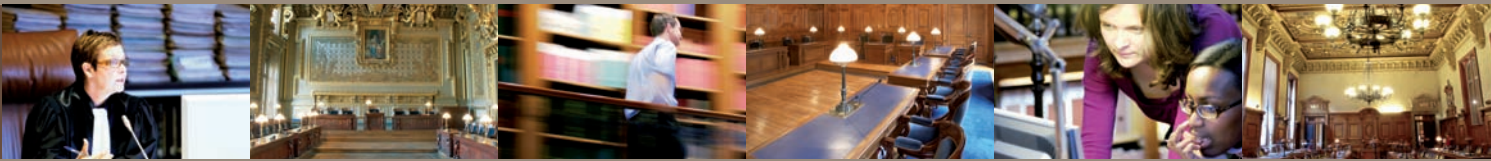


# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 731



*Publication  
bimensuelle*

*15 novembre  
2010*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

# Consultez

sur

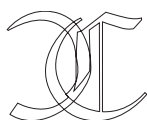
www.courdecassation.fr

*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*

---

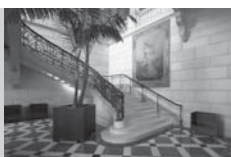
*Communications*

*Jurisprudence*

*Doctrine*

# En quelques mots...

## Communications



Le 29 juin 2010, la chambre commerciale a jugé (*infra*, n° 1713) que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* » et que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ». Dimitri Houtcieff note à propos de cette décision (JCP 2010, éd. G, n° 787) que « *la contradiction permet d'asseoir la sanction sur un fondement cohérent : autant il était difficile de saisir comment le manquement à une obligation, fût-elle essentielle, pouvait déboucher sur la nullité d'une clause, autant l'on comprend qu'une clause puisse être anéantie à force de vider le contrat de sa substance* », ajoutant : « *Plutôt que de sacrifier aveuglément la clause au moindre manquement à l'obligation essentielle, le juge est ainsi invité à soupeser l'économie du contrat* ».

## Jurisprudence



Le 17 juin dernier, la première chambre civile a quant à elle jugé (*infra*, n° 1717), reprenant sa jurisprudence du 24 septembre 2009 en matière de responsabilité de certains produits pharmaceutiques (*Bull.* 2009, I, n° 186 et 187), que « *lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection* ». Dans son commentaire, Olivier Gout (JCP 2010, éd. G, n° 870) y voit « *un assouplissement fondé sur l'équité des règles relatives à la charge de la preuve* » au bénéfice des victimes de telles infections. Faute de parvenir à établir que « *l'infection n'émane pas de sa structure* », les différents établissements dans lesquels la victime a été prise en charge seront coresponsables, partageant, estime l'auteur, « *le poids de l'indemnisation par parts égales* ».

## Doctrines



Le même jour, la deuxième chambre civile a jugé (*infra*, n° 1718 et 1719) que « la présomption simple d'imputabilité d'une contamination à une transfusion sanguine est édictée (...) au seul bénéfice des victimes. Les recours entre cofournisseurs de produits sanguins obéissent aux règles du droit commun », et donc que « en l'absence de preuve que les produits sanguins fournis étaient viciés, la société qui les avait fabriqués ne pouvait être tenue à garantie d'un autre fournisseur », de même que, « en l'absence de preuve que la contamination s'était produite pendant la période de validité du contrat d'assurance, l'assureur ne pouvait être tenu à garantie de son assuré, fournisseur du produit sanguin », solution que Christophe Radé (*Responsabilité civile et assurances*, septembre 2010, commentaire 217) qualifie de « revirement doublement opportun », car plus conforme à l'esprit de la loi de 2002 et à la solution déjà retenue par la deuxième chambre pour l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation.

Enfin, par avis du 13 septembre, la Cour a estimé que « le tribunal de grande instance, saisi par les parties d'une demande de changement de nom d'un enfant, formée à l'occasion d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, auxquelles sont applicables les dispositions de l'ordonnance (...) du 4 juillet 2005, dans sa rédaction issue de la loi (...) du 28 janvier 2009, est compétent, sur le fondement de l'article 331 du code civil, pour statuer sur l'attribution du nom de l'enfant en cas de désaccord entre les parents et peut décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui supérieur de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre », tandis que, en rubrique « Communication », le lecteur trouvera une étude portant sur « La procédure de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime en matière pénale ».

# Table des matières

## Communication

*La procédure de récusation et de renvoi  
pour cause de suspicion légitime en matière pénale*

par Stéphanie Bendel-Vasseur,  
assistante de justice à la première  
présidence de la Cour de cassation. *Page 6*

## Jurisprudence

Droit européen

*Actualités* *Page 14*

Cour de cassation (\*)

### I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

*Séance du 13 septembre 2010*

<sup>4</sup> • Filiation *Page 16*

### II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES *Numéros*

Abus de confiance	1657
Accident de la circulation	1658-1659- 1661
Action civile	1660-1661
Agent commercial	1678
Aide juridictionnelle	1662
Appel civil	1663
Assurance (règles générales)	1664
Avocat	1665
Bail (règles générales)	1666
Bail commercial	1667
Bail d'habitation	1668-1669
Bail rural	1670 à 1672
Cassation	1673-1674
Cautionnement	1675
Chambre de l'instruction	1676

Chasse	1677
Commissionnaire	1678
Communauté européenne	1679
Conflit de lois	1680
Contrat de travail, exécution.	1681
Contrat de travail, rupture	1682 à 1686
Contrats et obligations conventionnelles	1687-1688
Convention européenne des droits de l'homme	1689
Copropriété	1690
Divorce, séparation de corps	1691
Élections professionnelles	1692
Enquêteur social	1693 à 1695
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	1696
Expropriation pour cause d'utilité publique	1697-1698
Filiation	1699-1700
Garde à vue	1701
Habitation à loyer modéré	1702
Homicides et blessures involontaires	1703
Impôts et taxes	1704

\* 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.

Indivision	1705-1706	Séparation des pouvoirs	1721-1722
Mise en danger de la personne	1707	Servitude	1723
Nationalité	1708	Société	1724
Nom	1709	Société commerciale (règles générales)	1725
Peines	1710	Statut collectif du travail	1726-1727- 1731
Presse	1711	Syndicat professionnel	1728
Prud'hommes	1712	Transaction	1729
Responsabilité contractuelle	1713	Travail	1730
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	1714 à 1716	Travail réglementation, durée du travail	1731 à 1733
Santé publique	1717 à 1719	Travail réglementation, santé et sécurité	1734-1735
Sécurité sociale	1720	Vente	1736-1737

# Communication

## *La procédure de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime en matière pénale (\*)*

### **I. - La récusation**

La récusation est un incident soulevé par l'une des parties dans le but de faire écarter un juge qu'elle suspecte de partialité.

#### **A. - Le domaine de la récusation**

##### *1° Les titulaires du droit de récuser*

Les titulaires du droit de récuser sont énumérés à l'article 669 du code de procédure pénale : il s'agit de la personne mise en examen, du prévenu, de l'accusé et de toute partie à l'instance.

Sont ainsi visées, d'une part, la personne poursuivie, quel que soit le stade de la procédure (instruction ou jugement), et, d'autre part, « toute partie à l'instance », cette expression incluant le ministère public, la partie civile, la personne civilement responsable, dès lors qu'elle est citée au procès ou y intervient volontairement, ou les parties intervenantes (ainsi en est-il de l'assureur en responsabilité de l'auteur d'une infraction d'homicide ou de blessures involontaires, de l'assureur de la victime lorsque le dommage peut être garanti par un contrat d'assurance, du fonds de garantie automobile, du fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, des organismes de sécurité sociale, de l'État et de certaines collectivités ou personnes publiques sollicitant le remboursement des sommes versées à leurs agents victimes d'une infraction).

L'initiative de la récusation peut également émaner du juge lui-même. Il résulte de l'article 674 du code de procédure pénale que les juges ou conseillers visés à l'article 668 dudit code - c'est-à-dire ceux dont la récusation pourrait être demandée par la personne poursuivie ou par toute partie à l'instance - peuvent se récuser d'office dès lors qu'ils obtiennent l'autorisation du premier président de la cour d'appel, dont la décision est rendue après avis du procureur général.

En revanche, ne peuvent exercer la récusation les personnes qui n'ont pas qualité de partie au procès. Ainsi en est-il de la victime qui ne s'est pas constituée partie civile, du témoin ou du témoin assisté, la Cour de cassation retenant désormais que ce dernier n'est pas partie au procès (Crim., 13 novembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 232 ; Crim., 21 juin 2005, *Bull. crim.* 2005 n° 181 ; Crim., 28 mars 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 87).

##### *2° Les personnes récusables*

La récusation peut être dirigée à l'encontre de tout magistrat du siège, quel que soit le stade de la procédure. Les textes visent ainsi de manière générale « tout juge ou conseiller » (article 668 du code de procédure pénale) et, de manière plus particulière, afin de détailler la procédure applicable à chaque cas, « un juge d'instruction, un juge de police, un, plusieurs ou l'ensemble des juges du tribunal correctionnel, des conseillers de la cour d'appel ou de la cour d'assises » (article 669 du code de procédure pénale), le « premier président de la cour d'appel » (article 672 du code de procédure pénale) ou « un magistrat de la Cour de cassation, saisie en matière pénale », c'est-à-dire tant les conseillers que le président de la chambre criminelle (article 674-1 du code de procédure pénale).

L'article 669 du code de procédure pénale prévoit expressément que le juge d'instruction peut faire l'objet d'une récusation ; constituant à lui seul une juridiction, il peut également être visé par une requête en suspicion légitime (Crim., 20 juillet 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 253 ; Crim., 2 juillet 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 176 ; Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 86 ; Crim., 5 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 10).

---

(\*) Rédaction de l'étude : Stéphanie Bendel-Vasseur, assistante de justice à la première présidence de la Cour de cassation.



Tout membre permanent ou occasionnel d'une juridiction statuant en matière pénale peut être récusé : ainsi en est-il des assesseurs au tribunal pour enfants, des avocats ou avoués complétant occasionnellement la composition d'une juridiction de jugement en application des articles L. 212-4 et L. 312-3 du code de l'organisation judiciaire, des juges de la Cour de justice de la République, qu'ils soient membres de la commission d'instruction ou de la cour proprement dite, juges parlementaires ou magistrats de carrière (la récusation des membres de la Cour de justice de la République est expressément prévue à l'article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993).

Les modalités spécifiques de récusation de certains intervenants au procès pénal sont régies par des textes particuliers, tels que les articles 344, 407 et 535 du code de procédure pénale pour les interprètes (en matière criminelle, délictuelle et contraventionnelle, le ministère public, l'accusé, le prévenu et la partie civile peuvent récuser l'interprète en motivant leur demande, la juridiction se prononçant sur cette récusation par une décision insusceptible de recours) ou les articles 297 à 301 du code de procédure pénale pour les jurés (à mesure que les noms des jurés sortent de l'urne, l'accusé ou son avocat peuvent récuser cinq jurés en premier ressort et six en appel, le ministère public, quatre en premier ressort et cinq en appel, sans devoir ni pouvoir exposer les motifs de leur récusation).

En revanche, « *les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés* » (article 669, alinéa 2, du code de procédure pénale), compte tenu de leur qualité de partie principale au procès pénal. La Cour de cassation retient notamment « *que le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant* » (Crim., 6 janvier 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 1 ; Crim., 22 mai 2001, pourvoi n° 00-83.793 ; Crim., 22 janvier 2002, pourvoi n° 00-87.322 ; Crim., 1<sup>er</sup> septembre 2009, pourvoi n° 08-87.765).

De même, les experts ne peuvent-ils être récusés en matière répressive, contrairement à ce qui est prévu en matière civile à l'article 234 du code de procédure civile. La chambre criminelle admet cependant que le défaut d'impartialité d'un expert pourrait constituer une cause de nullité de ses rapports, à condition que les reproches formulés soient suffisants pour « *priver les rapports de cet expert dont la désignation est contestée du caractère d'avis techniques soumis à la contradiction et à l'appréciation ultérieure des juges* » (Crim., 8 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 172 ; Crim., 26 septembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 226).

### 3° Les causes de récusation

L'article 668 du code de procédure pénale énonce neuf causes de récusation.

La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que ces causes sont « *limitativement énumérées par l'article 668 du code de procédure pénale* » (Crim., 22 novembre 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 305). Elle n'en vérifie pas moins la conformité de la composition de la juridiction au regard de l'exigence d'impartialité posée à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 18 décembre 2001, *Bull. crim.* 2001 n° 273 ; Crim., 12 octobre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 240 ; Crim., 15 février 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 59), laquelle peut être invoquée indépendamment de la mise en œuvre de la procédure de récusation (Crim., 6 janvier 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 5 ; Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 76).

Cette solution s'apparente donc à celle rendue en matière civile, la Cour de cassation retenant que l'article 341 du code de procédure civile, « *qui prévoit limitativement huit cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction* » en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1<sup>re</sup> Civ., 28 avril 1998, *Bull.* 1998, I, n° 155 ; 2<sup>e</sup> Civ., 27 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 245).

Les causes de récusation énumérées à l'article 668 du code de procédure pénale peuvent être regroupées en quatre catégories : la parenté ou l'alliance entre un juge et une partie, la communauté ou la contradiction d'intérêts entre un juge et une partie, la connaissance antérieure de la cause par le juge et la manifestation de partialité du juge.

#### a) La parenté ou l'alliance entre un juge et une partie

Cette catégorie comprend les cas visés par l'article 668 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, à savoir ceux dans lesquels « *le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin sont parents ou alliés de l'une des parties ou de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement* », ou dans lesquels « *le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin est parent ou allié, jusqu'au degré indiqué ci-dessus, du tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire d'une des parties ou d'un administrateur, directeur ou gérant d'une société, partie en cause* ».

Ce texte tend à éviter qu'un juge ne favorise sa famille ou celle de son conjoint, dont les membres seraient soit directement parties à l'instance, soit représentants ou conseils de la personne physique ou morale partie à l'instance. Pour l'application de ces dispositions, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité et le concubin ont été assimilés au conjoint.

La cause de récusation subsiste en cas de décès du conjoint, partenaire ou concubin du juge, de divorce, de rupture du pacte civil de solidarité ou de séparation, le degré de parenté pris en compte devenant cependant moindre (jusqu'au deuxième degré inclusivement).

#### b) La communauté ou la contradiction d'intérêts entre un juge et une partie

Cette catégorie comprend les cas visés par l'article 668 2<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup>, 7<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>.

- Il peut tout d'abord s'agir de situations dans lesquelles le juge a intérêt à ce que l'une des parties gagne son procès.

Il peut en être ainsi lorsque le juge, directement ou par personne interposée, a un intérêt effectif dans le litige ; tel est le cas, visé par l'article 668 2°, dans lequel « *le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, [ou] les personnes dont il est tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire, [ou] les sociétés ou associations à l'administration ou à la surveillance desquelles il participe ont intérêt dans la contestation* ».

Cette communauté d'intérêt peut également résulter d'une situation de dépendance vis-à-vis d'une des parties du juge ou de son conjoint ou de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin (article 668 4°).

Le juge peut également être tenté de donner raison à l'une des parties au procès afin d'obtenir une faveur de même ordre en retour ; tel est le risque lorsque « *le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin ont un procès devant un tribunal où l'une des parties est juge* » (article 668 7°).

Il peut enfin s'agir d'une communauté d'intérêt de nature intellectuelle. Ainsi en est-il lorsque « *le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, leurs parents ou alliés en ligne directe ont un différend sur pareille question que celle débattue entre les parties* » (article 668 8°) ; il est alors à craindre que le juge, influencé par la certitude de la justesse de sa propre cause ou de celle de ses proches, ne cherche à donner raison à la partie au procès qui développe une argumentation juridique similaire à la sienne.

- Au contraire, le juge peut avoir intérêt à ce qu'une partie perde son procès en raison d'une contrariété d'intérêt avec celle-ci.

Tel est le cas lorsqu'il « *y a eu procès entre le juge, son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, leurs parents ou alliés en ligne directe, et l'une des parties, son conjoint, ou ses parents ou alliés dans la même ligne* » (article 668 6°).

Cette contrariété d'intérêts passée, même si elle est ancienne et sans rapport avec le litige soumis au juge, peut en effet laisser craindre que ce dernier ait conservé une certaine animosité, de nature à altérer son impartialité, à l'encontre de celui qui fut son adversaire ou celui de ses proches.

Si l'existence d'un procès passé entre l'une des parties et le juge permet de demander la récusation de ce dernier, *a fortiori* le juge ne peut-il trancher un litige dans lequel il est impliqué. Au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi retenu « *qu'un magistrat visé par une plainte avec constitution de partie civile ne saurait statuer sur cette plainte sans faire naître un doute sur son impartialité* » (Crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 191).

c) La connaissance antérieure de la cause par le juge

La récusation peut également être demandée « *si le juge a connu du procès comme magistrat, arbitre ou conseil, ou s'il a déposé comme témoin sur les faits du procès* » (article 668 5°).

Cette cause de récusation, relative à l'impartialité objective du juge, tend à éviter qu'un juge ait une opinion préconçue de l'affaire, pour avoir précédemment pris partie sur le fond du litige.

Ce qui importe est le point de savoir si le juge a eu, lors de sa première intervention, à se prononcer sur le fond du litige, c'est-à-dire le plus souvent, en matière pénale, sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé. Ainsi, un conseiller ayant participé à l'arrêt de la chambre d'accusation qui a confirmé une ordonnance de refus d'informer rendue par un juge d'instruction ne peut, après cassation de cet arrêt, faire partie de la chambre d'accusation saisie de l'appel d'une ordonnance de non-lieu rendue dans la même procédure (Crim., 6 janvier 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 5).

En revanche, en cas de renvoi d'une affaire à une autre session d'assises, le même magistrat peut présider les deux audiences, dès lors que la première cour d'assises n'a pris aucune décision impliquant l'appréciation de la culpabilité de l'accusé (Crim., 12 septembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 201). De même, le magistrat qui a rendu une ordonnance déclarant irrecevable une requête en annulation de pièces de procédure peut faire partie de la chambre de l'instruction statuant sur une demande de publicité des débats (Crim., 16 février 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 63). Rien ne s'oppose non plus à ce qu'un magistrat ayant rendu une décision relative à la garde d'un enfant puisse participer à la juridiction pénale statuant sur l'infraction constituée par l'inobservation des dispositions prévues par la décision civile (Crim., 19 avril 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 110).

L'article 668 5° ne peut être invoqué qu'en cas d'identité de litige : le juge doit être intervenu dans la même cause, entre les mêmes parties. Il en résulte notamment que « *les mêmes magistrats [peuvent] connaître de poursuites distinctes engagées par la même partie civile, pour des faits de même nature* » (Crim., 12 octobre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 240).

Il se déduit du principe selon lequel un juge ne peut statuer dans un litige dont il a déjà connu « *que ne peut participer au jugement d'une affaire un magistrat qui en a connu en qualité de représentant du ministère public* » (Crim., 24 mai 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 152). Encore faut-il qu'il soit intervenu personnellement dans cette affaire ; en effet, « *si le principe d'indivisibilité du ministère public permet à chacun de ses membres d'agir au nom de tous, il ne saurait interdire au magistrat lui ayant appartenu de se prononcer comme juge sur une procédure dont il n'a jamais eu à connaître dans ses fonctions antérieures* » (Crim., 5 septembre 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 310). La règle est identique lorsque l'impartialité du juge est mise en cause en raison de l'appartenance de son conjoint au ministère public ; l'indivisibilité du ministère public ne peut aboutir à considérer que tous ses membres ont participé aux poursuites exercées par l'un d'entre eux, ce dont il résulte que l'impartialité d'un juge ne peut être contestée dès lors qu'il n'est pas établi que son conjoint est personnellement intervenu dans le déroulement de la procédure (Crim., 14 janvier 2003, *Bull.*

*crim.* 2003, n° 6). En outre, l'interdiction pour un juge d'intervenir au parquet puis au siège ne vaut qu'au sein d'un même litige ; par conséquent un juge peut effectuer des actes de poursuites dans une première affaire puis instruire une seconde affaire mettant en cause les mêmes personnes, dès lors que les procédures successivement ouvertes portent sur des faits distincts (*Crim.*, 20 février 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 44).

Enfin, la spécificité de certaines juridictions justifie que les juges puissent connaître à plusieurs reprises d'une même affaire. Ainsi a-t-il été jugé, à l'égard de la Cour de cassation, que « *la spécificité du rôle de la Cour de cassation et la nature du contrôle qu'elle exerce sur la légalité des décisions ainsi que son contrôle juridique de l'appréciation des faits par les juges du fond ne font pas obstacle à ce que les mêmes magistrats composent la chambre criminelle lors de l'examen de pourvois successifs formés au cours de la même procédure* » (*Crim.*, 22 novembre 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 305) ou, à l'égard de la Commission de révision des condamnations pénales, « *qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce qu'un même magistrat puisse faire partie de la commission appelée à connaître de requêtes successives tendant à la révision d'une même condamnation* » (*Crim.*, 15 février 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 59).

Il convient cependant de préciser que, dans un arrêt rendu le 24 juin 2010 (aff. X... et Y... c/ France, requête n° 22349/06), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, à propos d'une affaire dans laquelle la chambre criminelle avait rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel statuant après cassation, que le fait que sept des neuf conseillers ayant siégé au sein de la chambre criminelle avaient composé la formation qui s'était prononcée sur le premier pourvoi était de nature à susciter des doutes sur l'impartialité de la juridiction, dans la mesure où la Cour de cassation était conduite, à l'occasion des deux pourvois, à vérifier l'appréciation, par la cour d'appel, des éléments constitutifs de l'infraction.

d) La manifestation de partialité du juge

Enfin, la récusation peut être demandée « *s'il y a eu entre le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité* » (article 668 9°).

Il peut s'agir de manifestations tant d'hostilité que d'amitié à l'égard d'une partie.

## **B. - La procédure de récusation**

### *1° La juridiction compétente*

La requête en récusation doit, sauf dans les cas particuliers ci-dessous énumérés, être présentée au premier président de la cour d'appel, et ce, à peine de nullité (article 669, alinéa premier, du code de procédure pénale). Est donc justifiée la décision d'une chambre de l'instruction de se déclarer incompétente pour connaître d'une demande tendant à la récusation de l'un des magistrats composant la juridiction (*Crim.*, 7 mai 2003, pourvoi n° 03-80.947).

Dans l'hypothèse où la demande en récusation vise le premier président de la cour d'appel, la requête doit être adressée au premier président de la Cour de cassation (article 672 du code de procédure pénale).

L'article 674-1, issu de la loi du 3 juillet 1967, envisage le cas d'une demande de récusation dirigée contre un magistrat de la Cour de cassation saisie en matière pénale, c'est-à-dire d'un magistrat de la chambre criminelle. Il est seulement indiqué que la demande, qui doit être motivée, est déposée au greffe, le ministère d'un avocat n'étant pas obligatoire. Il se déduit cependant de cette rédaction que la requête en récusation est alors examinée par la chambre criminelle de la Cour de cassation (*Crim.*, 12 janvier 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 20 ; *Crim.*, 6 mars 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 58).

Les modalités de la récusation des membres de la Cour de justice de la République sont prévues par l'article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993. La récusation visant un membre de la commission d'instruction doit être adressée au premier président de la Cour de cassation. En revanche, lorsque la demande vise un juge de la Cour de justice de la République, qu'il soit parlementaire ou magistrat, la Cour statue elle-même, dès l'ouverture des débats, sur cette question.

### *2° La demande de récusation*

a) Caractères de la demande

Contrairement à la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, qui vise une juridiction dans son ensemble, la demande de récusation ne tend à écarter que l'un des juges. Hormis l'hypothèse déjà évoquée où la juridiction est composée d'un seul juge, un grief à caractère individuel doit donc nécessairement être formulé par le biais d'une requête en récusation et ne peut servir de fondement à une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime. Ainsi, une requête par laquelle un inculpé soutient que le président de la chambre d'accusation aurait eu, à son égard, « *des manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité* », constitue « *non pas une requête en suspicion légitime visant une juridiction, mais une requête en récusation entrant dans les prévisions de l'article 668 9° du code de procédure pénale et qui, selon les dispositions de l'article 669 du même code, doit être présentée à peine de nullité au premier président de la cour d'appel* » (*Crim.*, 25 novembre 1976, *Bull. crim.* 1976, n° 343).

