'arrêt qui, sans constater
l'existence de dispositions plus favorables, énonce que le
temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage
est compris dans la durée du travail effectif en retenant que,
pendant le temps où ils revêtent ou enlèvent leur tenue de
service, les salariés sont à la disposition de l'employeur, puisque
présents sur le lieu du travail sans pouvoir vaquer à leurs
occupations personnelles.

Soc. - 28 octobre 2009.
CASSATION

N° 08-41.953 et 08-41.954. - CA Paris, 13 mars 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Carré-Pierrat,
Av. Gén. - SCP Vincent et Ohl, M^e Haas, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit
social, n° 2, février 2010, Actualité jurisprudentielle, p. 238-239,
note Jacques Barthélemy. Voir également La Semaine juridique,
édition social, n° 51, 15 décembre 2009, Jurisprudence,
n° 1575, p. 23-24, note Arnaud Martinon (« S'habiller ou se
déshabiller pendant le temps de travail peut être une faute »).*

N° 470

**Travail réglementation,
rémunération**

Salaire. - Egalité des salaires. - Atteinte au principe. -
Cas. - Différence motivée par l'insuffisance des capacités
financières de l'employeur pour accorder le même
avantage à tous en même temps.

Un accord d'entreprise ne peut prévoir de différences de
traitement entre salariés d'établissements différents d'une
même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale que
si elles reposent sur des raisons objectives, dont le juge doit
contrôler concrètement la réalité et la pertinence.

Doit être approuvé le conseil de prud'hommes qui a fait ressortir
que le choix des partenaires sociaux de priver un certain
nombre de salariés du site de Val-de-Reuil du bénéfice de la
prime anniversaire, aux fins de permettre au plus grand nombre
de salariés d'un autre établissement de bénéficier sans délai
de la plupart des avantages issus de l'accord-cadre, choix
que l'employeur justifiait par l'insuffisance de ses capacités
financières, ne reposait sur aucune explication objective relative
à la situation des salariés.

Soc. - 28 octobre 2009.
IRRECEVABILITÉ ET REJET

N° 08-40.457 à 08-40.486. - CPH Louviers, 8 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Carré-Pierrat,
Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Waquet, Farge
et Hazan, Av.

N° 471

Tribunal de commerce

Compétence. - Compétence matérielle. - Contestation entre commerçants. - Domaine d'application. - Cas. - Action en paiement de factures.

Viole l'article L. 721-3 du code de commerce la cour d'appel qui, pour dire le tribunal de grande instance compétent, retient que si le tribunal de commerce, en application des dispositions de cet article, est le juge naturel des parties puisque la contestation, sans rapport avec le statut des baux commerciaux, oppose deux commerçants à propos du paiement de factures, le tribunal de grande instance, qui connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'a pas été expressément attribuée à une autre juridiction, n'est pas incompetent pour connaître du litige dont la compétence n'a pas été expressément attribuée au tribunal de commerce, alors que les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux engagements entre commerçants.

Com. - 27 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-18.004. - CA Paris, 29 mai 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Laporte, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Boutet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 44, décembre 2009, Actualités, n° 2618, p. 24, note Marina Filiol de Raimond (« Litige entre commerçants = juridiction consulaire »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 103, p. 106-107.

42
•

N° 472

1^o Tribunal de commerce

Compétence. - Compétence matérielle. - Contestations relatives aux sociétés commerciales. - Domaine d'application. - Cas. - Action contre un dirigeant social à l'occasion de sa gestion d'une société commerciale.

2^o Tribunal de commerce

Compétence. - Compétence matérielle. - Contestations relatives aux sociétés commerciales. - Domaine d'application. - Cas. - Faits se rattachant par un lien direct à la gestion d'une société commerciale.

1^o Viole l'article L. 721-3 du code de commerce la cour d'appel statuant sur contredit, qui, pour écarter la compétence du tribunal de commerce, retient que, bien qu'il soit soutenu que des dirigeants sociaux auraient commis, à l'occasion de leur gestion, des fautes les rendant justiciables du tribunal de commerce, ces sociétés n'ont pas été appelées devant cette juridiction, alors que cette circonstance ne pouvait avoir pour effet de soustraire ces dirigeants à la compétence de la juridiction consulaire.

2^o A privé sa décision de base légale, au regard de l'article L. 721-3 du code de commerce, la cour d'appel qui, pour statuer comme elle a fait, retient que rien ne permet d'établir l'intervention de deux personnes physiques en qualité de commerçants, dans leurs rapports avec une société, ou leur intervention en qualité de dirigeants d'une autre société, lors de la souscription ou

de l'exécution du cautionnement litigieux, sans rechercher si les faits allégués ne se rattachaient pas par un lien direct à la gestion de sociétés commerciales, peu important que ces personnes physiques n'aient pas eu la qualité de commerçant, non plus que celle de dirigeant de droit de ces sociétés.