Il est généralement admis que la récusation présente un caractère facultatif pour la partie titulaire de ce droit. Il en résulte notamment que la juridiction n'est pas tenue de relever d'office une cause de récusation dont elle aurait connaissance. Il en va cependant différemment lorsque cette cause de récusation constitue également un cas d'incompatibilité, la juridiction étant alors tenue de relever l'irrégularité de sa composition (*Crim.*, 31 mai 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 235).

Il se déduit également du caractère facultatif de la récusation que la partie qui s'est abstenue de demander la récusation d'un juge avant la clôture des débats a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir et n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité de ce juge en invoquant une violation

de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (assemblée plénière, 24 novembre 2000, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 10 ; assemblée plénière, 11 juin 2004, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 1 ; Crim., 29 septembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 226 ; Crim., 22 février 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 68).

b) Modalités de la demande

- La récusation de droit commun, présentée au premier président de la cour d'appel, n'est soumise à aucune condition particulière de dépôt. La requête doit désigner nommément le ou les magistrats récusés et contenir l'exposé des moyens invoqués, avec toutes les justifications utiles à l'appui de la demande (article 669 du code de procédure pénale). Lorsque la récusation de plusieurs magistrats est demandée, ceux-ci doivent être mis en cause individuellement, la cause de récusation spécifique à chacun d'entre eux devant être précisément énoncée. Ainsi en est-il notamment lorsque la récusation vise l'ensemble des magistrats d'une juridiction, sous peine de voir cette requête requalifiée en demande de renvoi pour cause de suspicion légitime et déclarée irrecevable pour ne pas avoir été soumise au juge compétent, à savoir la chambre criminelle de la Cour de cassation.

- L'article 672 du code de procédure pénale, relatif à la récusation visant le premier président de la cour d'appel, ne soumet la requête présentée au premier président de la Cour de cassation à aucune modalité spécifique de dépôt ou de forme. Il ne semble cependant pas faire de doute que l'exigence de motivation prévue à l'article 669 soit également applicable dans cette hypothèse.

- L'article 674-1 du code de procédure pénale prévoit que la demande en récusation d'un magistrat de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui doit être motivée, est déposée au greffe. Le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire ; la demande peut donc être présentée par la partie elle-même, un avocat, un avocat aux Conseils ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial.

- L'article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993 ne prévoit aucune formalité particulière quant à la requête en récusation présentée à la Cour de justice de la République. S'agissant des demandes de récusation des membres de la commission d'instruction, il est indiqué que le premier président de la Cour de cassation statue dans les formes prévues en matière correctionnelle.

c) Moment de la demande

Aux termes de l'article 669, alinéa 4, du code de procédure pénale, « *la partie qui aura procédé volontairement devant une cour, un tribunal ou un juge d'instruction ne sera reçue à demander la récusation qu'à raison des circonstances survenues depuis, lorsqu'elles seront de nature à constituer une cause de récusation* ».

Il résulte de cette disposition qu'à peine d'irrecevabilité, la demande en récusation doit être présentée *in limine litis* lorsque les motifs de récusation sont antérieurs à l'ouverture du procès. Ce n'est que lorsque les circonstances de la récusation surviennent postérieurement que la requête pourra être présentée en cours de procès ; elle devra, en tous les cas, être déposée avant la clôture des débats (assemblée plénière, 24 novembre 2000 ; assemblée plénière, 11 juin 2004 ; Crim., 29 septembre 2004, précités).

3° Le déroulement de la procédure de récusation

a) L'effet de la demande de récusation sur l'instance pénale

Contrairement à ce qui est prévu en matière civile, la demande de récusation ne produit aucun effet automatique sur l'instance pénale. La requête en récusation ne dessaisit pas le magistrat dont la récusation est proposée (article 670, alinéa 2, du code de procédure pénale). Le procès ou l'instruction se poursuit normalement, sans tenir compte de la procédure en récusation. Cette règle tend à éviter l'utilisation de la récusation à des fins dilatoires.

Il n'est cependant pas interdit à la juridiction saisie de procéder au renvoi de l'affaire afin d'attendre l'issue de la procédure de récusation. De surcroît, il peut être décidé que la procédure de récusation aura un effet suspensif : le premier président peut, après avis du procureur général, ordonner qu'il sera sursis soit à la continuation de l'information ou des débats, soit au prononcé de la décision (article 670, alinéa 2, du code de procédure pénale).

Les règles ci-dessus énoncées valent également pour les demandes de récusation visant le premier président d'une cour d'appel, l'article 672 du code de procédure pénale renvoyant expressément aux dispositions de l'article 670 dudit code.

Il en est de même de la récusation des membres de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, le premier président de la Cour de cassation statuant dans les formes prévues en matière correctionnelle (article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993). La question de l'effet suspensif de la demande de récusation visant un juge de la Cour de justice de la République est, quant à elle, sans objet, la Cour statuant sur cette demande dès l'ouverture des débats (article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993).

En revanche, la demande de récusation visant un magistrat de la Cour de cassation produit un effet suspensif. En effet, l'article 674-2, alinéa 2, du code de procédure pénale renvoie aux règles de procédure civile prévoyant notamment que le magistrat doit, dès qu'il a communication de la demande, s'abstenir jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation.

b) L'instruction de la demande de récusation

S'agissant d'une demande visant un juge ou un conseiller des juridictions du fond, le premier président de la cour d'appel notifie la requête en la forme administrative, c'est-à-dire sans formalité particulière, au président

de la juridiction à laquelle appartient le magistrat dont la récusation est sollicitée (article 670, alinéa premier du code de procédure pénale). Le président de la juridiction notifie, dans les mêmes formes, la demande au magistrat concerné.

Le magistrat dont la récusation est demandée communique un mémoire, comprenant ses observations quant à la requête dirigée à son encontre, au premier président de la cour d'appel, par le biais du président de la juridiction ; ce dernier, même si les textes ne le prévoient pas expressément, pourra ainsi joindre à ce mémoire son propre avis sur les mérites de la requête.

Contrairement à ce qui est prévu en matière civile, le fait que le juge acquiesce à la demande de récusation ne met pas fin à cette procédure en entraînant le remplacement du juge. La procédure se poursuit, son issue dépendant de la seule décision du premier président de la cour d'appel.

L'auteur de la demande de récusation peut déposer, auprès du premier président de la cour d'appel, un mémoire complémentaire (article 671 du code de procédure pénale).

Bien que les textes ne le prévoient pas, rien ne semble s'opposer à ce que le premier président de la cour d'appel puisse prendre des mesures d'information complémentaire.

Après avoir reçu les observations du magistrat dont la récusation est demandé et, le cas échéant, le mémoire complémentaire du demandeur, le premier président de la cour d'appel prend l'avis du procureur général (article 671 du code de procédure pénale).

La procédure de récusation présente un caractère administratif, et non juridictionnel. Elle n'est pas soumise au respect du principe de la contradiction, aucune communication du mémoire du juge visé par la demande, de l'avis du procureur général ou des informations que pourraient recueillir le premier président de la cour d'appel n'étant imposée. De même, aucun débat oral n'est prévu.

La procédure de récusation visant un premier président de cour d'appel ou un membre de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est identique à celle qui vient d'être décrite, si ce n'est qu'elle est portée devant le premier président de la Cour de cassation ; en effet, tant l'article 672 du code de procédure pénale que l'article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993 renvoient aux règles décrites ci-dessus.

En revanche, s'agissant de la procédure de récusation visant un magistrat de la Cour de cassation, l'article 674-2 du code de procédure pénale renvoie essentiellement aux dispositions du code de procédure civile. Le greffe de la Cour de cassation, auprès duquel la requête a été déposée, communique celle-ci au magistrat visé (article 345 du code de procédure civile). Dans les huit jours de cette communication, le juge récusé fait connaître par écrit soit son acquiescement à la récusation, soit les motifs pour lesquels il s'y oppose (article 347 du code de procédure civile). S'il acquiesce, la procédure de récusation s'achève, le magistrat ne participant pas au jugement de l'affaire. S'il s'oppose à la récusation ou ne répond pas, la chambre criminelle de la Cour de cassation statue dans le mois du dépôt de la requête au greffe (article 674-2 du code de procédure pénale).

#### c) L'issue de la procédure

Le premier président de la cour d'appel ou de la Cour de cassation statue par une ordonnance qui produit effet de plein droit (article 671 du code de procédure pénale).

Si la requête en récusation est accueillie, le magistrat récusé doit être remplacé, en application des règles d'empêchement. S'il s'agit d'un juge d'instruction, le président du tribunal de grande instance désigne un autre juge conformément aux articles 83 et 84 du code de procédure pénale. S'il s'agit d'un juge des libertés et de la détention, il est procédé conformément à l'article 137-1 dudit code. S'il résulte de la récusation de plusieurs juges l'impossibilité de constituer une juridiction, la chambre criminelle de la Cour de cassation est saisie d'une demande de renvoi de l'affaire à une autre juridiction, en application de l'article 662 du code de procédure pénale.

Bien que le code de procédure pénale ne se prononce pas sur ce point, il semble que les actes accomplis par un juge d'instruction avant sa récusation demeurent valables. En revanche, lorsque les débats étaient pendants devant une juridiction de jugement, le remplacement du juge récusé implique la reprise des débats (article 592 du code de procédure pénale).

Si la requête en récusation échoue, l'instruction ou le jugement de l'affaire se poursuit avec le juge qui était visé par la requête.

L'ordonnance qui rejette la demande de récusation prononce, à l'encontre de son auteur, une amende civile de 75 à 750 euros (article 673 du code de procédure pénale). Si la demande visait un magistrat de la Cour de cassation, les dispositions du code de procédure civile sont alors applicables, l'amende devenant facultative, mais pouvant atteindre la somme de 3 000 euros. Ces dispositions visent à décourager les requêtes en récusation dilatoires ou manifestement abusives.

#### 4° Les voies de recours

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel statuant sur une demande de récusation n'est susceptible d'aucune voie de recours (article 671 du code de procédure pénale). Il en est de même de l'ordonnance rendue par le premier président de la Cour de cassation (article 672 dudit code). Les pourvois formés contre ces ordonnances sont, dès lors, voués à l'échec (Crim., 14 mars 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 69 ; Crim., 14 mai 2002, pourvoi n° 01-87.156).



## **II. - Le renvoi pour cause de suspicion légitime**

Le renvoi pour cause de suspicion légitime est un incident de procédure permettant à une partie, à l'occasion d'une instance en cours, de demander le dessaisissement d'une juridiction dans son ensemble dont elle suspecte la partialité.

### **A. - Le domaine du renvoi pour cause de suspicion légitime**

#### *1° Les titulaires du droit de demander un renvoi pour cause de suspicion légitime*

L'article 662, alinéa 2, du code de procédure pénale énumère les personnes qui peuvent présenter une requête aux fins de renvoi pour cause de suspicion légitime : le procureur général près la Cour de cassation, le ministère public établi près la juridiction saisie ou les parties.

La notion de partie doit être entendue comme en matière de récusation et concerne donc la personne mise en examen, le prévenu, l'accusé, la partie civile, les parties intervenantes, mais non le plaignant qui ne s'est pas constitué partie civile, le témoin ou le témoin assisté.

#### *2° Les juridictions concernées par la demande*

Les juridictions qui peuvent être visées par une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime sont définies dans les termes les plus généraux par l'article 662, alinéa premier, du code de procédure pénale : « en matière criminelle, correctionnelle ou de police [...] toute juridiction d'instruction ou de jugement ».

À peine d'irrecevabilité, la requête en suspicion légitime ne peut être formée qu'à l'encontre d'une juridiction effectivement saisie de la procédure (Crim., 16 mai 1967, *Bull. crim.* 1967, n° 155).

Il a été jugé que la Cour de cassation ne pouvait être visée par une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, la requête dirigée contre tous les magistrats de la chambre criminelle devant dès lors être déclarée irrecevable (Crim., 15 juin 1934, *Bull. crim.* 1934, n° 119). Malgré l'ancienneté de cette solution, celle-ci devrait être maintenue, une solution identique ayant depuis lors été adoptée en matière civile (cf. notamment 2<sup>e</sup> Civ., 20 mai 1992, *Bull.* 1992, II, n° 149 ; 2<sup>e</sup> Civ., 21 février 2002, *Bull.* 2002, II, n° 26).

La loi organique du 23 novembre 1993 prévoit une procédure de récusation des membres de la commission d'instruction et des juges de la Cour de justice de la République, mais ne comporte aucune procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime, qui semble donc exclue pour cette juridiction. La Cour de cassation a jugé que la loi organique ne lui donnait pas compétence pour statuer sur une requête tendant, pour cause de suspicion légitime, au renvoi d'une procédure devant la Cour de justice de la République autrement composée (Crim., 24 février 1999, pourvoi n° 99-81.367).

La demande de renvoi pour cause de suspicion légitime n'est pas non plus recevable contre le ministère public (Crim., 7 avril 1976, *Bull. crim.* 1976, n° 107 ; Crim., 27 janvier 1993, pourvoi n° 92-85.300).

#### *3° Le fondement de la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime*

À la différence de la procédure de récusation, aucune énumération des causes de renvoi n'est prévue en matière de suspicion légitime.

Le demandeur doit démontrer que des éléments objectifs sont de nature à faire naître un doute sur l'impartialité d'une juridiction dans son ensemble. La chambre criminelle fonde fréquemment ses décisions tant sur l'article 662 du code de procédure pénale que sur l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les critères pris en compte pour l'application de ces textes étant similaires.

Constituent ainsi des motifs de renvoi pour cause de suspicion légitime la circonstance qu'un juge d'instruction instruit une affaire dans laquelle il a déjà rendu une décision de refus d'informer injustifiée (Crim., 5 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 10 ; Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 86), le fait que le plaignant soit membre du parquet du tribunal saisi de l'affaire (Crim., 30 novembre 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 392), la circonstance qu'une plainte avec constitution de partie civile pour outrage soit instruite puis jugée par le tribunal auquel appartient le magistrat plaignant, lequel a été soutenu dans sa démarche par une motion de l'assemblée générale de ce tribunal (Crim., 3 novembre 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 351) ou l'expression publique par un juge d'instruction de propos hostiles à l'égard d'une personne mise en examen (Crim., 21 août 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 305). En outre, la connexité existant entre deux affaires, dont l'une a fait l'objet d'un renvoi à une autre juridiction pour cause de suspicion légitime, justifie à elle seule le renvoi de la seconde devant cette même juridiction (Crim., 3 novembre 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 352).

En revanche, ne constituent pas des motifs de renvoi pour cause de suspicion légitime le fait qu'un juge d'instruction ait rendu une ordonnance visant à obtenir la mainlevée de l'immunité parlementaire de la personne dont il envisage la mise en examen (Crim., 10 juillet 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 294), les conditions déloyales dans lesquelles l'action pénale aurait été exercée contre le demandeur lors d'une précédente poursuite, dès lors que les faits reprochés aux représentants du ministère public, à les supposer établis, sont étrangers à la conduite de l'action pénale concernant la procédure en cours (Crim., 20 mars 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 124) ou la circonstance qu'une chambre civile d'une cour d'appel ait déjà statué, en matière disciplinaire, sur les faits soumis à une chambre de la même cour, statuant en matière pénale, composée de magistrats n'ayant pas connu de la procédure disciplinaire (Crim., 24 janvier 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 47).

### **B. - La procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime**

#### *1° La juridiction compétente*

La demande de renvoi pour cause de suspicion légitime doit être portée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Les juges du fond ne peuvent cependant se retrancher derrière l'absence de dépôt d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime pour écarter le grief pris du manque d'impartialité d'une juridiction ; ils doivent alors examiner la régularité de la procédure suivie au regard des exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 191). Le dessaisissement d'une juridiction en raison de son manque d'impartialité ne peut toutefois intervenir que suivant la procédure spéciale de demande de renvoi pour cause de suspicion légitime (Crim., 3 mai 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 177).

#### 2° La demande de renvoi pour cause de suspicion légitime

La demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, à l'instar de celle en récusation, présente un caractère facultatif, dont il se déduit « *que le prévenu n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité du juge d'instruction ou des juges composant le tribunal correctionnel, en invoquant une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'il n'a pas usé de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant ces magistrats en application de l'article 668 du code de procédure pénale ou en présentant une requête en suspicion légitime sur le fondement de l'article 662 du même code* » (Crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-82.365).

La requête doit être présentée au greffe de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il a cependant été jugé, sous l'empire des dispositions du code d'instruction criminelle, qu'était recevable une demande présentée au greffe de la juridiction saisie, puis transmise par le procureur général du ressort au procureur général près la Cour de cassation et par ce dernier à la chambre criminelle (Crim., 9 mai 1932, *Bull. crim.* 1932 n° 126).

La requête n'est soumise à aucune forme particulière. Elle précise la juridiction dont le dessaisissement est demandé, la procédure concernée et l'exposé des circonstances de nature à justifier le renvoi. Elle doit être signée du requérant ou d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; la requête présentée par un avocat, s'il n'est pas avocat aux Conseils, est irrecevable (Crim., 5 septembre 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 314).

#### 3° Le déroulement de la procédure

##### a) L'effet de la demande de renvoi sur l'instance pénale

La présentation de la requête n'a pas d'effet suspensif, à moins que la Cour de cassation n'en décide autrement (article 662, alinéa 4, du code de procédure pénale).

##### b) L'instruction de la demande

La requête doit être signifiée à toutes les parties intéressées, qui ont un délai de dix jours pour déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation (article 662, alinéa 3, du code de procédure pénale). Cette signification est prescrite à peine d'irrecevabilité de la requête (Crim., 5 septembre 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 314 ; Crim., 3 juillet 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 180).

La chambre criminelle retient « *que la procédure particulière aux requêtes en dessaisissement pour cause de suspicion légitime commande que les débats, qui sont, par leur nature, susceptibles de porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts de la justice, aient lieu en chambre du conseil* » (Crim., 20 septembre 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 323).

Si elle ne s'estime pas suffisamment informée, la Cour de cassation peut surseoir à statuer afin d'obtenir des renseignements complémentaires, qu'elle sollicite généralement du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve la juridiction saisie.

##### c) L'issue de la procédure

La chambre criminelle de la Cour de cassation apprécie souverainement s'il existe un motif de renvoi pour cause de suspicion légitime. Sa décision est motivée.

Depuis la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989, la Cour de cassation ne dispose plus de la possibilité d'ordonner d'office le renvoi de l'affaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice après avoir rejeté la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime.

L'arrêt qui a statué sur une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime est signifié aux parties intéressées, à la diligence du procureur général près la Cour de cassation (article 666 du code de procédure pénale).

Si le renvoi est ordonné, la juridiction est immédiatement et définitivement dessaisie. Les actes effectués avant l'arrêt de renvoi demeurent valables.

Un rejet de la demande de renvoi n'interdit pas la présentation d'une nouvelle demande fondée sur des faits postérieurs (article 667 du code de procédure pénale).

La voie de l'opposition contre un arrêt de la Cour de cassation rejetant une demande de suspicion légitime n'est pas ouverte à la partie qui avait formé cette demande (Crim., 26 juin 1963, *Bull. crim.* 1963, n° 233).

# Jurisprudence

## Droit européen

### Actualités

---

#### COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

---

##### RAPPEL

Le bureau du droit européen publie une veille bimestrielle de droit européen disponible sur le site intranet de la Cour de cassation : <http://intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr/>, sous la rubrique « Documentation », et sur le site internet : [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), sous la rubrique « Publications de la Cour ».

##### **- Interdiction de la torture (article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)**

Dans l'arrêt **Y. P. et L. P. c/ France**, requête n° 32476/06, la Cour européenne a conclu le 2 septembre 2010, à l'unanimité, que l'expulsion vers le Belarus des requérants, un opposant politique et sa famille, les exposerait à un risque de mauvais traitements et constituerait une violation de l'article 3 de la Convention.

##### **Faits :**

Les requérants, Y. P., et son épouse, L. P., sont deux ressortissants du Belarus ; ils résident actuellement clandestinement en France. Ils sont respectivement ingénieur et professeur des écoles, et ont trois enfants. Le requérant, Y. P., se dit membre du parti politique Front populaire (démocratie chrétienne), militant en faveur d'un régime parlementaire, depuis 1999.

Au Belarus, Y. P. a été arrêté, détenu et battu par la police pour ses activités en tant que membre du Front populaire biélorusse, notamment pour des faits de « hooliganisme » en février 1999, ainsi qu'en fait état un rapport du centre de défense des droits de l'homme Viasna. En octobre de la même année, il fut détenu et frappé par les autorités pour sa participation à la marche pour la liberté à Minsk.

Entre 2002 - après, selon le requérant, avoir été agressé suite à son élection à la présidence du comité central du parti à Moghilev - et 2004, il commença à chercher asile en Allemagne et en Norvège, en vain. En octobre 2004, Y. P. allégué avoir été emmené dans un bois par la police et battu jusqu'à en perdre connaissance. Le requérant déclare avoir été également violenté lors de son arrestation et assignation à résidence, la veille des élections législatives. Son fils, membre du même parti, fut arrêté à différentes reprises, notamment en octobre 2004, alors qu'il distribuait des tracts contre les modifications apportées à la Constitution biélorusse, qui permettaient au président de demeurer au pouvoir à vie. Quelques mois auparavant, un traumatisme crânien avait été diagnostiqué chez le jeune homme, après sa détention pour avoir participé à un meeting contre la dictature.

En février 2005, à leur arrivée en France, à Strasbourg, ils déposèrent immédiatement une demande d'asile auprès de l'office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). Leur demande fut refusée, au motif que le requérant n'avait pas fait de déclaration assez précise quant à son engagement politique et aux persécutions alléguées. Il résulte des certificats médicaux établis à l'automne 2005 à Strasbourg que le requérant, Y. P., était marqué d'une cicatrice frontale et qu'il souffrait d'un « *état anxio-dépressif grave, directement en relation avec les traumatismes subis au Belarus* ». Son fils, L. P., a dû subir une intervention chirurgicale à Strasbourg pour soigner des séquelles au bras droit. Par une décision du 23 mai 2006, la commission de recours des réfugiés (CRR) confirma celle de l'OFPRA.

La famille se rendit alors en Norvège, en Suède et au Danemark. Ils furent renvoyés du Danemark vers la France, où ils firent l'objet d'arrêtés de reconduite à la frontière en 2007 et 2008. En mars 2008, le petit garçon des requérants, né en 2006, fut hospitalisé à Paris, en raison de conditions de vie précaires de la famille.

Le 29 avril 2008, l'OFPRA, sur demande de réexamen par les requérants - qui faisaient valoir qu'un retour au Belarus signifierait leur incarcération pendant deux à cinq ans -, leur refusa de nouveau l'asile. Placés au centre de rétention de Rouen, ils déposèrent, auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, une demande de suspension de la mesure de renvoi à leur encontre, que la Cour accorda, en vertu de l'article 39 de son Règlement



(mesures provisoires), pour la durée de la procédure devant elle. Enfin, à la suite du rejet de leur demande auprès de l'OFPPRA, les requérants engagèrent un recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA, ancienne CRR), qui fut rejeté.

#### **Griefs :**

Les requérants, sur le fondement de l'article 3 de la Convention, soutenaient que leur renvoi vers le Belarus les exposerait au risque de subir de mauvais traitements.

#### **Décision :**

##### Sur l'épuisement des voies de recours internes :

Le gouvernement soutenait que les requérants, n'ayant pas usé du recours administratif suspensif de leur arrêté de reconduite à la frontière pour en demander l'annulation dans les quarante-huit heures suivant sa notification, n'avaient pas épuisé les voies de recours interne. Les juges de Strasbourg rappellent qu'il y a lieu de « *tenir compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique de la partie contractante concernée, mais également du contexte juridique et politique dans lequel ils se situent, ainsi que de la situation personnelle du requérant* » (§ 52). En l'espèce, la Cour constate que la demande d'asile déposée par les requérants auprès de l'OFPPRA fut rejetée par cet organisme puis par la CRR ; dès lors, elle considère que l'on ne saurait reprocher aux requérants de ne pas avoir introduit ce recours administratif, dans la mesure où la situation au Belarus était la même qu'alors. La Cour rappelle « *qu'un requérant qui a utilisé une voie de droit apparemment effective et suffisante ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir essayé d'en utiliser d'autres qui étaient disponibles mais ne présentaient guère plus de chances de succès* » (§ 53). Ainsi, la Cour estime que les requérants ont démontré l'existence de circonstances particulières qui les dispensaient de l'obligation d'épuiser la voie de recours indiquée par le gouvernement français. Leur requête est donc recevable.

##### Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention :

Les requérants soutiennent que leur renvoi vers le Belarus les exposerait à un risque de subir de mauvais traitements.

À titre liminaire, les juges de Strasbourg, citant l'arrêt *X... c/ Italie* rendu en grande chambre le 28 février 2008 - requête n° 3701/06, § 125 -, rappellent que « *Si la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique, il est désormais bien établi dans la jurisprudence de la Cour que l'expulsion par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays* » (§ 62).

En l'espèce, la Cour estime le récit de Y. P. crédible, l'intéressé ayant fourni des éléments confirmant son engagement politique et les persécutions subies, notamment les attestations de l'association Viasna et des certificats médicaux. Il ressort des pièces versées devant les autorités nationales que le requérant est un militant actif du Front populaire, principal parti d'opposition, et qu'il fut à plusieurs reprises arrêté, intimidé et violé par les autorités du Belarus au cours de manifestations et de prises de position. Dans leur refus de sa demande d'asile - en raison de déclarations jugées peu personnalisées et peu circonstanciées -, les autorités françaises n'ont mentionné aucun rapport international sur la situation au Belarus. Elles n'ont par ailleurs considéré ni la poursuite alléguée de son activité politique en France ni le sort réservé à d'autres opposants comme des indications que Y. P. pourrait être recherché.

La Cour précise que « *même après plusieurs années d'absence, le requérant peut présenter un profil à risque ; l'écoulement du temps ne saurait déterminer le risque auquel il est exposé sans que l'on se livre à une appréciation de la politique actuelle des autorités du Belarus* » (§ 71). La Cour se réfère aux études du Conseil de l'Europe, lequel, tout en relevant quelques évolutions positives en matière de démocratie, note aussi les obstacles au rétablissement du statut d'invité spécial au Conseil de l'Europe du Belarus - suspendu en 1997 en raison de la dégradation de la situation des droits de l'homme -, notamment la persistance du harcèlement de l'opposition. Les juges européens relèvent à cet égard qu'un individu ayant exercé des fonctions politiques similaires à celles de Y. P. a disparu dans des circonstances inexplicables et que d'autres sont régulièrement arrêtés.

Le degré de militantisme du requérant est suffisamment démontré par ses activités à Moghilev. Par ailleurs, la probabilité que des données sur lui et sa famille soient mises à disposition des autorités biélorusses en cas de retour est confortée par les brutalités et intimidations subies par le fils de Y. P. En outre, leur demande d'asile en France pourrait être analysée comme « *discréditant le Belarus* » et constituer une infraction passible d'une peine de prison, en vertu du code pénal biélorusse. Du seul fait de leur lien avec Y. P., les membres de sa famille pourraient également être exposés à des persécutions.

Ainsi, à l'heure actuelle, la Cour européenne juge qu'un renvoi des requérants vers le Belarus emporterait violation de l'article 3 de la Convention.

Au titre de l'article 41 de la Convention (satisfaction équitable), elle estime que le constat de violation constitue en lui-même une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral.

Les arrêts sont disponibles sur le site HUDOC de la Cour européenne : <http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc/>.

# Cour de cassation

## I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 13 SEPTEMBRE 2010

Titre et sommaire	Page 16
Avis	Page 16
Rapport	Page 17
Observations	Page 30

### Filiation

*Actions relatives à la filiation. - Actions aux fins d'établissement de la filiation. - Établissement d'un second lien de filiation. - Effets. - Attribution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie en second lieu. - Possibilité. - Détermination.*

16

Le tribunal de grande instance, saisi par les parties d'une demande de changement de nom d'un enfant, formée dans le cadre d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, auxquelles sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, est compétent, sur le fondement de l'article 331 du code civil, pour statuer sur l'attribution du nom de l'enfant en cas de désaccord entre les parents et peut décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui supérieur de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom porté jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre.

#### AVIS

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

Vu la demande d'avis formulée le 29 avril 2010 par la cour d'appel de Toulouse, reçue le 5 mai 2010, dans une instance opposant Mme X... et M. Y..., et ainsi libellée :

« Dans le cadre d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, à laquelle sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, le juge, saisi par les parties en désaccord quant à l'attribution du nom de l'enfant, peut-il décider soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre ? ».

Sur le rapport de Mme Chardonnet, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Domingo, avocat général, entendu en ses conclusions orales ;

#### EST D'AVIS QUE :

Le tribunal de grande instance, saisi par les parties d'une demande de changement de nom d'un enfant, formée à l'occasion d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, auxquelles sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-750 du 4 juillet 2005, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-61 du 28 janvier 2009, est compétent, sur le fondement de l'article 331 du code civil, pour statuer sur l'attribution du nom de l'enfant en cas de désaccord entre les parents et peut décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui supérieur de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom porté jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre.

N° 1000004 - CA Toulouse, 29 avril 2010

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Chardonnet, Rap. assistée de Mme Kloda, auditeur. - M. Domingo, Av. gén.

# Rapport de Mme Chardonnet

## Conseiller rapporteur

Par arrêt du 29 avril 2010, la cour d'appel de Toulouse a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

« Dans le cadre d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, à laquelle sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, le juge, saisi par les parties en désaccord quant à l'attribution du nom de l'enfant, peut-il décider soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre ? »

Après le rappel des faits et de la procédure (I) seront examinées successivement la recevabilité de la demande d'avis (II), les évolutions législatives relatives à la dévolution du nom de famille (III), l'incidence des dispositions transitoires sur les règles applicables à la demande de changement de nom formée dans le cadre de l'établissement judiciaire d'un second lien de filiation (IV), la compétence du tribunal pour statuer sur l'attribution du nom en application des dispositions résultant de l'ordonnance du 4 juillet 2005 (V) et l'étendue des pouvoirs conférés au juge (VI).

### I. - Rappel des faits et de la procédure

L'enfant Barbara X..., née le 6 octobre 2007, a été reconnue par sa mère, Mme Alexa X...

Le 14 mai 2008, Mme Alexa X... a fait assigner M. Serge Y... devant le tribunal de grande instance de Foix afin de voir établir la filiation paternelle de l'enfant.

Par jugement du 4 février 2009, le tribunal a :

- dit que M. Serge Y... est le père de l'enfant Barbara X... ;
- dit que l'enfant portera le nom de X...-Y... ;
- ordonné la transcription de la décision sur les registres de l'état civil, avec mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant ;
- dit qu'il n'y a lieu à versement complémentaire au titre des frais de maternité ;
- condamné M. Y... à verser à Mme X..., pour l'entretien de leur fille, Barbara, une somme mensuelle de 100 euros à compter de la naissance de l'enfant et tant que celle-ci demeurera à sa charge, avec indexation ;
- ordonné l'exécution provisoire de la décision.

M. Y... a interjeté appel. Il n'a pas contesté sa paternité et a demandé à la cour de réformer le jugement uniquement en ce qu'il a décidé l'adjonction du nom du père à celui de la mère et l'a condamné à payer une contribution mensuelle de 100 euros pour l'entretien de l'enfant, de dire qu'il est hors d'état de participer à l'entretien de l'enfant et, subsidiairement, de réduire le montant de sa contribution à la somme mensuelle de 15 euros.

Mme X... a sollicité la confirmation du jugement ainsi que le ministère public, qui a déclaré s'en rapporter à justice en ce qui concerne la rétroactivité de la contribution à l'entretien de l'enfant.

Par arrêt du 29 avril 2010, la cour d'appel de Toulouse a confirmé le jugement en toutes ses dispositions, hormis celles relatives à la contribution mise à la charge de M. Y... et à l'attribution du nom, a dispensé M. Y... de contribution à l'entretien de sa fille, Barbara, jusqu'à retour à meilleure fortune et sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la demande relative à l'adjonction du nom du père à celui porté par l'enfant.

### II. - Recevabilité de la demande d'avis

#### **A. - Au regard des règles de forme, prescrites par les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile**

Il résulte de la procédure que :

- par lettre du 7 avril 2010, le président de la première chambre de la cour d'appel de Toulouse a avisé les parties et le ministère public de ce que la juridiction envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation et les a invitées à présenter leurs observations avant le 19 avril 2010 ;
- par lettre du 19 avril 2010, le conseil de Mme X... a indiqué que sa cliente n'avait pas observation particulière à formuler sur la demande d'avis et s'en remettait à la sagesse de la cour sur ce point ;
- le 30 avril 2010, le greffe de la cour d'appel a notifié aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception la décision sollicitant l'avis de la Cour de cassation en indiquant la date de transmission du dossier et a également avisé le procureur général près la cour d'appel de Toulouse ;
- le 30 avril 2010, le greffe de la cour d'appel a adressé la demande d'avis, les photocopies des lettres adressées aux parties, la réponse du conseil de Mme X... et l'avis au ministère public à la Cour de cassation, qui a reçu ces pièces le 5 mai 2010 ;

- les accusés de réception de notification aux parties de la décision sollicitant l'avis ainsi que la date de transmission du dossier ont été reçus par la Cour de cassation le 12 août 2010, que l'un a été signé le 7 mai 2010 par M. Y..., tandis que l'autre, adressé à Mme X..., est revenu avec la mention « *non réclamé* ».

Dans la mesure où la décision sollicitant l'avis de la Cour de cassation n'est pas susceptible de recours et où la lettre recommandée adressée aux parties, dont les observations ont été préalablement sollicitées, a seulement pour objet de les informer de la transmission du dossier à la Cour de cassation, il peut être considéré qu'il a été satisfait aux prescriptions de l'article 1031-2 du code de procédure civile, aucun texte n'exigeant la justification que cette lettre soit effectivement parvenue au destinataire<sup>1</sup>.

Les diligences accomplies satisfont aux règles de forme prévues par les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile. La demande d'avis peut être considérée comme recevable au regard de ces textes.

## **B. - Au regard des règles de fond prévues par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire**

Il s'agit de vérifier si la question posée est une question de droit (1), si elle est nouvelle (2), si elle présente une difficulté sérieuse (3) et si elle se pose dans de nombreux litiges (4).

### **1. La question posée est-elle une question de droit ?**

La question posée, qui porte sur l'interprétation de l'article 331 du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, son articulation avec les autres dispositions de l'ordonnance et sur les pouvoirs du juge, saisi par les parties en désaccord sur l'attribution du nom dans le cadre d'une action aux fins d'établissement d'un second lien de filiation, de décider soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre est une question de droit.

### **2. La question est-elle nouvelle ?**

Selon la doctrine de la Cour de cassation, une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau ou récent, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour.

Les dispositions qu'il convient d'apprécier résultent de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006, et sont donc récentes.

La question n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation, car l'article 20 (III) de l'ordonnance du 4 juillet 2005 précise qu'elle n'est pas applicable aux instances introduites avant son entrée en vigueur, pour lesquelles l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne.

La première chambre civile de la Cour de cassation est **actuellement saisie d'un pourvoi (n° 09-15.381)**, en état d'être jugé, formé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 novembre 2008, statuant sur une demande de changement de nom présentée dans le cadre d'une instance en recherche de paternité engagée postérieurement au 1<sup>er</sup> juillet 2006, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005.

Le moyen soulevé ne porte pas sur l'application l'article 331 du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, mais sur la violation de l'ancien article 334-3 du code civil, la cour d'appel ayant jugé que la situation de l'enfant né en 2004 était régie par les articles 334-1, 334-2 et 334-3 anciens du code civil. Le moyen ne conteste pas la compétence du juge pour statuer, à titre accessoire, sur la demande de substitution de nom présentée par la mère de l'enfant, mais fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté cette demande au seul motif qu'elle n'était saisie d'aucun élément démontrant qu'il serait de l'intérêt de l'enfant de porter le nom de son père, dont la filiation a été établie judiciairement, sans prendre en considération l'ensemble des intérêts en présence.

Cependant, l'ordonnance du 4 juillet 2005 s'appliquant, aux termes de son article 20 (I), aux enfants nés avant comme après son entrée en vigueur, à l'exclusion des seules dispositions du deuxième alinéa de l'article 311-23 du code civil (relatif à la possibilité pour les parents de substituer ou d'adjoindre par déclaration conjointe le nom du parent à l'égard duquel la filiation en second lieu), qui ne sont applicables qu'aux enfants nés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, en vertu de l'article 20 (II, 5<sup>o</sup>), ultérieurement abrogé par la loi du 16 janvier 2009, la question se pose dans ce dossier de savoir si l'abrogation, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006, de l'article 334-3 du code civil, relatif au changement judiciaire de nom, ne concerne pas également les enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>2</sup> et de déterminer si l'article 331 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, peut, à lui seul, fonder la compétence du juge pour statuer, à titre accessoire, sur l'attribution du nom.

En revanche, si, comme l'a jugé l'arrêt attaqué, les articles 334-1 à 334-3 anciens du code civil demeurent applicables à la situation de cet enfant, y compris la faculté pour les parents de faire trancher leur désaccord sur le nom par le juge aux affaires familiales (article 334-3 ancien), la question de la compétence du tribunal, statuant à titre accessoire sur l'attribution du nom, ne se présente pas dans les mêmes termes que dans l'affaire pendante devant la cour d'appel de Toulouse, qui fait l'objet de la présente demande d'avis.

En tout état de cause, la question posée par la cour d'appel de Toulouse porte également sur le point de savoir si le juge peut décider de l'adjonction du nom du parent dont la filiation a été établie judiciairement au nom porté par l'enfant, eu égard à l'article 311-23 du code civil, applicable à l'enfant né postérieurement

<sup>1</sup> La règle posée par l'article 670-1 du code de procédure civile ne s'applique pas dans tous les cas (1<sup>re</sup> Civ., 4 janvier 1995, *Bull.* 1995, I, n° 8, et 4 juillet 2001, pourvoi n° 00-05.081).

<sup>2</sup> Voir en ce sens la circulaire CIV/13/06 du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, p. 19 ; J. Massip, « Incidences de l'ordonnance relative à la filiation sur le nom de famille », *Droit de la famille*, janvier 2006, étude n° 8, spécialement n° 7 ; CA Nîmes, 7 mars 2007, *Jurisdata*, n° 2007/334374.

au 1<sup>er</sup> janvier 2005, alors que, dans le pourvoi n° 09-15.381, il ne s'agit que d'une demande de substitution de nom devant être appréciée au regard des dispositions de l'article 334-2 ancien du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993.

L'arrêt qui sera rendu dans l'affaire n° 09-15.381 ne permettra donc de répondre que partiellement à la question faisant l'objet de la présente demande d'avis, qui peut, dans ces conditions, être considérée comme nouvelle.

### 3. La question présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

Dans l'avertissement adressé le 7 avril 2010 aux parties, la cour d'appel de Toulouse a formulé la demande d'avis de façon précise, en la décomposant en deux questions :

« Dans cette action aux fins d'établissement judiciaire de la filiation paternelle, à laquelle sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, le tribunal est-il compétent pour statuer sur l'attribution du nom du père au regard des dispositions des articles 311-23<sup>3</sup> et 331<sup>4</sup> du code civil ?

Dans l'affirmative, le juge peut-il décider qu'il y aura :

- adjonction du nom du père au nom jusque-là porté par l'enfant ?
- substitution du nom du père au nom jusque-là porté par l'enfant ? »

Le libellé de la demande d'avis transmise à la Cour de cassation est plus général, car il ne vise pas les articles 311-23 et 331 du code civil dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, mais envisage l'hypothèse plus large d'une demande de changement de nom formée « **dans le cadre d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, à laquelle sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005** ». Or, l'application dans le temps de l'ordonnance du 4 juillet 2005 n'est pas identique pour la filiation et le nom. Si l'article 331 du code civil est d'application immédiate pour les actions engagées à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006 quel que soit l'âge de l'enfant, l'article 20 (II, 5<sup>o</sup>) de l'ordonnance comportait une disposition transitoire prévoyant que le deuxième alinéa de l'article 311-23 n'était applicable qu'aux enfants nés après le 1<sup>er</sup> janvier 2005, et le bénéfice de ce texte n'a été étendu aux enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 que par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, qui a abrogé ce dispositif transitoire.

Dans le litige soumis à la cour d'appel de Toulouse, l'instance en recherche de paternité a été engagée postérieurement au 1<sup>er</sup> juillet 2006, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, et la demande de changement de nom concerne un enfant né après le 1<sup>er</sup> janvier 2005, de sorte que la situation de cet enfant est régie par les règles de dévolution du nom posées par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

Dès lors que la demande d'avis doit porter sur une question qui commande l'issue du litige, il convient de la délimiter aux demandes de changement de nom auxquelles sont applicables les dispositions de l'ordonnance du 4 juillet 2005. Les motifs de la décision sollicitant l'avis montrent que la cour d'appel s'interroge sur l'articulation entre l'article 331 et l'article 311-23 du code civil institués par cette ordonnance.

S'agissant de la **compétence du tribunal** pour statuer sur l'attribution dans le cadre d'une action aux fins d'établissement de la filiation, la question ne semble pas poser, à première lecture, de difficulté sérieuse, puisque cette compétence est **expressément prévue par l'article 331 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005**.

Si ce texte ne précise pas quels sont les pouvoirs du juge, des réponses ont été apportées par les arrêts de la Cour de cassation rendus sous l'empire des articles 334-3 et 340-6 anciens du code civil, qui ont considéré que le changement judiciaire de nom prévu par l'article 334-3 devait être apprécié au regard de l'article 334-2<sup>5</sup>. Dans la mesure où les dispositions de l'article 334-2 ancien du code civil, relatives au changement de nom par déclaration conjointe des parents, ont été reprises à l'article 311-23 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, le juge ne dispose-t-il pas d'éléments de réponse suffisants pour statuer ?

Selon la doctrine, une difficulté est sérieuse lorsqu'elle peut raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond<sup>6</sup>, que plusieurs solutions s'offrent avec une égale pertinence, qu'un risque de contrariété de jurisprudence existe et mérite d'être prévenu<sup>7</sup>.

Or, l'examen de la jurisprudence des cours d'appel montre que l'article 331 du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005 donne lieu à des divergences d'interprétation.

<sup>3</sup> Article 311-23 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005 : « Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent à la date de la déclaration de naissance, l'enfant prend le nom de ce parent. Lors de l'établissement du second lien de filiation et durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Le changement de nom est mentionné en marge de l'acte de naissance. Toutefois, lorsqu'il a déjà été fait application de l'article 311-21 ou du deuxième alinéa du présent article à l'égard d'un autre enfant commun, la déclaration de changement de nom ne peut avoir d'autre effet que de donner le nom précédemment dévolu ou choisi. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire ».

<sup>4</sup> Article 331 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005 : « Lorsqu'une action est exercée en application de la présente section [section II, "Des actions aux fins d'établissement de la filiation"], le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien de l'enfant et l'attribution du nom ».

<sup>5</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 16 novembre 1982, Bull. 1982, I, n° 330 ; 12 avril 1983, Bull. 1983, I, n° 115, et 9 janvier 2007, Bull. 2007, I, n° 9.

<sup>6</sup> J. et L. Boré, *La Cassation en matière civile*, Dalloz action, 2009-2010, n° 24.33, p. 77.

<sup>7</sup> F. Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 1992, p. 247.



Plusieurs arrêts de cours d'appel, saisies d'une action aux fins d'établissement d'un second lien de filiation, ont statué sur l'attribution du nom en application de l'article 331 du code civil :

- CA Douai, 3 avril 2008 (RG n° 07/03962), qui fait droit à la demande de changement de nom sur le fondement de l'article 331 du code civil au motif qu'il est de l'intérêt de l'enfant (née le 4 octobre 2005) de porter le même nom que ses frère et sœur, qui portent celui de leur père ;

- CA Nîmes, 11 mars 2009 (RG n° 07/05146), qui attribue à l'enfant (né le 20 octobre 2004) le nom de son père, dont la filiation a été judiciairement établie en application de l'article 331 du code civil ;

- CA Aix-en-Provence, 13 janvier 2010 (RG n° 09/02613), qui se réfère aux dispositions combinées des articles 311-23 et 331 du code civil pour statuer sur la substitution ou l'adjonction de nom, mais rejette la demande de changement de nom pour des motifs tirés de l'intérêt de l'enfant (née le 6 janvier 2005) ;

- CA Amiens, 10 mars 2010 (RG n° 09/01294), qui fait droit, sur le fondement de l'article 331 du code civil, à la demande de substitution de nom du véritable père malgré l'opposition de la mère et du mari de celle-ci, au motif qu'il est de l'intérêt de l'enfant (né le 3 mai 2004) de pouvoir construire son identité en se fondant sur des éléments, dont le patronyme est un repère essentiel, en adéquation avec la réalité de sa filiation ;

- CA Bordeaux, 24 mars 2010 (RG n° 09/03389), qui décide, sur le fondement de l'article 331 du code civil, que l'enfant (née le 3 juin 2003), qui portait le nom du mari de sa mère, portera désormais le nom de son véritable père, accolé à celui de sa mère ;

- CA Lyon, 31 mai 2010 (RG n° 08/05586), qui constate que l'article 331 du code civil est applicable et déclare que l'enfant majeur (né en 1983) portera désormais le nom de son véritable père, conformément à sa demande ;

- CA Rennes, 22 juin 2010 (RG n° 09/04382), qui applique l'article 331 du code civil, mais rejette la demande au motif qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant (né le 12 mai 2007) de porter le nom d'un père absent.

D'autres arrêts ont refusé de statuer sur l'attribution du nom lors de l'établissement judiciaire d'un nouveau lien de filiation :

- CA Caen, 14 janvier 2010 (RG n° 08/2194), qui ignore l'article 331 du code civil et décide qu'il n'y a pas lieu, par application de l'article 311-23 du code civil et en l'absence de demande conjointe des parents, de faire droit à la demande de changement de nom formulée par la mère de l'enfant (née le 20 juin 2006) ;

- CA Fort-de-France, 25 septembre 2009 (RG n° 07/00562), qui déclare irrecevable la demande de changement de nom (d'un enfant né en 1997) aux motifs que l'ordonnance du 4 juillet 2005 « *a réformé les règles de dévolution du nom en donnant **compétence exclusive en matière de changement de nom à l'officier d'état civil, saisi par déclaration conjointe des parents, et a abrogé l'article 334-3 du code civil, qui prévoyait, à défaut d'une telle déclaration, la saisine du juge. Nonobstant la mention dans l'article 331 du code civil tel qu'il résulte de l'ordonnance précitée de la faculté pour la juridiction saisie d'une action tendant à l'établissement d'une filiation de statuer à cette occasion sur l'attribution du nom, les modifications intervenues font obstacle, en l'espèce, au changement de nom par voie contentieuse** » ;*

- CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2008 (RG n° 08/02375), qui ignore l'article 331 du code civil et décide que l'établissement du lien de filiation paternel est sans incidence sur le nom des enfants, aux motifs que l'article 334-3 du code civil, qui permettait au juge aux affaires familiales de statuer sur la demande de changement de nom de l'enfant naturel, a été abrogé par l'ordonnance du 4 juillet 2005, de sorte que la procédure définie aux articles 61 et suivants du code civil demeure seule ouverte à cet enfant (cette jurisprudence a été modifiée depuis : cf. arrêt du 13 janvier 2010 précité).

Il ressort de l'examen de ces décisions que les juridictions du fond ont des interprétations divergentes de l'article 331 du code civil et ne précisent pas toujours les dispositions auxquelles elles se réfèrent pour procéder au changement de nom, par substitution ou adjonction.

La question de savoir si le juge peut statuer sur l'attribution du nom dans le cadre de l'établissement judiciaire d'un second lien de filiation fait également l'objet de débats en doctrine, car l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation est venue semer le trouble en abrogeant, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006, l'ancien article 334-3 du code civil, qui donnait compétence au juge aux affaires familiales pour statuer sur le changement de nom de l'enfant naturel en cas de désaccord des parents, afin d'harmoniser les mécanismes applicables aux enfants issus d'un mariage et nés hors mariage.