Com. - 27 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-20.384. - CA Paris, 25 juin 2008.

Mme Favre, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Laugier et Caston, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 19 novembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2679-2680, note Xavier Delpech (« Compétence commerciale : faute de gestion d'une société commerciale »), et n° 5, 4 février 2010, Etudes et commentaires, p. 296 à 299, note Bruno Dondero (« Compétence du tribunal de commerce pour les fautes se rattachant par un lien direct à la gestion d'une société commerciale »). Voir également la revue Procédures, n° 12, décembre 2009, commentaire n° 411, p. 19-20, note Hervé Croze (« Contentieux des sociétés commerciales »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 44, décembre 2009, Actualités - éclairage, n° 2605, p. 10 à 13, note Didier Poracchia et Laure Merland (« Le lien direct à la gestion de la société commerciale comme critère de la compétence des tribunaux de commerce »), et cette même revue, Actualités, n° 2606, p. 14, note Audrey Faussurier (« Compétence du tribunal de commerce »), La Semaine juridique, édition générale, n° 47, 16 novembre 2009, Jurisprudence, n° 457, p. 24, note Christine Lebel (« Contestations relatives aux sociétés commerciales : l'extension de la compétence matérielle du tribunal de commerce »), cette même revue, n° 52, 21 décembre 2009, Jurisprudence, n° 590, p. 30 à 32, note Christine Lebel (« Le lien direct à la gestion de sociétés commerciales, critère de détermination de la compétence du tribunal de commerce »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/10, janvier 2010, décision n° 51, p. 53-54.

N° 473

Urbanisme

Droit de préemption urbain. - Vente d'un immeuble. - Décision de préemption dépourvue d'effet juridique. - Annulation des ventes consécutives fondée sur la balance des intérêts légitimes en présence. - Violation du principe de séparation des pouvoirs.

La cour d'appel qui retient que, dans la balance des intérêts légitimes en présence, les ventes consécutives à l'exercice irrégulier, par le maire d'une commune, de son droit de préemption doivent être annulées par le juge judiciaire fait application des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, régissant la demande, faite au juge administratif, de prescrire les mesures d'exécution qu'implique nécessairement l'annulation d'une décision de préemption, et viole le principe de séparation des pouvoirs résultant de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III.

3^e Civ. - 21 octobre 2009.

CASSATION

N° 08-11.162. - CA Caen, 13 novembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Nési, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, 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 », « 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 en matière de vente

N° 474

Vente

Définition. - Différence avec le contrat d'entreprise.

Si le fait que des biens sont fabriqués à la demande du client ne peut constituer un obstacle à la qualification du contrat de vente, il y a contrat d'entreprise lorsqu'un professionnel est chargé de réaliser un travail spécifique en vertu de prescriptions particulières ou en vue de répondre aux besoins particuliers du client, incompatible avec une production en série susceptible d'être réalisée au profit d'autres clients.

CA Lyon (3^e ch. civile, section A), 25 juin 2009. - RG n° 08/06369.

M. Chauvet, Pt. - Mme Clozel-Truche et M. Santelli, conseillers.

Sur la différence entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise, dans le même sens que :

- 3^e Civ., 11 mai 2005, *Bull.* 2005, III, n° 102 (cassation), et l'arrêt cité ;

- Com., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 215 (rejet), et l'arrêt cité.

N° 475

Vente

Garantie. - Vice caché. - Définition. - Défaut rendant la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée.

L'existence d'un vice caché antérieur à la vente d'un véhicule automobile peut être caractérisée par la survenance de pannes récurrentes et fréquentes dues à l'infiltration d'eau dans les organes mécaniques, dont la cause précise n'a pu être déterminée par le concessionnaire ni par l'expert judiciaire.

Privant le véhicule de la fiabilité élémentaire qu'un acquéreur est en droit d'attendre et qui constitue une qualité substantielle déterminante de l'achat, ce dysfonctionnement, dont seules les conséquences ont été réparées ponctuellement par des remises en service de courte durée, interdit d'utiliser le véhicule dans des conditions normales, puisqu'il peut à tout moment tomber en panne, et son usage en est à ce point altéré qu'il est certain que l'acquéreur ne l'aurait pas acheté s'il avait soupçonné qu'il aurait à subir de tels désagréments.

Dès lors, celui-ci est fondé à exercer l'action résolutoire des articles 1641 et suivants du code civil et à demander en outre

des dommages-intérêts compensatoires du préjudice causé par la vente.