Les commentateurs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 ont relevé cette suppression du changement judiciaire de nom et se sont demandé, comme M. Massip<sup>8</sup>, si l'article 331 du code civil ne résultait pas « *d'une inadvertance des rédacteurs de l'ordonnance qui ont repris en les généralisant les dispositions de l'article 340-6<sup>9</sup> sans tirer les conséquences de l'abrogation de l'article 334-3 auquel se référerait précisément le texte antérieur* ».

Mme Granet-Lambrechts observe que l'ancien article 340-6 du code civil renvoyait à l'ancien article 334-3 et que l'abrogation de ce dernier texte « *laisse un vide de nature à susciter une difficulté d'interprétation du nouvel article 331* ».

<sup>8</sup> J. Massip, « Incidences de l'ordonnance relative à la filiation sur le nom de famille », *Droit de la famille*, janvier 2006, étude n° 8.

<sup>9</sup> Ancien article 340-6 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002 : « *Le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'attribution du nom et sur l'autorité parentale, conformément aux articles 334-3 et 372* ».

La suppression de l'article 334-3 ancien du code civil, les difficultés d'articulation entre les articles 331 et 311-23 du code civil institués par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et la coexistence de plusieurs régimes transitoires pour l'application de l'article 311-23 du même code peuvent conduire à considérer que la demande d'avis pose une question de droit sérieuse.

#### 4. La question se présente-t-elle dans de nombreux litiges ?

Les actions aux fins d'établissement judiciaire de filiation sont de plus en plus fréquentes et facilitées par le recours à l'expertise biologique. Elles donnent souvent lieu à la présentation d'une demande de changement de nom, liée à la modification de l'état de l'enfant. Les juridictions du fond ont déjà rendu de nombreux arrêts statuant sur l'attribution du nom, comme en témoignent les décisions ci-dessus mentionnées, de sorte que la condition peut être considérée comme remplie.

Dans l'hypothèse où votre Cour retiendrait que cette demande d'avis est recevable en la forme et au fond, il apparaît nécessaire d'examiner l'évolution des règles relatives à la dévolution du nom de famille, d'où résulte le dispositif actuel.

### III. - Les évolutions législatives relatives à la dévolution du nom de famille

Plusieurs textes successifs sont venus modifier les règles relatives à la dévolution du nom et ont généré un système d'autant plus complexe dans sa mise en œuvre qu'il pose des problèmes d'application de loi dans le temps : la loi du 8 janvier 1993, la loi du 4 mars 2002, corrigée par la loi du 18 juin 2003, l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation ratifiée par la loi du 16 janvier 2009, qui y apporte quelques modifications. À ce dispositif législatif, il faut ajouter le décret du 29 octobre 2004 ainsi que les circulaires du 6 décembre 2004 et du 30 juin 2006.

#### A. - Régime antérieur à la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille

La dévolution du nom était pour l'essentiel gouvernée par le **principe patronymique**, en vertu duquel les enfants prenaient le nom de leur père. S'agissant de l'enfant naturel, **la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993** prévoyait que celui-ci portait le nom de celui de ses deux parents à l'égard de qui sa filiation était établie en premier lieu et le nom de son père en cas d'établissement simultané (ancien article 334-1 du code civil<sup>10</sup>). Si la filiation à l'égard du père n'avait été établie qu'en second, les parents pouvaient, pendant toute la minorité de l'enfant, faire une déclaration conjointe devant le juge aux affaires familiales (remplacé par le greffier en chef du tribunal de grande instance en application de l'article 8 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995) pour que le nom de son père soit substitué au nom de la mère, sous réserve du consentement de l'enfant si celui-ci avait plus de treize ans (ancien article 334-2 du code civil<sup>11</sup>).

Dans tous les autres cas, le **changement de nom de l'enfant naturel** devait être demandé au **juge aux affaires familiales** pendant la minorité de l'enfant ou dans les deux ans suivant sa majorité, ce même en l'absence de modification de son état. **La demande pouvait également être portée devant le tribunal de grande instance si elle était présentée dans le cadre d'une action concernant la filiation (ancien article 334-3 du code civil<sup>12</sup>)**. Le nom de l'enfant adopté obéit à des règles spécifiques qui ne seront pas exposées dans le cadre de ce rapport.

#### B. - Principales modifications résultant des lois n° 2002-304 du 4 mars 2002 et n° 2003-516 du 18 juin 2003

Le souci du législateur d'assurer **l'égalité entre le père et la mère** et de laisser une plus **large place à la volonté des parents dans le choix du nom** transmis à l'enfant a conduit au vote de la **loi n° 2002-304 du 4 mars 2002**, qui a profondément modifié les règles d'attribution du nom de famille de l'enfant légitime comme de l'enfant naturel puisqu'elle **permet aux parents, en cas d'établissement simultané de la filiation paternelle et maternelle, de choisir, au moment de la naissance ou postérieurement, de donner à l'enfant le nom du père, celui de la mère ou les deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux**, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Toutefois, en l'absence de déclaration conjointe des parents devant l'officier de l'état civil sur le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom du père, comme précédemment. Le nom dévolu au premier enfant, soit par la volonté des parents, soit, à défaut de déclaration conjointe, par la loi, vaut pour les autres enfants communs (article 311-21 du code civil<sup>13</sup>). Cette loi introduit la notion de « **nom de famille** », qui remplace celle de « *nom patronymique* ».

<sup>10</sup> Ancien article 334-1 du code civil (en vigueur avant la loi du 4 mars 2002) : « *L'enfant naturel acquiert le nom de celui de ses deux parents à l'égard de qui sa filiation est établie en premier lieu ; le nom de son père, si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre* ».

<sup>11</sup> Ancien article 334-2 du code civil (loi du 8 janvier 1993) : « *Lors même que sa filiation n'aurait été établie qu'en second lieu à l'égard du père, l'enfant naturel pourra prendre le nom de celui-ci par substitution, si, pendant sa minorité, ses deux parents en font la déclaration conjointe devant le juge aux affaires familiales* » (remplacé par la loi du 8 février 1995 par « *le greffier en chef du tribunal de grande instance* »).

<sup>12</sup> Ancien article 334-3 du code civil (loi du 8 janvier 1993) : « *Dans les autres cas, le changement de nom de l'enfant naturel doit être demandé au juge aux affaires familiales. Toutefois, le tribunal de grande instance saisi d'une requête en modification de l'état de l'enfant naturel peut dans un seul et même jugement statuer sur celle-ci et sur la demande de changement de nom de l'enfant qui lui serait présentée. L'action est ouverte pendant la minorité de l'enfant et dans les deux années qui suivront, soit sa majorité, soit une modification apportée à son état* ».

<sup>13</sup> Article 311-21 du code civil (loi du 4 mars 2002) : « *Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier d'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom du père.*

*Le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs.*

*Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants ».*

Même si la loi de 2002 a regroupé ces nouvelles règles dans une section qui a pour titre « **Des règles de dévolution du nom de famille** » afin d'éviter la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, elle a dû tenir compte des diverses situations qui résultent de la divisibilité de la filiation maternelle et de la filiation paternelle de l'enfant non issu du mariage.

Ainsi, lorsque la filiation de l'enfant naturel est établie successivement, la loi offre aux parents la faculté de substituer au nom primitivement attribué celui de l'autre, ou de donner à l'enfant les noms accolés des deux parents dans l'ordre choisi par eux (article 334-2 du code civil<sup>14</sup>). La déclaration conjointe, qui suppose l'accord des parents, est conforme au principe de coparentalité institué par la loi relative à l'autorité parentale, adoptée le même jour (loi n° 2002-305 du 4 mars 2002).

L'entrée en vigueur de ces nouvelles règles a été différée au premier jour du dix-huitième mois suivant sa promulgation (article 25 de la loi), soit au 1<sup>er</sup> septembre 2003, puis reportée au 1<sup>er</sup> janvier 2005 en raison des difficultés liées à la mise en œuvre de la réforme par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003, qui a modifié la loi de 2002, de sorte que cette dernière loi n'a jamais été appliquée dans sa version initiale, mais seulement dans sa version modifiée par la loi de 2003, du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 30 juin 2006, avant d'être une nouvelle fois modifiée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006.

La loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 est venue compléter le dispositif mis en place en répondant aux problèmes posés par la loi du 4 mars 2002. Elle a précisé son champ d'application en indiquant expressément que la loi ne s'appliquait qu'aux enfants nés après son entrée en vigueur, soit après le 1<sup>er</sup> janvier 2005 (article 11).

L'article 334-3 a été maintenu et modifié par la loi de 2002. Il était par conséquent possible de saisir le juge aux affaires familiales d'une demande d'adjonction de nom pour les enfants nés après le 1<sup>er</sup> janvier 2005 si l'instance était engagée avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006 (date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui a abrogé l'article 334-3 du code civil).

Pour répondre au désir de certaines familles de bénéficier des avancées de la réforme tout en garantissant une certaine stabilité aux noms déjà attribués, un dispositif transitoire a été mis en place, permettant aux parents de demander, pendant un délai de dix-huit mois suivant l'entrée en vigueur de la réforme, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2006, par déclaration conjointe, l'adjonction du nom du parent n'ayant pas été transmis au bénéfice de l'aîné des enfants, lorsque celui-ci avait moins de treize ans au 1<sup>er</sup> septembre 2003 (articles 11 et 13 de la loi de 2003 modifiant l'article 23 de la loi de 2002).

Ce dispositif a été complété par un décret d'application n° 2004-1159 du 29 octobre 2004 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, qui a déterminé les modalités de déclaration de nom et adapté certaines dispositions réglementaires, et par une circulaire du 6 décembre 2004.

### C. - Apports de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

Cette ordonnance, prise sur le fondement de l'article 4 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, avait pour objet de tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient leurs conditions de naissance, de sécuriser le lien de filiation et d'harmoniser le régime procédural des actions relatives à la filiation.

Cette réforme de la filiation a eu des répercussions sur le nom, puisque sa dévolution est conditionnée par les modalités d'établissement de la filiation.

Au-delà de ses effets indirects sur le nom, l'ordonnance du 4 juillet 2005 contient également des dispositions modifiant directement les règles relatives à la dévolution du nom.

Tirant les conséquences de la suppression de la distinction entre enfants légitimes et naturels, cette ordonnance a regroupé aux articles 311-21 à 311-23 du code civil l'ensemble des dispositions applicables à la dévolution du nom, auparavant disséminées sous les chapitres « dispositions communes » et « filiation naturelle ». L'article 311-21 du code civil reprend les dispositions contenues aux articles 334-1 et 334-2 du code civil, notamment la possibilité de changement de nom par déclaration conjointe des parents, qui peuvent choisir d'accoler leurs noms dans l'ordre souhaité ou de substituer l'un des noms à l'autre. La nouvelle rédaction vise à donner une portée générale au principe d'unité de nom de la fratrie. Il est précisé que dès lors que les parents ont déjà opéré un choix de nom pour un enfant, soit lors de la déclaration de naissance, soit par une déclaration conjointe de changement de nom, ce choix vaut pour les autres enfants communs et que, en cas d'établissement différé de la filiation, la déclaration de changement de nom ne pourra avoir pour effet que de donner le nom précédemment dévolu ou choisi (article 311-23 du code civil).

En revanche, l'article 334-3 du code civil, qui prévoyait la faculté de solliciter du juge aux affaires familiales la modification du nom attribué à l'enfant par application des règles légales, est abrogé afin d'assurer l'égalité de statut entre les enfants. À compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006, le juge aux affaires familiales n'est plus compétent pour trancher un différend relatif à la détermination du nom d'un enfant, qu'il soit issu ou non d'un couple marié<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Article 334-2 du code civil (loi du 4 mars 2002) : « L'enfant naturel dont la filiation est établie successivement à l'égard de ses deux parents après sa naissance prend, par substitution, le nom de famille de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation a été établie en second lieu si, pendant sa minorité, ses deux parents en font la déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance. Il peut également, selon les mêmes modalités, prendre les noms accolés de ses deux parents dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Mention du changement de nom figurera en marge de l'acte de naissance. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire ».

<sup>15</sup> C. Marie, « Le nom de l'enfant », *Actualité juridique Famille*, 2009, p. 199.



Désormais, la modification du nom de l'enfant suppose l'accord des deux parents, sauf à justifier d'un intérêt légitime permettant de recourir à la procédure de changement de nom par décret, régie par les articles 61 et suivants du code civil.

La Cour de cassation a également décidé, par arrêt du 3 mars 2009<sup>16</sup>, que l'adjonction à titre d'usage au nom de l'enfant du nom du parent qui n'a pas transmis le sien, en application de l'article 43 de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, nécessitait également le consentement de l'autre parent.

Seule la disposition de l'article 334-3 du code civil, prévoyant la possibilité pour le tribunal de grande instance de statuer sur un changement de nom de l'enfant naturel consécutif à une modification de son état, a été reprise par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et insérée dans le **nouvel article 331 du code civil, figurant à la section relative aux actions aux fins d'établissement de filiation**. Ce texte, à portée plus générale, dispose : « **Lorsqu'une action est exercée en application de la présente section, le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom** ».

L'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 a été fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2006 afin d'éviter toute difficulté liée à la superposition des dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002 modifiée en 2003, en vigueur jusqu'au 30 juin 2006.

Cependant, contrairement à la loi de 2002 modifiée, qui n'est pas applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur, **l'ordonnance du 4 juillet 2005 dispose, en son article 20 (I), que les dispositions nouvelles sont applicables « aux enfants nés avant comme après son entrée en vigueur », à la condition que l'instance n'ait pas été introduite avant le 1<sup>er</sup> juillet 2006**, auquel cas l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne (article 20 III).

**L'article 20 (II 5<sup>o</sup>) de l'ordonnance**, qui prévoyait que le deuxième alinéa de l'article 311-23, remplaçant l'ancien article 334-2, n'était applicable qu'aux enfants nés depuis le premier janvier 2005 - date à laquelle est entrée en vigueur la réforme du nom - **a été abrogé par la loi du 16 janvier 2009**, ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 et la modifiant sur certains points.

#### **IV. - Incidence des dispositions transitoires sur les règles applicables à la demande de changement de nom formée dans le cadre de l'établissement judiciaire d'un second lien de filiation**

Compte tenu des règles gouvernant l'application dans le temps des nouvelles dispositions relatives au nom de famille, certaines demandes de changement de nom formées dans le cadre de l'établissement d'un lien de filiation demeurent régies par les règles anciennes.

En effet, l'article 20 de l'ordonnance du 4 juillet 2005 dispose :

*« I. - Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, la présente ordonnance est applicable aux enfants nés avant comme après son entrée en vigueur.*

*II. - Toutefois :*

*... 4<sup>o</sup> Les dispositions du troisième alinéa de l'article 311-21 et du troisième alinéa de l'article 311-23 du même code, tels qu'ils résultent de la présente ordonnance, ne sont applicables qu'aux déclarations faites à compter de l'entrée en vigueur de ces articles ;*

*5<sup>o</sup> Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 311-23 du même code, tel qu'il résulte de la présente ordonnance, ne sont applicables qu'aux enfants nés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 et, à Mayotte, à compter de l'entrée en vigueur de la même ordonnance.*

*III. - Lorsque l'instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation... »*

Il résulte de ce texte que si l'instance a été introduite avant le 1<sup>er</sup> juillet 2006, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la demande de changement de nom n'est pas régie par les dispositions de ce texte.

##### **A. - Instances introduites avant le 1<sup>er</sup> juillet 2006**

**Il convient de distinguer deux situations :**

**1<sup>o</sup> Si l'enfant est né avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005**, les lois du 4 mars 2002 et du 18 juin 2003 ne lui sont pas non plus applicables, et il convient de se référer aux articles 334-2 et 334-3 du code civil, dans leur rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993. La première chambre de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 9 janvier 2007<sup>17</sup>, que si l'article 334-3, dans sa rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993, « *permet à l'enfant naturel de substituer le nom de son père à celui de sa mère et inversement celui de sa mère à celui de son père, il ne saurait permettre d'ajouter un des noms à l'autre* ». Cette prohibition du double nom a été réaffirmée dans un arrêt récent du 6 janvier 2010<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 3 mars 2009, *Bull.* 2009, I, n° 42.

<sup>17</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 9 janvier 2007, *Bull.* 2007, I, n° 9, obs. J. Hauser, *RTD civ.* 2007, p. 307, et obs. F. Chénéde, *Actualité juridique Famille*, 2007, p. 141.

<sup>18</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 6 janvier 2010, *Bull.* 2010, I, n° 3, note J. Massip, *Gazette du Palais*, 25 février 2010, n° 56, p. 7, F. Chénéde, *Actualité juridique Famille*, février 2010, p. 89.

**2. Si l'enfant est né après le 1<sup>er</sup> janvier 2005**, la demande de changement de nom est régie par les dispositions de l'article 334-3 du code civil dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, modifiée en 2003. Bien que le texte, dont la formulation n'a pas été modifiée<sup>19</sup>, ne précise pas quels sont les pouvoirs du tribunal, certains auteurs<sup>20</sup> considèrent que le juge, statuant sur une demande de changement de nom, a « *la possibilité d'autoriser non seulement la substitution mais également l'adjonction du nom du second parent en date* », puisque ce choix est proposé aux parents par l'article 334-2 du même code, dans sa rédaction issue de la loi de 2002 modifiée. La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point.

#### **B. - Instances introduites après le 1<sup>er</sup> juillet 2006**

**Lorsque l'instance a été introduite après le 1<sup>er</sup> juillet 2006, comme c'est le cas dans le litige soumis à la cour d'appel de Toulouse, les dispositions de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sont applicables.** L'article 331 du code civil, dans sa rédaction issue de cette ordonnance, dispose : « *Lorsqu'une action est exercée en application de la présente section, le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom* ».

**L'article 20 (II 5<sup>o</sup>) de l'ordonnance du 4 juillet 2005 avait limité aux seuls enfants nés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 le bénéfice de la déclaration de changement de nom prévue au deuxième alinéa de l'article 311-23**, permettant aux parents soit de substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux, de sorte que l'on pouvait s'interroger sur les dispositions que le juge devait appliquer, puisque la loi de 2002 modifiée n'est pas non plus applicable aux enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Il avait été jugé que les articles 334-2 et 334-3 du code civil, dans leur rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993, n'autorisaient que la substitution du nom d'un parent à celui de l'autre et ne permettaient pas l'adjonction de ces noms<sup>21</sup>.

**Cette disposition transitoire a été expressément abrogée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, entrée en vigueur le 19 janvier 2009.** Désormais, tous les enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et encore mineurs à la date de ratification de l'ordonnance pourront bénéficier d'une déclaration conjointe de changement de nom dans les conditions prévues à l'article 311-23 du code civil, soit lors de l'établissement du second lien de filiation, soit postérieurement pendant toute la minorité de l'enfant.

Mme Granet-Lambrechts<sup>22</sup> considère que « *toutes les dispositions de l'ordonnance de 2005 ainsi modifiées produisent un effet immédiat, au moins dans les instances introduites depuis leur entrée en vigueur. Pour les instances en cours, il paraîtrait raisonnable en termes de procès équitable de respecter les prévisions des parties et d'exclure toute portée rétroactive, la loi de 2009 n'étant pas interprétative de l'ordonnance* ».

On peut toutefois se demander s'il ne convient pas de nuancer cette appréciation concernant les instances en cours, s'agissant de la faculté donnée aux parents d'un enfant né avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 d'effectuer, à compter du 19 janvier 2009, une déclaration conjointe de changement de nom devant l'officier d'état civil suivant les modalités prévues par l'article 311-23 du code civil durant toute la minorité de l'enfant, dans la mesure où les lois, en l'absence de dispositions transitoires, s'appliquent immédiatement aux situations existantes au jour de leur entrée en vigueur, sous réserve des droits acquis et des situations juridiques définitivement constituées<sup>23</sup>.

Ce texte ne porte pas atteinte à des droits acquis mais accorde de nouveaux droits aux parties et n'a pas précisément pour objet de régir les demandes en changement judiciaire de nom, mais les déclarations volontaires et non contentieuses de changement de nom.

Certaines cours d'appel ont considéré que le nouveau droit donné aux parents d'enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 d'effectuer une déclaration conjointe de changement de nom en application de l'article 311-23 du code civil s'appliquait aux instances en cours<sup>24</sup>.

Si, comme nous l'avons vu, il convenait de faire une distinction selon la date de naissance de l'enfant pour savoir si la demande de changement de nom formée dans le cadre d'action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation engagée après le 1<sup>er</sup> juillet 2006 était soumise aux nouvelles dispositions de l'ordonnance du 4 juillet 2005, **ces situations transitoires devraient progressivement disparaître compte tenu de l'effet immédiat de la loi du 16 janvier 2009, qui a rendu applicable à tous les enfants, quel que soit leur âge, l'ordonnance du 4 juillet 2005.**

Le litige soumis à la cour d'appel de Toulouse et qui fait l'objet de la présente demande d'avis ne pose pas ce problème de droit transitoire, puisqu'il concerne un enfant né le 6 octobre 2007, pour lequel les nouvelles dispositions des articles 311-23 et 331 du code civil, issus de l'ordonnance du 4 juillet 2005, ont été immédiatement applicables.

Il convient, pour répondre à la question posée par la cour d'appel de Toulouse, d'examiner successivement la compétence du tribunal de grande instance pour statuer sur une demande de changement de nom et les pouvoirs qui sont dévolus au juge.

<sup>19</sup> Article 334-3 : « *Toutefois, le tribunal de grande instance saisi d'une requête en modification de l'état de l'enfant naturel peut dans un seul et même jugement statuer sur celle-ci et sur la demande de changement de nom de l'enfant qui lui serait présentée* ».

<sup>20</sup> F. Chénéde, *Actualité juridique Famille*, 2010, p. 89.

<sup>21</sup> Voir note 16 : 1<sup>re</sup> Civ., 9 janvier 2007, précité.

<sup>22</sup> F. Granet-Lambrechts, « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *Actualité juridique Famille*, 2009, p. 76.

<sup>23</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 7 juin 1995, *Bull.* 1995, I, n° 238.

<sup>24</sup> CA Besançon, 2 juillet 2009, *Jurisdata* n° 2009-018794, qui a même validé rétroactivement une déclaration conjointe faite avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 janvier 2009.

#### **IV. - Compétence du tribunal de grande instance pour statuer sur une demande de changement de nom formée dans le cadre d'une instance aux fins d'établissement d'un second lien de filiation à laquelle sont applicables les nouvelles dispositions des articles 311-23 et 331 du code civil**

L'établissement d'un second lien de filiation n'emporte en principe aucune conséquence sur le nom de l'enfant, qui conserve le nom du parent à l'égard duquel sa filiation a été établie en premier lieu. Cependant, le législateur a maintenu le nom dans la dépendance de la filiation dès lors qu'il offre aux parents le choix, en cas d'établissement d'un second lien de filiation, de substituer le nom du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu ou d'accoler les noms par déclaration conjointe devant l'officier d'état civil (article 311-23 du code civil).

Sous le régime antérieur à l'ordonnance du 4 juillet 2005, l'article 334-3 du code civil, modifié par les lois du 8 janvier 1993 et du 4 mars 2002, permettait, en cas de désaccord entre les parents sur le nom de l'enfant naturel, de faire trancher leur différend par le juge aux affaires familiales, ce même en l'absence de modification de l'état de l'enfant<sup>25</sup>. Cet article comportait également la disposition suivante : « *Toutefois, le tribunal de grande instance saisi d'une requête en modification de l'état de l'enfant naturel peut dans un seul et même jugement statuer sur celle-ci et sur la demande de changement de nom de l'enfant qui lui serait présentée* ».

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a abrogé, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006, cet article 334-3 du code civil, et le nouvel article 311-23 ne reprend qu'en partie le contenu de l'alinéa premier de l'ancien texte, à l'exception de la référence au juge.

Si l'article 331 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, dispose que « *lorsqu'une action est exercée en application de la présente section, le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom* », ce texte a donné lieu à des difficultés d'interprétation, dans la mesure où **le législateur a, en abrogeant l'ancien article 334-3, clairement manifesté sa volonté de « faire disparaître le changement judiciaire du nom de l'enfant »**<sup>26</sup>.

Cette suppression de la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales a été justifiée par « *la nécessité d'assurer l'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance, et [...] la volonté de déjudiciariser certaines procédures* »<sup>27</sup>.

La **circulaire du 30 juin 2006** ne semble pas avoir perçu la difficulté posée par ce texte, puisqu'elle expose en page 46 :

« *Les dispositions de l'article 331 sont applicables à toutes les actions tendant à l'établissement d'un lien de filiation.*

*Ainsi, le tribunal peut statuer dans le même jugement, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien de l'enfant et l'attribution du nom, évitant ainsi une seconde procédure devant le juge aux affaires familiales pour fixer les effets relevant de sa compétence* ».

Or, ce motif n'est pas justifié en ce qui concerne l'attribution du nom, pour lequel le juge aux affaires familiales n'est plus compétent pour statuer.

La circulaire analyse ensuite (p. 47) les conséquences du jugement déclaratif de filiation sur le nom :

« *Si l'enfant était auparavant sans filiation, il prend le nom du parent à l'égard duquel la filiation est déclarée.*

*Si l'enfant avait déjà un lien de filiation établi, le plus souvent à l'égard de la mère, le tribunal peut statuer sur l'attribution du nom de famille de l'enfant. Le libellé de l'article 331 ne faisant nullement référence au dispositif de droit commun prévu à l'article 311-21, les parents ne sont pas fondés à présenter une déclaration conjointe de nom.*

**En l'absence de saisine du tribunal sur cette question, le jugement établissant la filiation est sans incidence quant au nom de l'enfant**, y compris en cas de rétablissement des effets de la présomption de paternité. Les parents peuvent ultérieurement effectuer une déclaration de changement de nom fondée sur l'article 311-23, alinéa 2, au profit de l'enfant mineur, sous réserve de son consentement s'il a treize ans révolus et dans les limites posées par l'alinéa 3 du même article (qui limitent le choix au nom dévolu ou choisi au profit d'un autre enfant sur le fondement de l'article 311-23 [alinéa 2] ; cf. deuxième partie).

*Dans tous les cas, le changement de nom de l'enfant majeur requiert son consentement* ».

Elle précise que la compétence du tribunal pour statuer sur l'attribution du nom en conséquence de l'établissement d'un second lien de filiation est conditionnée à l'existence d'une demande expresse de l'une des parties mais ne fournit aucune explication sur cette compétence résiduelle, alors que la procédure de droit commun de changement judiciaire de nom par le juge aux affaires familiales a été supprimée.

Les commentateurs de la réforme ont relevé le manque de cohérence de ces dispositions et se sont interrogés sur la portée de l'article 331 du code civil institué par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

<sup>25</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 2 février 1999, *Bull.* 1999, I, n° 36.

<sup>26</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 4 juillet 2005.

<sup>27</sup> Rapport du sénateur M. de Richemont sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, annexé au procès-verbal de la séance du 19 décembre 2007 (II, A, 4) : « *Conserver la compétence du juge aux affaires familiales pour trancher un éventuel désaccord entre des parents non mariés sur le choix du nom de leur enfant aurait nécessité, sous peine d'encourir les foudres de la Cour européenne des droits de l'homme, de l'étendre aux couples mariés* ».

Pour M. Massip, « *cela n'est guère logique, puisque l'autorité judiciaire n'a plus aujourd'hui la faculté de statuer sur l'attribution du nom en cas de désaccord des parents. On peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une inadvertance des rédacteurs de l'ordonnance, qui ont repris, en les généralisant, les dispositions de l'ancien article 340-6 du code civil<sup>28</sup> sans tirer les conséquences de l'abrogation de l'article 334-3 de ce code, auquel se référait précisément le texte antérieur<sup>29</sup> ».*

Mme Bas considère que ce nouvel article 331 du code civil constitue « *une erreur de rédaction contraire à la logique de la réforme* » et conduit « *à une situation aberrante* » : « *En effet, cet article ne vise que les actions en établissement forcé de la filiation, ce qui signifie que seuls les pères "réfractaires" ont la possibilité de transmettre leur nom contre l'avis de la mère, tandis que ceux reconnaissant spontanément leur enfant, même avec du retard, eux, en sont irrémédiablement privés. Finalement, en supprimant la procédure judiciaire de changement de nom, le législateur n'a fait que remplacer une inégalité par une autre<sup>30</sup> ».*

**Cependant, force est de constater que, malgré ces critiques, la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 a maintenu l'article 331 du code civil, alors qu'elle a apporté des modifications, parfois substantielles, au texte de l'ordonnance**, après que le législateur a procédé à l'examen des commentaires de la réforme ainsi qu'à un certain nombre d'auditions.

Concernant le nom, elle a notamment abrogé une disposition transitoire (article 20 II 5<sup>o</sup>) particulière à l'article 311-23 et corrigé les erreurs de rédaction que comportait l'article 311-23 du code civil.

Par ailleurs, si la doctrine déplore le manque de cohérence de la réforme, elle ne prône pas la suppression de l'article 331 du code civil, mais préconise plutôt le rétablissement de la possibilité de saisir le juge pour trancher le différend en l'absence d'accord des parents.

Mme Dekeuwer-Défossez constate que « *l'exposé des motifs de l'ordonnance justifie cette suppression par le choix des parents, l'intangibilité du nom et le souci de sécuriser l'état de l'enfant, ce qui est faire peu de cas d'éventuels conflits entre les parents et de l'inégalité entre père et mère devant le nom. À défaut de mariage, c'est la mère qui a l'avantage, pouvant reconnaître l'enfant avant le père. En cas de mariage, c'est le mari, qui peut refuser toute dérogation au port du nom du père. L'ensemble s'apparente étroitement à un véritable déni de justice, et la course au nom va être plus enragée que jamais<sup>31</sup> ».*

D'autres auteurs<sup>32</sup> ont fait valoir que cette disparition de la procédure judiciaire de changement de nom **méconnaissait l'intérêt de l'enfant**, en le plaçant au cœur des relations de force du couple.

Pour M. Hauser, « *notre législateur, légiférant dans le désordre, n'a pas vu que si les parents ont le droit de donner leur nom à leurs enfants, point de vue abusivement dominant des textes, ces enfants ont aussi le droit de le revendiquer<sup>33</sup> ».*

Cette opinion est partagée par M. Murat, qui considère que le droit du mineur au double nom peut être envisagé sous l'angle des droits fondamentaux<sup>34</sup>.

M. Massip indique que « *l'abrogation de l'article 334-3 [lui] semble regrettable. Il suffit de songer au cas d'un enfant naturel dont la filiation est établie à l'égard de la mère par les indications de l'acte de naissance, reconnu peu après par son père, lequel héberge l'enfant et l'élève seul<sup>35</sup> ».*

Cette difficulté a été évoquée lors de la rédaction du projet de loi ratifiant l'ordonnance de 2005, puisque le sénateur M. de Richemont expose dans son rapport :

*« Il est peu probable qu'un désaccord entre les parents sur le choix du nom de leur enfant constitue un "motif légitime" au sens de l'article 61 du code civil, pour permettre d'obtenir sa modification par décret. En revanche, votre rapporteur considère que cette procédure de changement de nom doit pouvoir s'appliquer au cas, évoqué par M. Jacques Massip, conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation, d'un enfant né hors mariage dont la filiation est établie à l'égard de sa mère par les indications de l'acte de naissance puis reconnu par son père, qui l'héberge et l'élève seul.*

*Il considère également, et le ministère de la justice le lui a confirmé, que le mari dont la présomption de paternité a été écartée dans un premier temps, parce que l'acte de naissance de l'enfant ne le désignait pas en qualité de père, puis a été rétablie de plein droit à la suite de la délivrance d'un acte de notoriété établissant la possession d'état de l'enfant à son égard (articles 313 et 314 du code civil) a un intérêt légitime à solliciter la modification du nom de famille de son enfant par décret : dans cette hypothèse, en effet, il ne peut transmettre son nom à l'enfant, qui porte celui de son épouse, qu'avec l'accord de cette dernière et dans le cadre d'une déclaration de changement de nom, ce qui est contraire à l'esprit de la loi du 4 mars 2002.*

*Il serait regrettable que la seule possibilité offerte au mari dont la présomption de paternité a été indûment écartée soit la saisine du tribunal de grande instance afin qu'il rétablisse les effets de cette présomption (articles 315 et 329 du code civil) et, comme le permet l'article 331 du code civil, qu'il statue sur le nom de famille de l'enfant<sup>36</sup> ».*

<sup>28</sup> Article 340-6 ancien du code civil (relatif aux actions en recherche de paternité et de maternité) : « *Le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'attribution du nom et sur l'autorité parentale, conformément aux articles 334-3 et 374 ».*

<sup>29</sup> J. Massip, *Le Nouveau Droit de la filiation*, Defrénois 2006, n° 74, p. 84.

<sup>30</sup> C. Bas, « Les séquelles de la suppression de la procédure judiciaire de changement de nom », *Revue Lamy droit civil* 2007, n° 37.

<sup>31</sup> F. Dekeuwer-Défossez, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *Revue Lamy droit civil*, 2005, n° 21.

<sup>32</sup> C. Bas, « Les séquelles de la suppression judiciaire de changement de nom », *Revue Lamy droit civil*, 2007, n° 37.

<sup>33</sup> J. Hauser, *RTD civ.* 2007, p. 3007.

<sup>34</sup> P. Murat, *Droit de la famille*, mars 2010, commentaire n° 39.

<sup>35</sup> J. Massip, *Le Nouveau Droit de la filiation*, Defrénois 2006, n° 74, p. 84.

<sup>36</sup> Sénat, rapport n° 145 de M. de Richemont, fait au nom de la commission des lois, annexé au procès-verbal de la séance du 19 septembre 2007, p. 26.

Peut-on toujours considérer, après l'intervention de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant et modifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, que la compétence spécifique donnée au tribunal de grande instance par l'article 331 du code civil, pour statuer à titre accessoire sur le nom, résulte d'une erreur de rédaction ?

On peut se demander si le législateur n'a pas cherché à trouver un équilibre entre, d'une part, les impératifs de stabilité et de sécurité du nom de famille et, d'autre part, la nécessité de prendre en compte la vérité des filiations, en limitant les possibilités de changement de nom aux situations les plus conflictuelles, dans lesquelles une déclaration conjointe de changement de nom est peu probable.

L'article 331 du code civil ne concerne pas les seuls « *pères réfractaires* » qui pourraient transmettre leur nom contre la volonté de la mère, car il est fréquent qu'une même instance réunisse une action en contestation de paternité et une action en établissement d'une nouvelle filiation.

Si le manque de cohérence de la réforme a été relevé à juste titre par la doctrine, est-il possible pour le juge d'écarter l'application d'un texte qui ne comporte pas de contradiction directe avec d'autres dispositions du code, lesquelles régissent des situations distinctes ? L'article 311-23 n'exclut pas expressément la compétence du tribunal pour statuer sur l'attribution du nom dans le cadre d'une action en établissement de filiation. La question se pose, par ailleurs, de savoir si la procédure instituée par l'article 331 du code civil entre dans le cadre des procédures judiciaires de changement de nom antérieurement régies par l'article 333-4 ancien du code civil ou si ce texte en constitue un nouveau fondement, ayant sa place parmi les règles de dévolution résultant d'une modification de l'état<sup>37</sup>.

## V. - L'étendue des pouvoirs conférés au juge statuant sur le fondement de l'article 331 du code civil

### **A. - Le tribunal peut-il décider de la substitution ou de l'adjonction du nom du parent dont la filiation a été établie en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant ?**

Si l'article 331 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, prévoit, dans des termes repris de l'ancien article 340-6 du code civil, la possibilité pour le tribunal qui statue sur l'établissement d'un lien de filiation de se prononcer, à titre accessoire, sur l'attribution du nom, il ne précise pas l'étendue du changement de nom qui peut être décidé, ni les critères selon lesquels le tribunal doit se déterminer.

La demande d'avis porte sur la question de savoir si le juge saisi par les parties en désaccord quant à l'attribution du nom peut décider non seulement de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant, mais également de l'adjonction de l'un des noms à l'autre, puisque la cour d'appel de Toulouse est saisie d'une demande tendant à voir prononcer l'adjonction du nom du père, dont la filiation a été établie, au nom porté par l'enfant.

L'ancien article 340-6 du code civil renvoyait expressément à l'article 334-3.

La Cour de cassation a jugé, dans deux arrêts du 9 janvier 2007 et du 6 janvier 2010<sup>38</sup>, que l'article 334-3 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993, ne permettait que la substitution judiciaire du nom du parent qui n'avait pas été transmis à l'enfant, mais n'autorisait pas l'adjonction des deux noms, réitérant un raisonnement adopté par deux arrêts de 1982 et 1983<sup>39</sup>, selon lequel l'article 334-3 devait s'interpréter au regard de l'article 334-2, qui ne prévoyait pas d'adjonction, et que celle-ci aurait créé une discrimination en ouvrant à l'enfant « *naturel* » une possibilité que n'avait pas l'enfant légitime.

Dans l'arrêt du 16 novembre 1982, statuant sur un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi à propos de l'interprétation de l'article 334-3 du code civil dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 1972, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait considéré que le changement de nom avait été prévu en termes généraux par l'article 334-3 du code civil et permettait d'adjoindre le nom de la mère à celui du père, aux motifs que « *si ce texte permet au tribunal de grande instance d'autoriser sur requête l'enfant naturel à substituer non seulement le nom de son père à celui de sa mère, comme le prévoit l'article 334-2 en cas de déclaration conjointe des parents de l'enfant mineur, mais encore éventuellement le nom de sa mère à celui de son père, il ne saurait permettre à l'enfant d'ajouter un des noms à l'autre ; que, sauf le cas d'adoption simple, le nom patronymique découlant de la filiation est seulement celui d'un seul des parents et qu'en l'absence de précision formelle des textes, on ne peut ouvrir à l'enfant naturel une possibilité qui n'appartient pas à l'enfant légitime* ».

La Cour de cassation a même précisé, dans l'arrêt du 6 janvier 2010, que l'article 334-3 ancien du code civil, qui ne permettait pas le double nom, ne portait pas atteinte au droit de l'enfant de préserver son identité, dès lors que ce dernier disposait d'un état civil conforme à la loi et aux relations qu'il entretenait avec le parent qui lui avait transmis son nom.

Certains auteurs ont fait observer que la solution adoptée dans les arrêts récents de 2007 et 2010 était très rigide et qu'il aurait été possible d'envisager d'interpréter les articles 334-2 et 334-3 du code civil dans leur rédaction antérieure à 2002 à la lumière des nouvelles dispositions et de revenir sur la prohibition du double nom<sup>40</sup>, devenue obsolète du fait de l'égalité des filiations.

Cependant, s'il arrive parfois à la Cour de cassation d'assouplir son interprétation des textes anciens au regard d'une nouvelle législation afin d'unifier les situations régies par l'ancien droit et celles qui sont appréhendées par la loi nouvelle, ce revirement était-il opportun, alors que l'ordonnance de 2005 a désormais

<sup>37</sup> « Le changement de nom et de prénom », étude 271, *Lamy droit des personnes et de la famille*, n° 271-36.

<sup>38</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 9 janvier 2007, *Bull.* 2007, I, n° 9, et 6 janvier 2010, *Bull.* 2010, I, n° 3.

<sup>39</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 16 novembre 1982, *Bull.* 1982, I, n° 330, et 12 avril 1983, *Bull.* 1983, I, n° 115.

<sup>40</sup> En ce sens, voir S. Fournier et M. Farge, *Dalloz action, Droit de la famille* 2008-2009, n° 231-63.



supprimé la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales pour obtenir un changement judiciaire de nom et que les enfants légitimes ne disposaient pas de la même possibilité sous le régime résultant de la loi de 1993 ? Comme le constate P. Murat, « *le système constitue un redoutable jeu de dominos* » en créant d'autres discriminations<sup>41</sup>.

En l'absence de précision de l'article 331 du code civil, sur quels textes le tribunal peut-il se fonder pour trancher le désaccord des parties s'il est saisi d'une demande de changement de nom formée dans le cadre de l'établissement judiciaire d'un second lien de filiation ?

Les articles 334-1 à 334-4 ont certes été abrogés par l'article 15 de l'ordonnance du 4 juillet 2005, mais l'article 8 de l'ordonnance précise que « *la référence à l'article 334-2 est remplacée par la référence à l'article 311-23* », qui reprend les dispositions principales de l'ancien texte.

Par ailleurs, la rédaction du nouvel article 331 du code civil est proche du deuxième alinéa de l'ancien article 334-3 (« *Toutefois, le tribunal de grande instance saisi d'une requête en modification de l'état de l'enfant naturel peut dans un seul et même jugement statuer sur celle-ci et sur la demande de changement de nom qui lui serait présentée* »), qui a été abrogé et fondait la compétence du tribunal pour statuer sur une demande de changement de nom consécutive à une modification d'état.

Ne peut-on pas en déduire que les pouvoirs du tribunal statuant sur l'attribution du nom de l'enfant consécutive à l'établissement d'un lien de filiation doivent s'apprécier au regard des nouvelles règles de dévolution du nom de famille posées par l'article 311-23 du code civil, qui offre la possibilité aux parents de choisir, lors de l'établissement d'un second lien de filiation, « *soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux* » ?

Si l'on considère, comme certains auteurs<sup>42</sup>, compte tenu de la place du texte au sein du chapitre III concernant les actions relatives à la filiation, que l'article 331 du code civil constitue un fondement autonome à la demande de changement de nom consécutive à une modification de l'état, sans qu'il soit nécessaire de se référer aux règles définies par l'article 311-23 du code civil (alors que l'article 334-3 ancien avait été interprété au regard de l'article 334-2, qu'il suivait et complétait « *dans les autres cas...* »), le tribunal ne dispose-t-il pas de la plus grande liberté d'appréciation pour décider, en considération de l'intérêt de l'enfant, de la substitution de nom ou de l'adjonction des deux noms, puisque l'obstacle antérieur, qui interdisait de donner à l'enfant naturel une possibilité qui n'appartenait pas à l'enfant légitime, a désormais disparu et que le port du double nom est autorisé sans distinction entre enfants naturels et légitimes ?

L'article 331 du code civil concerne autant la filiation légitime (rétablissement de la présomption de paternité) que la filiation naturelle.

Il convient d'observer que la Cour de cassation laisse un large pouvoir d'appréciation aux juges du fond dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, qui ne coïncide pas toujours avec l'établissement de la vérité biologique. Dans un arrêt du 17 mars 2010<sup>43</sup>, la première chambre a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui, après avoir annulé une première reconnaissance paternelle et donné plein effet à une seconde reconnaissance, avait estimé qu'il était de l'intérêt de l'enfant de reprendre le nom de sa mère décédée, qui demeurait dans sa mémoire et à laquelle elle était très attachée, et non celui de son père, qu'elle ne connaissait pas encore.

L'établissement d'un second lien de filiation n'entraîne donc pas nécessairement la substitution du nom du parent dont la filiation a été reconnue en second lieu ou l'adjonction du nom des deux parents, ce qui nous conduit à examiner les intérêts que le juge doit prendre en considération.

## B. - Intérêts à prendre en considération

La Cour de cassation a jugé, pour l'application de l'article 334-3 ancien du code civil, que le juge devait « **prendre en considération l'ensemble des intérêts en présence**<sup>44</sup> », mais elle rappelle toujours que « **l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale**<sup>45</sup> », conformément à l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 dite « de New-York », qui dispose que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Par deux arrêts de principe du 18 mai 2005<sup>46</sup>, la Cour de cassation a décidé que cet article 3-1 ainsi que l'article 12-2 de la Convention, qui consacre le droit pour l'enfant d'être entendu dans toutes les procédures qui l'intéressent, étaient directement applicables devant les tribunaux français.

Les juges du fond apprécient souverainement l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ainsi, alors que l'annulation d'une reconnaissance entraîne en principe le changement de nom de l'enfant mineur<sup>47</sup>, la première chambre civile a estimé, dans l'arrêt du 17 mars 2010, qu'il **incombait aux juges du fond d'apprécier souverainement si l'intérêt supérieur de l'enfant justifiait ou non le maintien du nom**

<sup>41</sup> P. Murat, « Le double nom et l'application de la loi dans le temps : encore et toujours la question de l'adjonction ! », *Droit de la famille*, juillet 2010, commentaire n° 113.

<sup>42</sup> Voir note 34.

<sup>43</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 17 mars 2010, *Bull.* 2010, I, n° 64, note P. Murat, *Droit de la famille*, juin 2010, commentaire n° 102.

<sup>44</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 27 janvier 1993, pourvoi n° 91-13.401 ; 27 juin 2000, pourvoi n° 98-23.065 ; 11 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 387, et 19 septembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 285.

<sup>45</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 17 mars 2010, précité.

<sup>46</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 211 et 212.

<sup>47</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 16 juin 1998, *Bull.* 1998, I, n° 215.

**de l'auteur de la reconnaissance annulée**, admettant ainsi implicitement que le maintien du nom aurait été possible si l'intérêt de l'enfant l'avait justifié (ce maintien était demandé par l'auteur de la reconnaissance annulée, qui élevait l'enfant).

C'est encore l'intérêt de l'enfant qui inspire l'article 61-3 du code civil, aux termes duquel : « *Tout changement de nom de l'enfant de plus de treize ans nécessite son consentement personnel lorsque ce changement ne résulte pas de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation.*

*L'établissement ou la modification du lien de filiation n'emporte le changement du nom de famille des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement ».*

M. Murat<sup>48</sup> estime qu'en matière de nom la volonté du « *grand mineur* » s'invite assez légitimement dans le débat et que la force donnée aux droits de l'enfant pourrait ouvrir des horizons nouveaux sur le port du nom double, qui extériorise un rattachement égal de l'enfant à l'égard de ses deux parents.

---

<sup>48</sup> P. Murat, *Droit de la famille*, mars 2010, commentaire n° 39.

# Observations de M. Domingo

Avocat général

La cour d'appel de Toulouse sollicite l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

***Dans le cadre d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, à laquelle sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-754 du 4 juillet 2005, le juge, saisi par les parties en désaccord quant à l'attribution du nom de l'enfant, peut-il décider soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre ?***

L'examen des pièces du dossier transmis fait ressortir que les conditions de forme conditionnant la recevabilité de la demande d'avis ont été respectées.

La question soulevée présente une difficulté sérieuse, dans la mesure où l'abrogation par l'ordonnance précitée de l'article 334-3 du code civil, permettant au juge aux affaires familiales de statuer sur l'attribution du nom en cas de désaccord des parents, doit être appréciée, quant à sa portée, par rapport aux dispositions de l'article 331, édictant la possibilité pour le tribunal de décider de l'attribution du nom dans le cadre de l'action aux fins d'établissement du lien de filiation.

Par ailleurs, la question, qui est susceptible de se présenter dans de nombreux cas, est nouvelle en ce que la Cour de cassation n'a, à ce jour, pas encore été amenée à lui donner une solution jurisprudentielle.

Après un rapide examen des normes régissant la dévolution du nom et une analyse des divergences d'interprétation suscitées par l'article 331 du code civil, les principaux arguments militant en faveur soit d'une éviction partielle de celui-ci soit de son maintien dans le domaine d'intervention qui est le sien seront passés en revue, la comparaison de leurs poids respectifs devant conduire à la formulation de la solution qui paraît la mieux appropriée.

## I. - La dévolution du nom

Rompant avec l'agencement normatif - *grosso modo* en vigueur depuis le code Napoléon -, le législateur est récemment intervenu à trois reprises, d'abord pour introduire et ensuite conforter, en retouchant ou précisant à l'occasion les nouvelles règles applicables, la possibilité pour les parents de choisir le nom qui sera porté par leur premier enfant commun et automatiquement attribué, le cas échéant, aux frères et sœurs puînés.

La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 a en effet, pour la première fois, ouvert au père et à la mère, exprimant une volonté concordante, le droit exclusif de transmettre soit le nom de l'un ou l'autre d'entre eux, soit d'accoler les deux noms dans l'ordre choisi par eux.

Il s'agissait en l'occurrence de mettre fin à la prééminence accordée jusqu'alors au géniteur masculin ; ce que la loi a traduit incidemment par l'abandon du vocable « patronyme » au profit de l'expression « nom de famille ».

La loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 puis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 (ultérieurement ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009) ont apporté quelques modifications - certaines importantes sur lesquelles nous reviendrons -, sans toucher aux principes consacrés en 2002.

La mise en œuvre de ces nouvelles règles s'est accompagnée de mesures transitoires destinées à régler le sort des situations ayant pris naissance avant l'entrée en vigueur des textes en cause.