CA Montpellier (1^{re} ch. civile, section AO2), 31 décembre 2008. - RG n° 08/140.

M. Toulza, Pt. - Mme Castanie et M. Blanchard, conseillers.

A rapprocher :

- 1^{re} Civ., 8 mars 2005, *Bull.* 2005, I, n° 128 (1) (cassation partielle) ;

- 1^{re} Civ., 19 mars 2009, *Bull.* 2009, I, n° 62 (cassation).

N° 476

Vente

Garantie. - Vice caché. - Définition. - Exclusion. - Applications diverses.

La dissimulation du kilométrage réel d'un véhicule ne peut être assimilée à un vice caché au sens de l'article 1641 du code civil, dans la mesure où elle ne rend pas en elle-même le véhicule impropre à sa destination et n'altère pas son usage.

En revanche, elle constitue une non-conformité à la commande, caractérisant un manquement du vendeur à son obligation de délivrance résultant de l'article 1604 dudit code, dès lors que le kilométrage fait partie des qualités substantielles qui ont déterminé les cocontractants à s'accorder sur la chose et le prix.

CA Montpellier (1^{re} ch. civile, section AO2), 31 décembre 2008. - RG n° 08/585.

M. Toulza, Pt. - Mme Castanie et M. Bougon, conseillers.

A rapprocher :

- 1^{re} Civ., 29 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 35 (cassation) ;

- 1^{re} Civ., 15 mars 2005, *Bull.* 2005, I, n° 139 (cassation) ;

- 1^{re} Civ., 13 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 309 (cassation), et l'arrêt cité.

N° 477

Vente

Garantie. - Vices cachés. - Clause de non-garantie. - Domaine d'application. - Vente entre professionnels de même spécialité.

La garantie légale du vendeur professionnel à raison des défauts cachés de la chose vendue est susceptible d'être aménagée par une clause limitative de garantie en cas de vente entre professionnels de même spécialité.

Dès lors, les dispositions contenues dans un contrat conclu entre deux sociétés, l'une et l'autre exerçant une activité de travaux publics, stipulant que la garantie consentie par le vendeur ne s'applique pas aux conséquences du manque de compétence du personnel de l'utilisateur, de la mauvaise utilisation, du défaut de surveillance ou d'entretien et excluant toute indemnisation au titre de dommages immatériels ou pertes indirectes, tels que les pertes de chiffres d'affaires, indemnisés de retard et intérêts, sont pleinement applicables.

CA Lyon (3^e ch. civile, section A), 30 octobre 2008. - RG n° 07/04982.

M. Chauvet, Pt. - Mme Clozel-Truche et M. Santelli, conseillers.

N° 478

Vente

Vendeur. - Obligations. - Délivrance. - Chose conforme. - Définition. - Applications diverses.

Satisfait à son obligation de conseil et de délivrance conforme le vendeur professionnel d'un véhicule équipé d'un système d'aide à la conduite par une personne handicapée conforme aux normes définies par l'arrêté du 8 février 1999 et permettant au conducteur d'actionner tous les équipements de sécurité indispensables à la conduite sans lâcher le volant, dès lors que l'acquéreur n'a, à la commande, formé aucune demande spécifique concernant l'accès à des fonctions non obligatoires telles qu'antibrouillard et limiteur de vitesse, qu'il a accepté le véhicule sans formuler de réserves concernant l'accès à ces fonctions et qu'en outre, il ne démontre pas que des dispositifs permettant de placer ces commandes à portée de main sont à la fois réalisables et réglementaires.

CA Montpellier (1^{er} ch., section AO2), 20 janvier 2009. - RG n° 07/6683.

M. Toulza, Pt. - MM. Blanchard et Bougon, conseillers.

N° 479

Vente

Vendeur. - Obligations. - Obligation d'information. - Etendue. - Détermination.

Dans le cadre d'une vente de véhicule, l'obligation d'information du vendeur ne s'entend que des renseignements nécessaires au bon usage de la chose.

Dès lors, le vendeur qui n'informe pas l'acheteur que le véhicule a subi un accident trois ans plus tôt ne commet aucune faute, compte tenu du fait que la voiture avait été convenablement réparée, qu'elle avait passé le contrôle technique avec succès et qu'elle avait circulé pendant plus de trois ans sans aucun problème.

CA Reims (ch. civile, section 1), 27 avril 2009. - RG n° 09/20 et 08/01283.

M. Maunand, Pt. - Mmes Souciet et Hussenet, conseillères.

Jurisprudence de la cour d'appel de Limoges relative à la saisie immobilière

N° 480

Saisie immobilière

Incident. - Appel.