Bien que l'étude de ceux-ci permette d'envisager plusieurs lignes de clivage, la division fondamentale, à partir de laquelle il est possible d'assurer une répartition cohérente des normes applicables, réside dans la distinction qu'il convient de faire selon que la filiation de l'enfant a été bilatéralement établie au plus tard lors de sa déclaration de naissance ou ne s'est constituée que postérieurement à celle-ci.

### **A. - Filiation établie à l'égard des deux parents avant ou au moment de la déclaration de naissance**

Il peut s'agir d'un enfant issu d'un couple marié ou d'un enfant dont les parents ne sont pas unis par le mariage mais qui a fait l'objet soit d'une reconnaissance prénatale de la part de chacun d'entre eux (agissant séparément ou de concert) soit d'une reconnaissance par le père naturel au moment de la déclaration de naissance, accompagnée de l'indication du nom de la mère (dès lors que cet élément est corroboré par la possession d'état, article 337 du code civil) ou précédée d'une reconnaissance prénatale effectuée par celle-ci.

Dans ces diverses hypothèses, les parents peuvent, au moyen d'une déclaration conjointe à l'officier de l'état-civil, choisir le nom de famille qui sera dévolu à leur enfant : soit le nom du père, soit celui de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux (article 311-21 du code civil).

Lorsque ce choix a été opéré, il est définitif et vaut pour les autres enfants communs à naître.

En l'absence de choix exprimé, l'enfant prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier, et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre (article 311-21, dans sa rédaction issue de la loi de 2003).

Cette dernière hypothèse correspond à la situation des couples mariés et à celle des parents naturels ayant effectué une reconnaissance prénatale simultanée de leur enfant, en s'abstenant de souscrire la déclaration conjointe à l'officier d'état civil à cette occasion ou lors de la déclaration de naissance.



## B. - Filiation établie à l'égard d'au moins un des deux parents postérieurement à la déclaration de naissance

Il convient d'évoquer rapidement en premier l'hypothèse dans laquelle la filiation de l'enfant est établie simultanément à l'égard de ses deux parents (actes de reconnaissance dressés le même jour dans le cadre d'une démarche commune des intéressés).

En ce cas, les règles posées par l'article 311-21 du code civil, déjà examinées *supra*, s'appliquent de plein droit : même possibilité de choix du nom au moyen d'une déclaration conjointe à l'officier d'état-civil, même règle supplétive en cas d'absence de déclaration, conduisant ici à l'attribution du nom du père.

Moins rares en revanche sont les hypothèses dans lesquelles l'enfant voit sa filiation établie à l'égard d'un seul de ses parents (que le lien se soit constitué en période prénatale ou postérieurement à la naissance). Il prend le nom de celui-ci.

L'établissement du second lien de filiation intervenu par la suite est en principe sans incidence sur ce point.

Cela étant, le législateur a néanmoins ouvert aux parents (article 334-2 du code civil, abrogé en 2005 et remplacé par l'article 311-23) la possibilité de faire, devant l'officier de l'état civil, une déclaration conjointe en vue de substituer au nom d'origine celui du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu ou d'accoler leurs deux noms dans l'ordre choisi par eux.

Cette faculté n'est ouverte que pendant la minorité de l'enfant et requiert le consentement personnel de celui-ci s'il est âgé de plus de treize ans.

En revanche, l'abrogation de l'article 334-3 du code civil a entraîné l'abandon de la possibilité, lorsque la déclaration conjointe n'avait pu être faite (en raison le plus souvent d'un désaccord des parents), de saisir le juge aux affaires familiales d'une requête tendant à modifier le nom de l'enfant né hors mariage.

Désormais, toute demande judiciaire de changement de nom - par substitution ou adjonction - formée après le 1<sup>er</sup> juillet 2006 (date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2005) « *doit être déclarée irrecevable quelle que soit la date de naissance de l'enfant* » (Catherine Marie, « Le nom de l'enfant », *Actualité juridique Famille* 2009, p. 199).

La disparition du changement du nom de l'enfant par l'effet d'une décision de justice a été voulue par le législateur, afin de sauvegarder le principe d'intangibilité du nom et de sécuriser l'état de l'enfant en le mettant à l'abri des conflits.

Ce sont là les raisons qui ont été avancées dans le rapport parlementaire exposant les motifs de l'ordonnance de 2005.

Il ressort de ce qui précède que la dévolution du nom ne peut s'accomplir qu'en vertu d'un accord des deux parents réalisé dans les conditions de fond et de forme prescrites par la loi, et qu'à défaut d'un tel accord, c'est encore la loi, et elle seule, qui détermine l'attribution du nom.

## II. - L'article 331 du code civil

Sous l'empire de la loi de 2002 (modifiée en 2003), l'article 340-6 du code civil, figurant à la section III, intitulée « Des actions en recherche de paternité et de maternité », prévoyait que le tribunal devait statuer, s'il y avait lieu, sur l'attribution du nom et sur l'autorité parentale, conformément aux articles 334-3 et 372 du code civil.

Ces dispositions ont été reprises, avec quelques variantes, par l'ordonnance de 2005, à l'article 331 du code civil, ainsi libellé :

« *Lorsqu'une action est exercée en application de la présente section [il s'agit de la section II, désormais intitulée : « des actions aux fins d'établissement de la filiation »], le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom* ».

Un auteur particulièrement autorisé en la matière a estimé que la persistance du pouvoir accordé au tribunal de statuer sur l'attribution du nom n'était guère logique, puisque l'autorité judiciaire n'avait plus la faculté de trancher ce point en cas de désaccord des parents (J. Massip, « Incidences de l'ordonnance relative à la filiation sur le nom de famille », *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2006, étude 8).

Et celui-ci d'ajouter : « *On peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une inadvertance des rédacteurs, qui ont repris en les généralisant les dispositions de l'article 340-6 sans tirer les conséquences de l'abrogation de l'article 334-3 auquel se référait précisément le texte antérieur* ».

Le même auteur a renouvelé l'expression de sa perplexité in *Le nouveau droit de la filiation* (Defrenois, n° 74, p. 84) et a été suivi dans son analyse par plusieurs commentateurs (S. Fournier et M. Farge, « Droit de la famille : nom et prénom de l'enfant », *Dalloz* 2008 ; M.-L. Cicile-Delfosse, « La dévolution du nom de famille », *Juris-Classeur civil* ; G. Raou-Cormeil, « Réflexions sur le nom de l'enfant mineur », *RRJ* 2006, p. 791 ; D. Montoux, *Juris-Classeur notarial*, Formulaire : « État-civil, dévolution du nom de famille »).

Mais le point de vue opposé ne manque pas de soutiens (cf. notamment *Mémento pratique Francis Lefebvre, Droit de la famille*, 2010-20100, n° 31560 ; *Droit des personnes et de la famille Lamy*).

La circulaire d'application de l'ordonnance (CIV/13/06 du 30 juin 2006, § 2. 6. 3) précise quant à elle que « *si l'enfant a déjà un lien de filiation établi... le tribunal peut statuer sur l'attribution du nom de famille de l'enfant, le libellé de l'article 331 ne faisant nullement référence au dispositif de droit commun prévu à*

*l'article 311-21... En l'absence de saisine du tribunal sur cette question, le jugement est sans incidence quant au nom de l'enfant* ». Autrement dit, il est nécessaire que le parent ayant agi devant la juridiction demande expressément à celle-ci de statuer sur l'attribution du nom.

Les mêmes hésitations sont perceptibles du côté de la pratique judiciaire :

- éviction de l'article 331 (en tant qu'il concerne l'attribution du nom) au motif que le changement ne peut plus être ordonné par voie contentieuse (CA Fort de France, 25 septembre 2009), l'abrogation de l'article 334-3 du code civil étant expressément invoquée (CA Montpellier, 27 février 2008) ;

- pleine efficacité de l'article 331 du code civil, la demande de changement de nom présentée à l'occasion d'une action aux fins d'établissement du lien de filiation, qu'elle soit ou non accueillie, étant recevable (CA Douai, 3 avril 2008 ; Nîmes, 11 mars 2009 ; Aix-en-Provence, 19 novembre 2009 et 13 janvier 2010 ; Bordeaux, 24 mars 2010 ; Lyon, 31 mai 2010 ; Rennes, 22 juin 2010 ; Amiens, 10 mars 2010).

### **III. - Arguments de nature à justifier la mise à l'écart partielle de l'article 331 du code civil**

On peut avancer principalement l'idée selon laquelle seule compte désormais la volonté concordante des parents, la loi venant déterminer supplétivement les conditions de dévolution du nom lorsque la déclaration conjointe n'a pas été opérée (soit qu'elle ne pouvait l'être, soit que les parents se soient abstenus d'y recourir).

En 2005, le législateur aurait eu ainsi en vue de ne permettre aucune autre modification que celle voulue par les parents lorsque les conditions légales pour y procéder se trouvent réunies.

Le signe tangible de cette intention du législateur résiderait dans l'abrogation de l'article 334-3 du code civil, en vertu duquel le juge aux affaires familiales pouvait être saisi d'une demande tendant à accoler les noms du père et de la mère, ou à substituer le nom de l'un d'eux à celui de l'autre.

Il n'y a plus place désormais pour un arbitrage judiciaire en cas de désaccord des parents. Par voie de conséquence, le juge ne saurait statuer sur l'attribution du nom lorsqu'il est amené à se prononcer sur une action aux fins d'établissement de la filiation (article 331 du code civil).

À cet argument qui repose sur une approche purement herméneutique de la loi, s'ajoute un argument de texte, au vrai assez artificiel : l'article 340-6 du code civil (aujourd'hui abrogé), auquel l'article 331 emprunte en partie sa substance, faisait expressément référence, en ce qui concerne l'attribution du nom par décision judiciaire, à l'article 334-3 du code civil. L'abrogation de ce dernier texte aurait pour effet de priver d'efficacité les dispositions de l'article 331 en tant qu'elles ont trait à l'attribution du nom.

Enfin, la justification du pouvoir donné au juge (à travers l'article 340-6 du code civil, puis de l'article 331) de statuer sur l'attribution du nom - justification fondée sur la nécessité, lorsqu'il tranche une question d'état, de résoudre l'ensemble des difficultés soumises à son appréciation afin d'éviter ou de prévenir une procédure ultérieure - perd toute sa force, dès lors qu'aucun contentieux de ce type ne peut plus intervenir en raison de l'abrogation de l'article 334-3 du code civil.

En résumé et au vu des éléments qui précèdent, le dispositif agencé par les articles 311-21 et suivants constituerait un système clos et exclusif, dans lequel plus aucune modification du nom par voie judiciaire n'est concevable.

### **IV. - Arguments permettant de reconnaître à l'article 331 du code civil sa pleine efficacité juridique dans le domaine de l'attribution du nom**

Première remarque : le maintien, par le biais de l'article 331, des dispositions relatives à l'attribution du nom figurant auparavant à l'article 340-6 du code civil est-il véritablement le fruit d'une inadvertance, alors qu'en dépit des interrogations que ce texte avait pu susciter, son existence n'a pas été remise en cause lorsqu'est intervenue la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 ?

Par ailleurs, peut-on priver ce texte d'effet au seul motif qu'il serait incompatible avec la volonté (supposée) du législateur d'évincer définitivement toute intrusion de l'autorité judiciaire dans l'attribution du nom ?

Lorsque des normes paraissent soulever une difficulté quant à leur coexistence, l'on sait qu'il convient de chercher d'abord à les concilier avant d'envisager d'écarter l'application de celle d'entre elles qui ne paraît pas correspondre à la « *ratio legis* » telle que l'interprétation de la volonté du législateur permet de la discerner.

Or, force est de reconnaître que les dispositions édictées à l'article 331 ne sont pas manifestement et radicalement incompatibles avec le dispositif agencé aux articles 311-21 et suivants.

Ces derniers textes ne comportent aucun élément positif permettant d'inférer de manière évidente que le système mis en place en 2005 est un ensemble clos et exclusif, en dehors duquel aucune modification portant sur le nom ne peut plus intervenir.

Pour parvenir à la conclusion inverse, il faut poser le postulat, au vrai assez fragile, selon lequel la suppression des pouvoirs du juge aux affaires familiales de statuer à titre principal sur une demande de changement du nom de l'enfant en cas de désaccord des parents implique nécessairement - et contrairement à la lettre de la loi - l'impossibilité pour le tribunal de trancher ce point à l'occasion d'une procédure tendant à l'établissement d'un second lien de filiation.

Il convient de souligner en effet que l'article 331 et l'article 334-3 - à l'abrogation duquel les tenants de la thèse avancée par M. Massip accordent les conséquences les plus drastiques - n'ont pas exactement le même domaine d'application.

Le premier concerne les actions en changement d'état, à l'occasion desquelles il est prévu que le juge peut - si la demande lui en est faite - statuer sur des points accessoires tels que l'attribution du nom. Le second visait l'action ayant pour objet principal la modification du nom lui-même.

Certes, l'on peut comprendre que, privilégiant la volonté concordante des parents, le législateur ait entendu réserver à celle-ci - en concours avec la loi - le monopole de la dévolution du nom et du changement ultérieur de celui-ci (cas de l'article 311-23), de façon à garantir au maximum le principe d'intangibilité du nom et à tarir les contentieux de nature à lui porter atteinte. D'où la suppression des pouvoirs du juge aux affaires familiales.

Mais l'on peut également concevoir qu'il ait néanmoins maintenu la possibilité de modifier le nom par voie judiciaire dans les circonstances où - à supposer que l'action dont le tribunal est saisi soit couronnée de succès - un second lien de filiation est établi à l'égard d'un parent dont l'attribution du nom qu'il porte paraît commandée par l'intérêt de l'enfant.

Autrement dit, dans le cas où les liens de filiation ont été établis au moyen d'actes de reconnaissance successifs, le parent vis-à-vis duquel le rapport de droit s'est constitué en premier ne peut obtenir du juge que soit substitué le nom du second parent si celui-ci s'y oppose.

Une telle mutation n'est pas davantage possible si c'est le second parent qui souhaite obtenir le même résultat en dépit du désaccord de l'autre.

C'est la conséquence directe de l'abrogation de l'article 334-3, déplorée par certains auteurs, qui estiment injuste que le second parent (le plus souvent le père) se voie refuser toute possibilité de transmettre son nom à l'enfant même s'il prodigue à celui-ci tous les soins nécessaires face à une mère défaillante (Céline Bas, « les séquelles de la suppression de la procédure judiciaire de changement de nom », *Revue Lamy droit civil* 2007, précité).

En revanche, lorsque l'action contentieuse tend à l'établissement d'un lien de filiation, le changement d'état éventuellement constaté par le tribunal peut s'accompagner du changement de nom si les circonstances paraissent l'exiger.

Sur un plan pratique, il ne faut pas perdre de vue, en effet, que certaines situations justifient cette possibilité.

Que l'on songe au cas d'un enfant dont la filiation est établie à l'égard de la mère et qui a pour père le mari de celle-ci ou, si telle n'est pas l'hypothèse, l'auteur d'un acte de reconnaissance ultérieur.

Quid si celui qui se présente alors devant le tribunal comme le véritable père de l'enfant obtient pleine satisfaction en faisant triompher son action en contestation de paternité et reconnaître comme valide celle qu'il revendique ? Pourrait-on lui dénier le droit de demander que son nom soit attribué à l'enfant en écartant l'article 331 d'un revers de main, au seul motif que le juge est désormais dépouillé de tout pouvoir en raison de l'abrogation de l'article 334-3 (voir sur ce point la réponse sensée apportée par les cours d'appel de Bordeaux, 24 mars 2010, d'Amiens, 10 mars 2010, et de Lyon, 31 mai 2010, arrêts précités) ?

Et puis, lorsque l'action est intentée par un enfant né de parents inconnus, il faut bien admettre de toute manière que lui soit attribué par le tribunal le nom du parent à l'égard duquel sa filiation est établie.

Alors serait-il raisonnable de donner à l'article 331 un domaine d'application à géométrie variable ? En certaines circonstances, permettre au juge de statuer sur l'attribution du nom ; en d'autres, lui refuser ce pouvoir (essentiellement lorsque l'action en recherche de paternité engagée par la mère tend à obtenir à titre accessoire la substitution du nom du père au sien, ou l'attelage des deux noms) ?

Si l'on estime, comme je suis porté à le penser, que l'article 331 est, en ce qui concerne l'attribution du nom, toujours de droit positif, la question se pose alors de déterminer la latitude du tribunal dans le choix du nom et de dégager les critères sur lesquels il doit fonder sa décision (pour autant qu'une telle demande lui ait été adressée).

La jurisprudence de notre Cour est, depuis des arrêts anciens (1<sup>re</sup> Civ., 16 novembre 1982, *Bull.* 1982, I, n° 330, et 12 avril 1983, *Bull.* 1983, I, n° 115), axée sur l'impossibilité d'associer les noms des deux parents, seule la substitution d'un patronyme à l'autre étant réalisable (1<sup>re</sup> Civ., 9 janvier 2007, *Bull.* 2007, I, n° 9 ; 6 janvier 2010, *Bull.* 2010 n° 3). Cette position fondée sur la prétendue nécessité (aujourd'hui sans fondement) de ne pas faire profiter l'enfant naturel d'un droit « qui n'appartient pas à l'enfant légitime » a été critiquée par certains auteurs (S. Fournier et M. Farge, *Dalloz Action Droit de la famille* 2008/2009, n° 231 et suivant ; P. Murat, « Le double nom et l'application de la loi dans le temps : encore et toujours la question de l'adjonction », *Droit de la famille*, juillet 2010, commentaire n° 113).

La circonstance qu'a disparu la distinction entre enfant légitime et enfant naturel, d'une part, jointe à la persistance des dispositions de l'article 334-2 à travers l'article 311-23 et à la similitude des dispositions de l'article 334-3 (abrogé) avec celles de l'article 331, d'autre part, ne permettent-elles pas de considérer que les pouvoirs reconnus au tribunal dans le cadre de ce dernier texte peuvent s'exercer dans les conditions définies à l'article 311-23 ? Substitution d'un nom à l'autre, ou accolement des deux noms dans un ordre librement déterminé (V. en ce sens : C. Marie, *Juris-Classeur civil code*, article 61 à 61-4, fasc., « Changement de nom », n° 101). Et si l'on déconnecte radicalement l'article 331 du système agencé aux articles 311-21 et suivants, la latitude du juge, au regard de l'attribution du nom (substitution, adjonction, interversion), paraît de plus fort difficilement contestable.

Quant aux éléments sur lesquels doit se fonder le tribunal pour statuer sur l'attribution du nom, ils doivent graviter autour de l'intérêt supérieur de l'enfant, souverainement apprécié (V. not. 1<sup>re</sup> Civ., 17 mars 2010, précité).

Il appartient donc à la juridiction du fond, sous réserve d'une motivation suffisante, de s'assurer que l'attribution du nom (par voie de substitution ou d'adjonction) voire le maintien du nom originel (en cas de rejet de la demande) est conforme à cet intérêt.

\*  
\* \*

Au terme de l'exposé qui précède, il apparaît que la persistance des dispositions légales, aujourd'hui renfermées à l'article 331 du code civil, justifie selon moi le maintien du pouvoir pour le juge de continuer d'en faire application, nonobstant l'abrogation de l'article 334-3 du code civil.

J'estime, en conséquence, qu'il convient de répondre par l'affirmative à la question posée dans la demande d'avis.

## II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

### ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 1657

#### *Abus de confiance*

Détournement. - Définition. - Mandat outrepassé.

Constitue un détournement caractérisant un abus de confiance le fait, pour le trésorier et le trésorier adjoint d'un comité d'entreprise, d'avoir, outrepassant leur mandat, attribué, à l'insu du président, de manière irrégulière et pour un montant global dépassant celui prévu pour l'aide sociale, des prêts sociaux aux salariés en grève, alors que certains ne pouvaient juridiquement y prétendre.

**Crim. - 30 juin 2010.**

CASSATION

N° 10-81.182. - CA Nouméa, 7 janvier 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Nocquet, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk Lament, Av.

N° 1658

#### *Accident de la circulation*

Tiers payeur. - Recours. - Conditions. - Qualité de tiers. - Portée.

La qualité de tiers est une condition de l'application des articles premier de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 et 28 à 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

Viole ces textes la cour d'appel qui reconnaît cette qualité à un hôpital par rapport à l'organisme social auprès duquel il avait souscrit une assurance garantissant les accidents de service de ses agents, alors que l'hôpital était l'employeur du conducteur comme du passager de l'ambulance à bord de laquelle ce dernier a été blessé dans un accident de la circulation.

**2° Civ. - 17 juin 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-67.792. - CA Toulouse, 21 avril 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Adida-Canac, Rap. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Ghestin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1708 (« Action en remboursement des établissements publics : qualité de tiers »).*

N° 1659

#### *Accident de la circulation*

Victime. - Victime autre que le conducteur. - Piéton. - Victime titulaire d'un titre d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égale à 80 %. - Droit à réparation. - Détermination. - Portée.

Il résulte de l'article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 que sont, dans tous les cas, intégralement indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne les victimes âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans ou celles qui, quel que soit leur âge, sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %. Selon cette règle de portée générale, une telle victime dispose, en raison de son âge à la date de l'accident, d'un droit à la réparation intégrale qu'aucune faute personnelle, même inexcusable, ne peut réduire et qui détermine ainsi l'ampleur de sa créance d'indemnisation.

Ce droit est nécessairement compris dans les droits et actions transmis par cette victime, par l'effet de la subrogation légale, au tiers payeur qui a réglé tout ou partie de cette créance à la place du conducteur du véhicule impliqué, tenu à indemnisation, lequel, en conséquence, ne peut opposer au tiers payeur subrogé la faute inexcusable de la victime mineure de seize ans.

**2° Civ. - 17 juin 2010.**

REJET

N° 09-67.530. - CA Versailles, 7 mai 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Bizot, Rap. - M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1708 (« Accident de la circulation : inopposabilité de la faute inexcusable »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3928, p. 26-27, note Alexandre Paulin (« Quelle assiette pour la subrogation ? »).*

N° 1660

#### *Action civile*

Préjudice. - Réparation. - Partage de responsabilité. - Faute de la victime. - Recherche nécessaire.

Encourt la cassation l'arrêt qui écarte tout partage de responsabilité entre l'auteur de meurtres et les victimes au motif qu'il n'apporte pas la preuve d'une provocation ou de

ce que les victimes auraient joué un rôle déterminant dans la réalisation des dommages, sans rechercher si, en volant des marchandises dans un commerce, malgré l'opposition des personnes présentes, les victimes n'ont pas commis une faute qui a concouru à la réalisation de leur propre dommage.

**Crim. - 29 juin 2010.**  
CASSATION

N° 09-87.463. - CA Basse-Terre, 6 octobre 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Palisse, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén.

---

## N° 1661

### 1° Action civile

Préjudice. - Réparation. - Réparation intégrale. - Conjoints. - Conjoint survivant. - Préjudice économique. - Nouveau foyer reconstitué postérieurement à l'accident. - Absence d'influence.

### 2° Accident de la circulation

Indemnisation. - Offre de l'assureur. - Défaut. - Indemnité portant intérêt au double du taux légal. - Condition.

1° La circonstance que le conjoint ou le concubin survivant de la victime d'un accident ait reconstitué un foyer avec une tierce personne n'est pas de nature à dispenser le tiers responsable de réparer entièrement le préjudice qu'il a causé, dès lors que cette circonstance n'est pas la conséquence nécessaire du fait dommageable.

2° Il résulte des articles L. 211-9 et L. 211-13 du code des assurances que l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur doit, en cas de décès de la victime directe, présenter à ses ayants droit, dans un délai maximum de huit mois à compter de l'accident, sauf cause de suspension de ce délai prévue par les articles R. 211-29 et suivants de ce code, une offre d'indemnité comprenant tous les éléments indemnisables du préjudice.

À défaut, le montant de l'indemnité, offerte par l'assureur ou allouée par le juge, produit de plein droit intérêt au double du taux légal à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif.

**Crim. - 29 juin 2010.**  
CASSATION

N° 09-82.462. - CA Chambéry, 18 mars 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Radenne, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Odent, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

---

## N° 1662

### Aide juridictionnelle

Demande. - Demande formulée avant la date de l'audience. - Office du juge. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Commet un excès de pouvoir et viole l'article 25 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridictionnelle et l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le juge qui procède à la vente forcée d'un bien sans s'assurer que le débiteur saisi, qui avait sollicité l'aide juridictionnelle, avait été informé de la décision rendue sur cette demande et du nom de l'avocat désigné à ce titre.

**2° Civ. - 24 juin 2010.**  
CASSATION

N° 08-19.974. - TGI Pointe-à-Pitre, 17 juillet 2008.

M. Loriferne, Pt. - Mme Leroy Gissingner, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

---

## N° 1663

### Appel civil

Recevabilité. - Exclusion. - Cas. - Appel tendant exclusivement à l'octroi de délais de grâce.

Est irrecevable l'appel qui ne tend qu'à l'octroi de délais de grâce.

**2° Civ. - 24 juin 2010.**  
REJET

N° 09-16.069. - CA Paris, 28 avril 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. André, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Lesourd, Av.

---

## N° 1664

### Assurance (règles générales)

Prescription. - Prescription biennale. - Action dérivant du contrat d'assurance. - Assurance-vie. - Renonciation au contrat. - Action en restitution des sommes versées.

L'action en justice engagée par le souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie aux fins d'obtenir la restitution des sommes versées, lorsque l'assureur n'a pas procédé à cette restitution dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre recommandée par laquelle le souscripteur a renoncé au contrat, dérive du contrat d'assurance et se prescrit par deux ans à compter du refus de restitution de l'assureur ou de l'expiration du délai de trente jours imparti par l'article L. 132-5-1 du code des assurances.

**2° Civ. - 24 juin 2010.**  
CASSATION

N° 09-10.920. - CA Paris, 21 octobre 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Grignon Dumoulin, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, M<sup>e</sup> Blanc, Av.

#### Note sous 2° Civ., 24 juin 2010, n° 1664 ci-dessus

L'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 applicable à l'espèce, prévoit que toute personne physique qui a signé une proposition d'assurance ou un contrat d'assurance sur la vie a la faculté d'y renoncer pendant un délai de trente jours à compter du premier versement. En cas de défaut de remise par l'entreprise d'assurance des documents et informations prévus au deuxième alinéa de ce texte, ce délai est toutefois prolongé jusqu'au trentième jour de la remise effective de ces documents. L'assureur est alors tenu de restituer les sommes versées dans les trente jours à compter de la réception de la lettre de renonciation.

En l'absence de remise des documents légaux, certains souscripteurs de contrats d'assurance sur la vie ont ainsi pu exercer une faculté de renonciation bien au-delà du délai de trente jours à compter de leur premier versement, et parfois des années plus tard. Lorsque l'assureur refuse la renonciation et la restitution des sommes versées, le souscripteur est alors obligé d'agir en justice à son encontre. Mais dans quel délai ?

C'est à cette question que répond le présent arrêt. Un souscripteur ayant exercé sa faculté de renonciation mais n'ayant pas obtenu la restitution des fonds, une cour d'appel avait jugé que l'action qu'il avait engagée contre l'assureur en restitution des sommes versées n'était pas soumise à la prescription biennale du droit des assurances, au motif qu'elle ne dérivait pas du contrat d'assurance. Cette solution est censurée par la deuxième chambre civile, qui décide que l'action en restitution des sommes versées dérive du contrat d'assurance et est soumise au délai de prescription biennal prévu par l'article L. 114-1 du code des assurances. En effet,



le contrat ayant été conclu, la sanction du non-respect par l'assureur de son obligation de remise des documents et informations se situe au stade de l'exécution du contrat et dérive de ce contrat.

Sans que le point de départ du délai de renonciation à la date de remise effective des documents, clairement fixé par l'article L. 132-5-1, ne soit aucunement remis en question, il résulte du présent arrêt que le souscripteur qui a renoncé au contrat dispose d'un délai de deux ans pour agir contre l'assureur qui ne restituerait pas les sommes versées. Le point de savoir si ce délai de deux ans a pour point de départ le jour du refus de restitution de l'assureur ou celui de l'expiration du délai de trente jours imparti par l'article L. 132-5-1 du code des assurances n'ayant pas été débattu devant la cour d'appel, l'affaire a été renvoyée devant les juges du fond.

N° 1665

## Avocat

Représentation ou assistance en justice. - Mandat de représentation. - Mandat *ad litem*. - Étendue. - Appréciation souveraine. - Portée.

Le juge du fond apprécie souverainement l'étendue du mandat *ad litem* pour déterminer si l'avocat est tenu de procéder au renouvellement d'une inscription hypothécaire.

1<sup>re</sup> Civ. - 17 juin 2010.  
REJET

N° 09-15.697. - CA Paris, 9 juin 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Jessel, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 1666

## Bail (règles générales)

Résiliation. - Causes. - Manquements aux clauses du bail. - Cession. - Cessions successives. - Effets.

Dès lors qu'elle relève que les dégradations des locaux loués ne pouvaient être imputées au cessionnaire du bail, ayant été constatées avant l'entrée dans les lieux de ce dernier, une cour d'appel en déduit exactement que, si la société cessionnaire était contractuellement tenue des obligations de la société cédante en vertu du contrat de cession de bail, il ne pouvait lui être reproché à faute par le bailleur, pour obtenir la résiliation du bail, les manquements des précédents preneurs.

3<sup>e</sup> Civ. - 30 juin 2010.  
REJET

N° 09-13.754. - CA Caen, 5 février 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Assié, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 38, 23 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1807, p. 10-11, note Emmanuelle Chavance (« Sur les effets d'une cession de droit au bail sur l'imputabilité de manquements commis antérieurement »). Voir également la revue Administrer, n° 435, août-septembre 2010, Sommaires, p. 26, note Danielle Lipman-W. Boccarra, et la revue Loyers et copropriété, n° 9, septembre 2010, commentaire n° 223, p. 17-18, note Emmanuel Chavance (« Sur les effets d'une cession de droit au bail sur l'imputabilité de manquements commis antérieurement »).*

N° 1667

## Bail commercial

Procédure. - Bail révisé ou renouvelé. - Mémoire. - Mémoire préalable. - Contenu. - Demande en fixation du prix. - Copie. - Défaut. - Irrégularité de fond (non).

Le mémoire en fixation du loyer révisé qui ne contient pas de copie de la demande préalable en fixation du prix n'est pas entaché d'une irrégularité de fond.

3<sup>e</sup> Civ. - 16 juin 2010.  
REJET

N° 09-11.565. - CA Nouméa, 6 novembre 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Assié, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Capron, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Administrer, n° 435, août-septembre 2010, Jurisprudence, p. 22-23, note Jehan-Denis Barbier (« Formes du mémoire »). Voir également la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, septembre 2010, p. 2094, note Adeline Cerati-Gauthier (« Irrégularité d'un mémoire »).*

N° 1668

## Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Accords collectifs de location. - Accord collectif du 9 juin 1998. - Obligation du bailleur. - Procédure d'information préalable. - Respect. - Défaut. - Sanction. - Détermination.

Ayant relevé que l'offre de vente ouvrant droit à préemption en application de l'article 10-I de la loi du 31 décembre 1975 avait été adressée au locataire avant la réunion d'information des locataires et l'envoi de la lettre de confirmation constituant le point de départ du délai de trois mois à respecter avant l'envoi de cette offre, la cour d'appel en a exactement déduit que le non-respect de ces dispositions d'ordre public figurant dans l'accord collectif du 9 juin 1998 relatif à la vente d'un immeuble de plus de dix logements entraînait la nullité de l'offre de vente, du congé pour vendre et, en conséquence, de la vente consentie à un tiers.

3<sup>e</sup> Civ. - 23 juin 2010.  
REJET

N° 09-13.153 et 09-13.327. - CA Paris, 29 janvier 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Rouzet, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Haas, SCP Didier et Pinet, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit immobilier, p. 1708, note Yves Rouquet (« Vente à la découpe : annulation pour défaut d'information préalable des locataires »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 9, septembre 2010, commentaire n° 218, p. 15-16, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Congé collectif de vente : sanctions du non-respect de l'accord collectif de location »).*

N° 1669

## Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Congé. - Congé donné au bailleur. - Préavis. - Délai de trois mois. - Réduction. - Domaine d'application.

Le fait que le locataire ne se prévale pas dans son congé du droit de bénéficier du délai de préavis réduit que lui reconnaît l'article 15-I de la loi d'ordre public du 6 juillet 1989 ne le prive pas de ce droit.

**3<sup>e</sup> Civ. - 30 juin 2010.**  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 09-16.244. - CA Caen, 23 octobre 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Odent, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 28, 29 juillet 2010, Actualité/droit immobilier, p. 1788, note Yves Rouquet (« Bail d'habitation et bail commercial : préavis réduit et commandement imprécis »).*

N° **1670**

## *Bail rural*

Bail à ferme. - Prix. - Fixation. - Arrêté préfectoral. - Mise en conformité. - Conditions. - Caractère transitoire du montant du fermage. - Mention. - Défaut. - Effet.

Justifie légalement sa décision de rejeter une demande d'expertise afin de déterminer, en application des arrêtés préfectoraux, le montant des fermages depuis l'origine du bail une cour d'appel qui relève souverainement que ce bail ne mentionne aucunement que le montant du fermage était fixé de manière transitoire dans l'attente des arrêtés préfectoraux, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à la mise en œuvre de l'action en révision de l'article L. 411-13 du code rural, ce texte n'étant pas applicable dans le département de la Guadeloupe.

**3<sup>e</sup> Civ. - 30 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-15.759. - CA Basse-Terre, 2 mars 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Philippot, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **1671**

## *Bail rural*

Bail à ferme. - Sortie de ferme. - Article L. 411-74 du code rural. - Indemnités au bailleur ou au preneur sortant. - Action en répétition. - Créance d'indu née avant le règlement judiciaire. - Production. - Défaut. - Effet. - Portée.

Le principe de l'unicité du patrimoine soumettant l'ensemble des patrimoines des débiteurs à la procédure collective, la créance invoquée sur le fondement de l'article L. 411-74 du code rural, dont le fait générateur est antérieur au jugement ouvrant la procédure de règlement judiciaire, doit, en application de l'article 41 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, être produite à la procédure collective, peu important que son paiement ne pût être exigé qu'en exécution d'un jugement postérieur à l'ouverture de cette procédure collective.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-16.115. - CA Amiens, 4 juin 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Philippot, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, M<sup>e</sup> Luc-Thaler, SCP Potier de la Varde et Buk Lament, Av.

N° **1672**

## *Bail rural*

Statut du fermage et du métayage. - Bail à long terme. - Conversion d'un bail à ferme de neuf ans. - Refus d'une des propositions du bailleur. - Sanction du preneur. - Exclusion. - Cas.

Les conditions d'application de la sanction prévue par l'article L. 416-2 du code rural ne sont pas réunies lorsque le refus des preneurs porte non pas sur la conversion du bail de neuf ans en bail à long terme, mais sur la décision des bailleurs de leur faire supporter les frais d'établissement d'un tel acte.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-16.057. - CA Douai, 7 mai 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Philippot, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Rocheteau et Uzan Sarano, Av.

N° **1673**

## *Cassation*

Mémoire. - Signification. - Signification au défendeur au pourvoi. - Inobservation. - Déchéance. - Cas. - Défaut de signification au procureur général près la cour d'appel.

Encourt la déchéance de son pourvoi la partie demanderesse qui, dans une instance de nationalité l'opposant à un procureur général près une cour d'appel, fait signifier son mémoire ampliatif dans la forme des significations entre avocats au procureur général près la Cour de cassation, selon un acte énonçant que ce dernier agissait « pour le compte du procureur général près la cour d'appel », sans signifier le mémoire à celui-ci.

**1<sup>er</sup> Civ. - 23 juin 2010.**  
*DÉCHÉANCE*

N° 09-11.325. - CA Amiens, 25 octobre 2007.

M. Charruault, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, Av.

N° **1674**

## *Cassation*

Pourvoi. - Pourvoi devenu sans objet. - Non-lieu à statuer. - Cas. - Abrogation de la disposition appliquée à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Est devenu sans objet le pourvoi en cassation d'un condamné contre un arrêt ayant rejeté sa requête en relèvement d'incapacités résultant de plein droit, en application de l'article L. 7 du code électoral, de la condamnation, dès lors qu'à la suite de la question prioritaire de constitutionnalité formée par le demandeur au pourvoi, le Conseil constitutionnel, par décision en date du 11 juin 2010, publiée au *Journal officiel* du 12 juin 2010, a déclaré ledit article contraire à la Constitution et dit que son abrogation permet aux intéressés de demander, à compter du jour de la publication de cette décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale.

**Crim. - 23 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-86.425. - CA Aix-en-Provence, 15 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Foulquié, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Ortscheidt, Av.



N° 1675

## 1° Cautionnement

Conditions de validité. - Acte de cautionnement. - Proportionnalité de l'engagement (article L. 341-4 du code de la consommation). - Domaine d'application. - Cautionnement conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003.

## 2° Cautionnement

Conditions de validité. - Acte de cautionnement. - Proportionnalité de l'engagement (article L. 341-4 du code de la consommation). - Sanction. - Détermination.

1° L'article L. 341-4 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, est applicable à tout cautionnement conclu postérieurement à son entrée en vigueur par une personne physique envers un créancier professionnel.

2° Selon l'article L. 341-4 du code de la consommation, la sanction du caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution est l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir de cet engagement.

Il en résulte que cette sanction, qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion.

**Com. - 22 juin 2010.**

REJET

N° 09-67.814. - CA Pau, 30 avril 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Riffault Silk, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 26, 28 juin 2010, Jurisprudence, n° 727, p. 1345 (« Caractère manifestement disproportionné de l'engagement d'un gérant caution »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 29, 22 juillet 2010, Jurisprudence, n° 1678, p. 37-38, note Dominique Legeais (« Engagement de caution disproportionné souscrit par un gérant de société »), le Recueil Dalloz, n° 26, 8 juillet 2010, Actualité/droit des affaires, p. 1620, note Valérie Avena-Robardet (« Sanction du cautionnement disproportionné »), et cette même revue, n° 30, 9 septembre 2010, Études et commentaires, p. 1985 à 1988, note Dimitri Houtcieff (« Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant »), la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3921, p. 12-13, note Cécile Le Gallou (« Le créancier sera privé de cautionnement ! »), et cette même revue, Actualités, n° 3933, p. 36, note Gaëlle Marraud des Grottes (« Pas de demi-mesure pour la sanction de la disproportion d'un cautionnement »).*

N° 1676

## Chambre de l'instruction

Procédure. - Débats. - Publicité. - Détention provisoire. - Personne mise en examen majeure. - Opposition à la publicité de l'audience. - Débats sur la demande d'opposition. - Modalités. - Détermination.

Il se déduit de l'article 199, alinéa 2, du code de procédure pénale qu'en matière de détention provisoire, si la personne mise en examen est majeure, le ministère public ainsi que les parties et leurs avocats peuvent s'opposer, jusqu'à l'ouverture des débats, à la publicité de l'audience et qu'en ce cas les débats concernant la demande d'opposition se déroulent en chambre du conseil.

**Crim. - 22 juin 2010.**

REJET

N° 10-82.422. - CA Lyon, 23 février 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Finidori, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 1677

## Chasse

Associations communales et intercommunales de chasses agréées. - Membres. - Titulaire du permis de chasser validé et domicilié dans la commune. - Sanctions statutaires. - Application. - Conditions. - Détermination.

Le titulaire d'un permis de chasser validé et domicilié dans la commune étant, par le seul effet des dispositions impératives de la loi, membre de droit de l'association communale de chasse agréée (ACCA) locale et soumis aux statuts et au règlement de celle-ci, viole l'article L. 422-21 I 1° du code de l'environnement le tribunal qui déclare irrecevable la demande formée à son encontre de condamnation à des sanctions statutaires, en retenant qu'en ne retirant pas sa carte d'adhérent et en ne payant pas ses nouvelles cotisations à l'issue d'une saison de chasse, il n'était plus membre de l'ACCA.

**3° Civ. - 16 juin 2010.**

CASSATION

N° 09-14.365. - TI Rennes, 15 janvier 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Le Bret-Desaché, Av.

N° 1678

## 1° Commissionnaire

Définition. - Différence avec l'agent commercial.

## 2° Agent commercial

Statut légal. - Exclusion. - Cas. - Clientèle propre. - Portée.

## 3° Agent commercial

Statut légal. - Exclusion. - Cas. - Commerçant. - Détermination.

1° Il résulte des articles L. 132-1 et L. 134-1 du code de commerce que, si le commissionnaire et l'agent commercial agissent l'un comme l'autre pour le compte d'un cocontractant, en revanche, le premier agit en son propre nom, alors que le second n'agit qu'en représentation de son mandant.

Dès lors, encourt la cassation, pour défaut de base légale, un arrêt d'une cour d'appel qui condamne une société à payer à une autre une indemnité de cessation de contrat, en raison de la qualité d'agent commercial de la seconde, sans rechercher laquelle des deux sociétés avait la qualité juridique de vendeur.

2° L'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre.

Dès lors, encourt la cassation, pour ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations au regard des articles L. 132-1 et L. 134-1 du code de commerce, un arrêt d'une cour d'appel qui condamne une société à payer à une autre une indemnité de cessation de contrat, après avoir constaté qu'une clientèle propre était attachée à la société bénéficiaire de l'indemnité litigieuse.

3° L'agent commercial, qui ne peut être titulaire d'un fonds de commerce, n'a pas la qualité de commerçant. La circonstance qu'une société soit titulaire du droit au bail commercial dont elle procède à la cession constitue un élément essentiel pour déterminer si cette société a la qualité de commerçant qu'un agent commercial ne peut posséder.

Dès lors, encourt la cassation, pour violation des articles L. 132-1 et L. 134-1 du code de commerce, une cour d'appel qui tient cette circonstance comme non essentielle.

**Com. - 29 juin 2010.**  
CASSATION

N° 09-66.773. - CA Paris, 9 avril 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Laporte, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit des affaires, p. 1703, note Éric Chevrier (« Non, la commission-affiliation n'est pas encore morte ! »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 30-33, 29 juillet 2010, Jurisprudence, n° 1694, p. 35 à 37, note Nicolas Dissaux (« Affaire Chattawak : le bras de fer se durcit ! »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 36, 6 septembre 2010, Jurisprudence, n° 876, p. 1626 à 1629, note Cyril Grimaldi (« La commission-affiliation en quête d'une reconnaissance »).*

N° 1679

## Communauté européenne

Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000. - Procédures d'insolvabilité. - Article 4. - Loi de l'État d'ouverture applicable à la production des créances. - Qualité pour déclarer en France une créance. - Organes légaux ou préposé délégué. - Délégation sans pouvoir d'agir ou de déclarer. - Effet.

4°  
• Aux termes de l'article 4 § 2 (h) du Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité, et notamment les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances.

Il en résulte que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte en France, la déclaration de créance, faite à titre personnel, par une personne morale, si elle n'émane pas des organes habilités par la loi à la représenter, peut encore être effectuée par tout préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, émanant d'un des organes précités ou d'un préposé ayant lui-même reçu d'un organe habilité le pouvoir de déclarer les créances ainsi que la faculté de le subdéléguer.

En conséquence, après avoir retenu que la délégation de pouvoirs dont était investi le préposé de la personne morale créancière de droit néerlandais qui avait déclaré la créance ne comportait pas celui d'agir en justice au nom de cette société ou de déclarer les créances, une cour d'appel en déduit exactement que la déclaration de créance au passif de la société débitrice dont le redressement judiciaire avait été ouvert en France est irrégulière.

**Com. - 22 juin 2010.**  
REJET

N° 09-65.481. - CA Lyon, 22 janvier 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Bélaval, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Bénabent, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit des affaires, p. 1702 (« Procédures d'insolvabilité : délégation du pouvoir de déclarer les créances »).*

N° 1680

## Conflit de lois

Succession. - Successions immobilières. - Loi applicable. - Loi du lieu de situation des immeubles. - Exception. - Renvoi opéré par la loi de situation de l'immeuble assurant l'unité successorale mobilière et immobilière. - Portée.

Ayant retenu que les juridictions françaises étaient compétentes pour connaître partiellement des opérations de liquidation et partage de la succession, tant mobilière en vertu de l'article 14 du code civil qu'immobilière en raison de la situation d'un immeuble en France, une cour d'appel qui constate que la loi applicable auxdites opérations relatives aux meubles et à l'immeuble situés en Espagne renvoyait à la loi française, loi nationale du défunt, en déduit exactement que les juridictions françaises étaient, par l'effet de ce renvoi, compétentes pour régler l'ensemble de la succession, à l'exception des opérations juridiques et matérielles découlant de la loi réelle de situation de l'immeuble en Espagne.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**  
REJET

N° 09-11.901. - CA Montpellier, 25 novembre 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Monéger, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 5 juillet 2010, Jurisprudence, n° 748, p. 1390, note Étienne Cornut (« Le renvoi fonctionnel en matière de succession immobilière internationale. Acte 2 : l'unité du for et du jus »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1708 (« Succession internationale : détermination du juge compétent »), la revue Actualité juridique famille, n° 9, septembre 2010, Jurisprudence, p. 401-402, note Alexandre Boiché (« En matière successorale, le renvoi à la loi française permet aux juridictions françaises de retenir leur compétence »), et la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3946, p. 53-54, note Élodie Pouliquen (« Succession internationale : quel est le tribunal compétent ? »).*

N° 1681

## Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Conditions. - Faute du salarié. - Définition. - Manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur. - Cas. - Exclusion. - Faits commis dans l'exercice d'un mandat représentatif.

Une sanction disciplinaire ne peut être prononcée qu'en raison de faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur.

Dès lors, viole les articles L. 1333-2 et L. 2314-4 du code du travail une cour d'appel qui refuse d'annuler les sanctions litigieuses alors que le retard reproché aux salariés concernait l'exercice de leurs mandats représentatifs.

**Soc. - 30 juin 2010.**  
CASSATION PARTIELLEMENT SANS RENVOI

N° 09-66.792 et 09-66.793. - CA Riom, 31 mars 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - Mme Zientara, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue pratique de droit social, n° 784, août 2010, Actualité juridique, sommaire n° 82, p. 257. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 792, p. 713-714.

N° 1682

## Contrat de travail, rupture

Clause de non-concurrence. - Validité. - Conditions. - Contrepartie financière. - Nature. - Détermination. - Portée.

La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence, ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaires, ouvre droit à congés payés.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui retient, pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité de congés payés calculée sur la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence, que seul le travail effectif ouvre droit à congés payés et que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence versée par l'ancien employeur pour une période non travaillée ne peut dès lors donner lieu à une indemnité de congés payés.

**Soc. - 23 juin 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 08-70.233. - CA Toulouse, 5 septembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 754, p. 689.

N° 1683

## Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Licenciement disciplinaire. - Faute du salarié. - Appréciation. - Pièce nécessaire. - Remise. - Office du juge.

Lorsque le parquet détient une pièce nécessaire à l'appréciation d'une faute reprochée au salarié licencié, il appartient au juge prud'homal qui constate que cette pièce est indispensable pour trancher le litige qui lui est soumis de prendre les mesures utiles pour se la faire remettre.

Dès lors, méconnaît son office une cour d'appel qui, pour juger dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé pour faute grave d'un éducateur auquel était reproché d'avoir réalisé un film indécent « transgressant les règles éducatives », retient que l'employeur n'a pas versé ce film aux débats, alors qu'elle avait constaté que cette pièce était restée en possession du parquet.

**Soc. - 23 juin 2010.**

CASSATION

N° 08-45.604. - CA Bastia, 29 octobre 2008.

Mme Mazars, Pt (f.f.). - M. Becuwe, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 802, p. 718.

N° 1684

## Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Nullité. - Effets. - Indemnité compensatrice de préavis. - Paiement. - Exclusion. - Cas. - Requalification d'une mise à la retraite en licenciement nul. - Condition.

Si, en cas de nullité du licenciement, le salarié a droit, en principe, au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, la requalification de la mise à la retraite en licenciement nul n'ouvre toutefois pas droit au paiement d'une telle indemnité lorsque la rupture du contrat a été précédée d'un délai de préavis d'une durée au moins égale à celle du préavis de licenciement.

En l'espèce, la cour d'appel ne pouvait allouer au salarié une indemnité compensatrice de préavis pour licenciement d'une durée égale à celle du préavis déjà effectué dans le cadre de la mise à la retraite.