Une contestation en matière de saisie immobilière formée lors d'un appel du jugement d'orientation est irrecevable, en application de l'article 6 du décret du 27 juillet 2006.

Le créancier inscrit ne peut contester la mise à prix d'un ensemble immobilier, en application de l'article 2206, alinéa 2, du code civil.

CA Limoges (ch. civile, section 2), 15 janvier 2009. - RG n° 08/01507.

M. Baluze, Pt (f.f.). - MM. Pugnet et Soury, conseillers.

N° 481

Saisie immobilière

Subrogation. - Jugement de subrogation. - Saisi. - Voies de recours.

L'instance engagée par une caisse de crédit agricole aux fins d'être subrogée dans les droits d'une caisse de crédit agricole concurrente ne concerne que ces deux créanciers, à l'exclusion de la société saisie, laquelle n'est pas recevable à contester la demande de subrogation en se prévalant du moyen de fond tiré de l'absence de justification de la créance.

L'appel formé par cette société à l'encontre du jugement de subrogation est dès lors irrecevable.

CA Limoges (ch. civile), 12 mai 2009. - RG n° 08/01767.

M. Leflaive, Pt. - MM. Baluze et Soury, conseillers.

Autre jurisprudence des cours d'appel

N° 482

Mesures d'instruction

Caractère contradictoire. - Expertise. - Inobservation. - Effets. - Annulation des seules opérations réalisées en méconnaissance du principe de la contradiction.

S'il était possible à l'expert désigné, tant selon la jurisprudence européenne que nationale, de procéder à certaines opérations - c'est notamment le cas en matière graphologique - sans que les parties soient convoquées, en raison des spécificités de la technique mise en œuvre, de laquelle il résulte que leur présence permanente ne s'impose pas, il lui appartenait d'assurer le respect du principe du contradictoire en les mettant à même de débattre contradictoirement des mérites du travail réalisé et de le critiquer sur tel ou tel aspect méthodologique ou technique.

Grâce à ce processus, l'expert se mettait en mesure soit, le cas échéant, de pallier les insuffisances de son travail, soit de répondre utilement aux objections qui lui sont faites. Au cas présent, l'expert a méconnu le principe de la contradiction, ce qui se suffit, sans qu'il y ait lieu d'exiger de celui qui s'en plaint de faire la démonstration qu'il en est résulté pour lui quelque grief.

Pour autant, la nullité ne frappe que celles des opérations effectuées en méconnaissance du principe de la contradiction, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'annuler l'intégralité du travail réalisé par l'expert. Il peut parfaitement être remédié aux carences de l'expertise par la reprise des seules opérations affectées de la violation du principe du contradictoire.

CA Agen (ch. commerciale), 6 octobre 2008. - RG n° 07/00896.

M. Muller, Pt. - Mme Martres et M. Certner, conseillers.

N° 483

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Responsabilités et sanctions. - Faillite et interdictions. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Décision

ayant valablement ouvert une procédure collective contre le dirigeant antérieurement au 1^{er} janvier 2006.

Il résulte de l'article 192 de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 qu'à défaut de décision ayant valablement ouvert, contre le dirigeant social, une procédure collective avant le 1^{er} janvier 2006, celui-ci ne peut plus être poursuivi sur le fondement des dispositions de l'article L. 624-4 ancien du code de commerce, qui a été abrogée par la loi susvisée.

Dès lors, à la suite d'une procédure engagée le 25 juin 2005 à l'encontre d'une société, le tribunal de commerce ne

pouvait plus, le 5 décembre 2008, ouvrir une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre du président de cette société en application des dispositions anciennes.

CA Bordeaux (2^e ch. civile), 5 janvier 2010. - RG n° 08/07542.

M. Bougon, Pt. - Mme Larsabal et M. Legras, Conseillers.

Dans le même sens que :

Com., 21 juin 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 172 (cassation partielle sans renvoi), et l'arrêt cité.

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 librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **130,50 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **24,40 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2010, frais de port inclus.

191107190-000410



Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du service
de documentation et d'études : Jacques Mouton

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

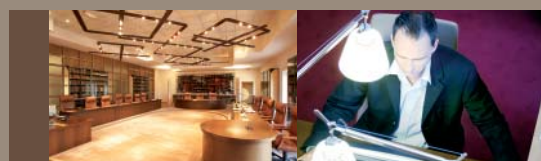
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



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.



Prix : 7,70 €
ISSN 0992-6623



**Direction de l'information
légale et administrative**
accueil commercial :
01 40 15 70 10
commande :
Administration des ventes
124, rue Henri-Barbusse
93308 Aubervilliers Cedex
télécopie : 01 40 15 68 00
ladocumentationfrancaise.fr