**Soc. - 30 juin 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-41.349. - CA Paris, 21 janvier 2009.

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

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 28, 29 juillet 2010, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 1794, note L. Perrin (« Requalification de la mise à la retraite en licenciement nul »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 748, p. 686.

N° 1685

## Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Salarié protégé. - Mesures spéciales. - Inobservations. - Dommages-intérêts. - Cumul avec d'autres indemnités. - Conditions. - Indemnité n'ayant pas le même objet. - Exclusion. - Cas.

Un salarié ne peut obtenir deux fois réparation d'un même préjudice. Il en résulte que le salarié licencié à la fois sans autorisation administrative, alors que celle-ci était nécessaire, et en méconnaissance des règles applicables aux victimes d'accidents du travail ne peut cumuler l'indemnité due en application de l'article L. 1226-15 du code du travail et celle réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, en toute hypothèse au moins égale à l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du même code. Il ne peut obtenir que l'indemnité la plus élevée.

**Soc. - 30 juin 2010.**

REJET

N° 09-40.347. - CA Versailles, 4 décembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Agostini, Rap. - Mme Zientara, Av. Gén. - SCP Lyon Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue pratique de droit social, n° 784, août 2010, Actualité juridique, sommaire n° 85, p. 258-259, note Laurent Millet. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 795, p. 714-715.

**Note sous Soc., 30 juin 2010,  
commune aux n° 1684 et n° 1685 ci-dessus**

Ces deux arrêts tranchent la question que pose, dans deux cas différents, le cumul d'indemnités sollicité par le salarié.

I. - Dans la première espèce, le salarié, demandeur au pourvoi, victime d'un accident du travail, avait été licencié pour inaptitude avant l'expiration du délai de six mois suivant la fin de son mandat

de délégué du personnel, sans autorisation de l'inspecteur du travail et sans qu'un reclassement ait été envisagé. L'arrêt attaqué avait jugé le licenciement nul et lui avait alloué, outre une somme au titre du non-respect de la procédure de licenciement, une somme au titre de la violation de son statut protecteur de délégué du personnel et une somme pour défaut de reclassement sur le fondement de l'article L. 1226-15 du code du travail. Il avait en revanche rejeté sa demande d'indemnité au titre du licenciement nul, considérant que le préjudice invoqué était déjà réparé. La chambre approuve la solution de la cour d'appel, en rappelant qu'un salarié ne peut obtenir deux fois réparation d'un même préjudice et que, lorsque deux indemnités ont le même objet, l'intéressé ne peut prétendre qu'à l'indemnité plus élevée. L'arrêt rendu fournit par là même l'occasion de juger qu'ont le même objet :

- l'indemnité due en application de l'article L. 1226-15 du code du travail, à savoir l'indemnité qui ne peut être inférieure à douze mois de salaire et qui est accordée au salarié licencié en méconnaissance des dispositions relatives au salarié déclaré inapte et qui n'est pas réintégré ;

- et l'indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, en toute hypothèse au moins égale à l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9 du même code, accordée au salarié protégé qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail rompu sans autorisation administrative (Soc., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 219 ; 16 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 96 ; 27 mai 2008, pourvoi n° 06-44.641 ; 21 octobre 2009, pourvoi n° 08-41.764 ; 16 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.541).

L'arrêt permet de préciser que la règle affirmée par la chambre selon laquelle « *le salarié bénéficiaire de la protection accordée à la fois aux représentants du personnel et aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle a droit à la réparation du préjudice résultant de l'inobservation par l'employeur des règles protectrices qui lui sont applicables à ce double titre* » ne saurait entraîner un cumul d'indemnités ayant le même objet (Soc., 7 juin 1995, *Bull.* 1995, V, n° 185 ; 19 septembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 130).

Il. - La seconde espèce concerne un salarié mis à la retraite avec respect d'un préavis en application des dispositions de l'article L. 1237-6 du code du travail. La durée de six mois de ce préavis est fixée par la convention collective en vigueur dans l'entreprise. La cour d'appel a jugé que cette mise à la retraite devait produire les effets d'un licenciement nul, en raison de l'existence du harcèlement moral subi par le salarié. Tirant les conséquences de cette nullité, cette juridiction a considéré que le salarié pouvait bénéficier de l'indemnité compensatrice de préavis normalement due en cas de licenciement frappé de nullité. La chambre casse l'arrêt et affirme, pour la première fois, que si, en cas de nullité du licenciement, le salarié a droit, en principe, au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, la requalification de la mise à la retraite en licenciement nul n'ouvre toutefois pas droit au paiement d'une telle indemnité lorsque la rupture du contrat a été précédée d'un délai de préavis d'une durée au moins égale à celle du préavis de licenciement. Cette solution s'oppose au cumul d'indemnités est justifiée par l'absence de préjudice subi par le salarié, dès lors qu'il a déjà bénéficié d'un préavis dans le cadre de la mise à la retraite initiale, en l'espèce, d'une même durée que le préavis de licenciement.

N° 1686

## 1<sup>o</sup> Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Effets. - Rupture du contrat au jour de la prise d'acte. - Portée. - Applications diverses. - Licenciement économique prononcé postérieurement. - Validité (non).

## 2<sup>o</sup> Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Effets. - Rupture du contrat au jour de la prise d'acte. - Portée. - Applications diverses. - Rétractation. - Possibilité (non).

## 3<sup>o</sup> Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Cause. - Manquements reprochés à l'employeur. - Gravité. - Gravité suffisante. - Office du juge.

1<sup>o</sup> La prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur entraîne la rupture immédiate du contrat de travail, même si une procédure collective a été ouverte concomitamment à l'égard de l'employeur.

Il s'ensuit que le licenciement pour motif économique prononcé postérieurement par le mandataire liquidateur est non avenu.

2<sup>o</sup> La prise d'acte ne peut être rétractée, de sorte que le moyen qui invoque la renonciation par le salarié à sa prise d'acte du fait de son acceptation postérieure d'une convention de reclassement personnalisé est inopérant.

3<sup>o</sup> La cour d'appel qui retient la gravité du comportement de l'employeur ayant conduit le salarié à prendre acte de la rupture n'a pas à rechercher si cet employeur était fautif pour ne pas s'être déclaré plus rapidement en état de cessation des paiements.

**Soc. - 30 juin 2010.**

*REJET*

N° 09-41.456. - CA Douai, 30 janvier 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Blatman, Rap. - Mme Zientara, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 730, p. 671-672.*

N° 1687

## Contrats et obligations conventionnelles

Nullité. - Exception de nullité. - Mise en œuvre. - Condition.

Une cour d'appel qui retient qu'une convention d'exercice libéral conclue entre une société anonyme et un médecin est entachée de nullité, que le délai de prescription de l'action est expiré et que le contrat a été exécuté en déduit à bon droit que cette nullité ne peut pas non plus être invoquée par voie d'exception.

**1<sup>re</sup> Civ. - 17 juin 2010.**

*REJET*

N° 09-14.470. - CA Riom, 18 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Laugier et Caston, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 26, 8 juillet 2010, Actualité/droit des affaires, p. 1623 (« Convention avec la société : exception de nullité »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3923, p. 15, note Cécile Le Gallou (« Contrat nul, mais exécuté ! »). et la revue Droit des sociétés, n° 10, octobre 2010, commentaire n° 181, p. 20 à 22, note Myriam Roussille (« Convention réglementée et exception de nullité »).*



N° 1688

## Contrats et obligations conventionnelles

Résolution. - Résolution judiciaire. - Exécution. - Restitution de la chose vendue. - Impossibilité matérielle. - Portée.

L'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation de restitution en nature de la chose vendue ne met pas obstacle à l'exécution d'une décision de justice ordonnant la résolution de la vente.

**2<sup>e</sup> Civ. - 24 juin 2010.**

CASSATION

N° 09-15.710. - CA Aix-en-Provence, 10 avril 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Alt, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Boutet, M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 1689

## Convention européenne des droits de l'homme

Article 5. - Droit à la liberté et à la sûreté. - Privation. - Cas. - Détention. - Détention d'un aliéné. - Régularité. - Défaut. - Effet.

Viola les articles 5 § 1 et 5 § 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 1382 du code civil, la cour d'appel qui, pour limiter le montant des dommages-intérêts dus à une personne hospitalisée d'office en exécution d'arrêtés préfectoraux, retient que, nonobstant les irrégularités formelles de ces décisions, son placement était justifié par son état pathologique préalable, alors que l'intéressé pouvait prétendre à l'indemnisation de l'entier préjudice né de l'atteinte portée à sa liberté par son hospitalisation d'office irrégulièrement ordonnée.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-66.026. - CA Paris, 3 février 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bobin-Bertrand, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Ricard, SCP Ancel et Couturier Heller, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 5 juillet 2010, Jurisprudence, n° 750, p. 1391 (« Demande d'indemnisation suite à l'annulation de décisions d'hospitalisation d'office »).*

N° 1690

## Copropriété

Parties communes. - Charges. - Répartition. - Services collectifs et éléments d'équipement commun. - Ascenseur. - Répartition en fonction de l'utilité. - Recherche nécessaire.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui déclare conforme aux dispositions de l'article 10, alinéa premier, de la loi du 10 juillet 1965 la clause d'un règlement de copropriété qui prévoit une répartition des charges de réparation et d'entretien de l'ascenseur par les copropriétaires des étages au prorata de leurs droits dans les parties communes de l'immeuble, sans rechercher si cette répartition est conforme à l'utilité que cet élément d'équipement présente pour chaque lot.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

CASSATION

N° 09-67.529. - CA Aix-en-Provence, 10 avril 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit immobilier, p. 1709 (« Entretien de l'ascenseur : participation des copropriétaires »).*

N° 1691

## Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Demande. - Moment. - Portée.

Est irrecevable la demande de prestation compensatoire formée après que la cour d'appel a été dessaisie par l'effet du prononcé du divorce.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

REJET

N° 09-13.812. - CA Aix-en-Provence, 20 mai 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Auroy, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Bénabent, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 5 juillet 2010, Jurisprudence, n° 749, p. 1390-1391, note Hubert Bosse-Platière (« Enrichissement sans cause et prestation compensatoire : la fin d'une collaboration ? »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 9, septembre 2010, commentaire n° 127, p. 33-34, note Virginie Larribau-Terneyre (« L'obligation de statuer par la même décision sur le divorce et la disparité à nouveau sur la sellette »), la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3939, p. 46, note Élodie Pouliquen (« Prestation compensatoire : il faut la demander au bon moment »), et la revue Actualité juridique famille, n° 9, septembre 2010, Jurisprudence, p. 396, note Stéphane David (« L'existence de la prestation compensatoire neutralise l'action de in rem verso »).*

N° 1692

## Élections professionnelles

Entreprises du secteur public. - Conseil d'administration. - Représentants des salariés. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Vote par correspondance. - Utilisation de codes-barres. - Validité. - Condition.

Doit être validé le protocole préélectoral signé pour l'élection des représentants des salariés au conseil d'administration de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) prévoyant un dépouillement électronique des votes par correspondance dès lors, d'abord, que le protocole préélectoral faisait expressément référence, pour fixer les conditions du dépouillement électronique du vote par correspondance, aux modalités prévues par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 et par le décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 relatif au vote par voie électronique et, ensuite, que le tribunal a relevé que ces conditions, mettant en œuvre, sous la responsabilité d'un intervenant extérieur, un système de dépouillement par lecture optique de codes-barres figurant sur les enveloppes de vote après attribution aléatoire par un prestataire extérieur, étaient de nature à assurer l'identification des électeurs ainsi que la sincérité et le secret de ce vote et qu'elles apportaient, malgré l'absence d'enveloppe électorale opaque et de signature de cette enveloppe par l'électeur, des garanties équivalentes aux modalités prévues par le décret n° 83-1160 du 26 décembre 1983 et conformes aux principes généraux du droit électoral.

**Soc. - 23 juin 2010.**

REJET

N° 09-60.335 et 09-60.433. - TI Paris 12, 5 juin et 29 septembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 38, 21 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1364, p. 8 à 12, note Franck Petit (« L'identification de l'électeur par un code-barre »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 796, p. 715-716.*

---

## N° 1693

### *Enquêteur social*

Liste de la cour d'appel. - Inscription. - Assemblée générale des magistrats du siège. - Décision. - Refus. - Motivation. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Méconnaît les exigences des articles 2 et 8 du décret n° 2009-285 du 12 mars 2009 l'assemblée générale des magistrats du siège d'une cour d'appel qui refuse, au visa de l'article 2-2° de ce texte, l'inscription d'un candidat sur la liste des enquêteurs sociaux au seul motif qu'il exerce les fonctions de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, sans exposer en quoi ces fonctions porteraient atteinte à l'indépendance d'un enquêteur social.

**2<sup>e</sup> Civ. - 24 juin 2010.**

*ANNULATION PARTIELLE*

N° 10-60.111. - CA Aix-en-Provence, 2 décembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - Mme Leroy-Gissing, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén.

---

## N° 1694

### *Enquêteur social*

Liste de la cour d'appel. - Inscription. - Assemblée générale des magistrats du siège. - Décision. - Refus. - Motivation. - Motif d'ordre général. - Portée.

Méconnaît les exigences de l'article 8 du décret n° 2009-285 du 12 mars 2009 l'assemblée générale des magistrats du siège d'une cour d'appel qui, pour refuser l'inscription d'un candidat sur la liste des enquêteurs sociaux, retient, par un motif d'ordre général, que l'intéressé ne remplit pas les conditions de l'article 2-2° de ce texte.

**2<sup>e</sup> Civ. - 24 juin 2010.**

*ANNULATION PARTIELLE*

N° 10-60.016. - CA Nancy, 6 novembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Sommer, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén.

---

## N° 1695

### *Enquêteur social*

Liste de la cour d'appel. - Réinscription. - Assemblée générale des magistrats du siège. - Décision. - Refus. - Motivation. - Contrôle. - Étendue. - Détermination. - Portée.

L'appréciation tant des qualités professionnelles du candidat à l'inscription sur la liste des enquêteurs sociaux prévue par le décret n° 2009-285 du 12 mars 2009 que de l'opportunité d'inscrire une personne sur cette liste échappe, sauf erreur manifeste d'appréciation, au contrôle de la Cour de cassation, statuant sur le recours d'une décision de refus d'inscription.

**2<sup>e</sup> Civ. - 24 juin 2010.**

*REJET*

N° 10-60.109. - CA Aix-en-Provence, 2 décembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - Mme Leroy-Gissing, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén.

---

## N° 1696

### *Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)*

Liquidation judiciaire. - Jugement. - Créanciers postérieurs. - Régime de faveur. - Domaine d'application. - Créance née pour les besoins du déroulement de la procédure. - Cas. - Créances indemnitaires résultant de la rupture du contrat de travail.

Les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, pour les besoins du déroulement de la procédure, relèvent notamment du privilège institué par l'article L. 641-13-I du code de commerce dans sa rédaction applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2006-845 du 26 juillet 2005, remplaçant l'ancien article L. 621-32 du même code.

La cour d'appel, qui a retenu que le licenciement avait été prononcé par le liquidateur conformément à ses obligations dans le cadre de la procédure collective en cours, en a exactement déduit que les créances indemnitaires résultant de la rupture du contrat de travail relevaient de l'article L. 641-13-I précité, peu important que l'activité ait cessé immédiatement.

**Soc. - 16 juin 2010.**

*REJET*

N° 08-19.351. - CA Versailles, 12 juin 2008.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Guyon-Renard, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, M<sup>e</sup> Blanc, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 25, 1<sup>er</sup> juillet 2010, Actualité/droit des affaires, p. 1550, note Alain Lienhard (« Privilège de procédure : licenciement après liquidation judiciaire »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 766, p. 696.*

---

## N° 1697

### *Expropriation pour cause d'utilité publique*

Indemnité. - Appel. - Mémoire. - Dépôt et notification. - Mémoire de l'appelant. - Signature. - Signature émanant d'un parent. - Pouvoir écrit. - Régularisation. - Régularisation postérieure à l'expiration du délai de deux mois prévu à peine de déchéance. - Effet.

L'irrégularité de fond affectant la validité d'un acte de procédure ne pouvant être couverte après l'expiration du délai d'action ou du délai de recours, c'est à bon droit qu'une cour d'appel déclare un appelant déchu de son appel contre un jugement du juge de l'expropriation, après avoir relevé que le dépôt du pouvoir écrit donné à son père, signataire du mémoire d'appel, ainsi que le dépôt de son nouveau mémoire signé par lui étaient intervenus postérieurement à l'expiration du délai de deux mois prévu à peine de déchéance par l'article R. 13-49 du code de l'expropriation.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

*REJET*

N° 09-15.366. - CA Chambéry, 29 avril 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Cachelot, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, SCP Peignot et Garreau, Av.



N° 1698

## Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Fixation. - Procédure. - Commissaire du gouvernement. - Qualité de partie à l'instance. - Portée.

Le commissaire du gouvernement, qui, aux termes de l'article R. 13-7 du code de l'expropriation, exerce sa mission dans le respect de la contradiction guidant le procès civil, est une partie à l'instance, et les modifications apportées par le décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 au code de l'expropriation et par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 à l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales sont de nature à assurer l'égalité des armes entre les parties.

Dès lors, les dispositions des articles R 13-47 et R. 13-49 du code de l'expropriation, qui autorisent le commissaire du gouvernement à interjeter appel principal et appel incident dans les instances relatives à la fixation des indemnités, ne sont contraires ni à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni à celles des articles R. 13-7 et R. 13-32 du code de l'expropriation.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

REJET

N° 09-13.516. - CA Besançon, 29 janvier 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Cachelot, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M<sup>e</sup> Blondel, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit immobilier, p. 1710 (« Appel interjeté par le commissaire du gouvernement »).*

N° 1699

## Filiation

Filiation adoptive. - Adoption plénière. - Conditions. - Déclaration judiciaire d'abandon de l'enfant. - Désintéret manifeste des parents. - Exclusion. - Cas. - Grande détresse des parents. - Appréciation souveraine.

La grande détresse des parents relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

REJET

N° 09-15.129. - CA Bourges, 16 avril 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Chaillou, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3942, p. 48-49, note Élodie Pouliquen (« Abandon d'enfant : une appréciation souveraine des juges du fond »).*

N° 1700

## Filiation

Filiation adoptive. - Adoption simple. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel retient que l'institution de l'adoption n'a pas vocation à créer un lien de filiation entre deux ex-époux.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

REJET

N° 09-66.782. - CA Lyon, 27 août 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Ricard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique famille, n° 9, septembre 2010, Jurisprudence, p. 392-393, note François Chénéde (« Refus de l'adoption simple entre ex-époux »).*

N° 1701

## Garde à vue

Matière criminelle. - Interrogatoires simultanés. - Enregistrement audiovisuel. - Impossibilité. - Information du procureur de la République. - Défaut. - Sanction.

Il résulte de l'article 64-1 du code de procédure pénale que les interrogatoires des personnes placées en garde à vue pour crime doivent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel et, lorsque le nombre des personnes devant être simultanément entendues fait obstacle à l'enregistrement de tous les interrogatoires, l'officier de police judiciaire doit en référer sans délai au procureur de la République, qui désigne, au regard des nécessités de l'enquête, la ou les personnes dont les interrogatoires ne seront pas enregistrés. L'omission de ces prescriptions porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée.

Encourt dès lors la censure la chambre de l'instruction qui, pour écarter l'exception de nullité tirée de ce que l'officier de police judiciaire, qui ne disposait que d'une seule caméra à la brigade de gendarmerie, a procédé à l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires d'une seule des deux personnes gardées à vue pour des faits de viols, sans en référer au procureur de la République, retient que le demandeur ne démontre pas en quoi cette méconnaissance des prescriptions de l'article 64-1 du code de procédure pénale aurait porté atteinte à ses intérêts.

**Crim. - 22 juin 2010.**

REJET ET CASSATION PARTIELLE

N° 10-81.275. - CA Papeete, 19 janvier 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Beauvais, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, Av.

N° 1702

## Habitation à loyer modéré

Bail. - Prix. - Sommes indûment perçues. - Action en répétition. - Prescription triennale.

En application des articles 63 et 68 de la loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> septembre 1948, ensemble les articles L. 442-6 et L. 442-10 du code de la construction et de l'habitation, toutes les sommes indûment perçues par le bailleur au titre d'une habitation à loyer modéré sont sujettes à répétition et soumises à la prescription abrégée de trois ans.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 juin 2010.**

CASSATION

N° 09-70.354. - TI Saint-Germain-en-Laye, 29 mai 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Richard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 9, septembre 2010, commentaire n° 219, p. 16, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Prescription des actions en répétition des sommes indues : domaine de la prescription triennale »).*

*Voir également la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, septembre 2010, p. 2106 à 2109, note Camille Beddeleem (« Loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948 - Répétition des charges indues - Prescription »).*

N° 1703

## Homicide et blessures involontaires

Faute. - Faute caractérisée. - Débat contradictoire. - Poursuite pour faute ayant causé directement le dommage. - Condamnation pour faute caractérisée ayant causé indirectement le décès de la victime. - Conditions. - Détermination.

Ne méconnaît pas le principe du contradictoire la juridiction pénale qui, pour déclarer le prévenu coupable d'homicide involontaire, retient qu'il a commis une faute caractérisée ayant causé indirectement le décès de la victime, dès lors que, si l'intéressé a été poursuivi pour avoir commis directement le dommage, il s'est expliqué dans ses conclusions sur l'existence d'une faute caractérisée.

**Crim. - 29 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-84.439. - CA Rennes, 23 avril 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Palisse, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blanc, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 1704

## Impôts et taxes

Impôts directs et taxes assimilées. - Procédure. - Pourvoi en cassation. - Administration des impôts. - Arrêt de relaxe. - Absence de recours du ministère public. - Irrecevabilité.

En cas de décision de relaxe, l'administration fiscale est sans qualité pour se pourvoir en cassation en l'absence de recours du ministère public.

**Crim. - 16 juin 2010.**  
*IRRECEVABILITÉ*

N° 09-86.536. - CA Versailles, 9 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Nocquet, Rap. - M. Robert, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit fiscal, n° 37, 16 septembre 2010, Chronique - Droit pénal fiscal, n° 467, p. 11 à 116, spéc. n° 4, p. 12, note Renaud Salomon.*

N° 1705

## Indivision

Administration. - Gestion par un coïndivisaire. - Produits nets de sa gestion. - Détermination. - Portée.

L'impôt sur le revenu, que chacun des copartageants doit supporter sur la part lui revenant dans les bénéfices nets réalisés par un fonds de commerce indivis, constitue une dette personnelle et non une dette de l'indivision.

Dès lors, si les bénéfices nets d'un fonds de commerce indivis perçus par un époux pendant la durée de l'indivision postcommunautaire entrent dans l'actif de l'indivision, la fraction de l'impôt sur le revenu payé par ce dernier sur la part revenant à son conjoint n'a pas à être inscrite à son crédit au compte d'indivision.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-13.250. - CA Montpellier, 7 janvier 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gaschignard, Av.

N° 1706

## Indivision

Administration. - Gestion par un coïndivisaire. - Rémunération. - Domaine d'application. - Cas. - Activité personnelle déployée par un indivisaire ayant contribué à améliorer un bien indivis.

L'activité personnelle déployée par un indivisaire ayant contribué à améliorer un bien indivis ne peut être assimilée à une dépense d'amélioration dont le remboursement donnerait lieu à application de l'article 815-13 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

Il en résulte que la plus-value de l'immeuble accroît à l'indivision, l'indivisaire pouvant seulement prétendre à la rémunération de son activité, conformément à l'article 815-12 du même code.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-13.688. - CA Lyon, 3 février 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Bénabent, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1708 (« Amélioration d'un bien indivis : droit à indemnité »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3945, p. 53, note Élodie Pouliquen (« Quand l'amélioration d'un bien indivis n'est pas une dépense d'amélioration ! »).*

N° 1707

## Mise en danger de la personne

Risques causés à autrui. - Éléments constitutifs. - Violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence. - Obligation particulière de sécurité ou de prudence. - Cas.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer un médecin coupable de mise en danger d'autrui, retient qu'en réalisant des assistances médicales à la procréation en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique et de l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation, alors que les traitements de stimulations ovariennes réalisés à de fortes posologies peuvent entraîner un risque mortel d'hémorragie, d'épanchement, de phlébite ou d'embolie pulmonaire, il a, par la violation manifestement délibérée d'obligations particulières de sécurité ou de prudence imposées par la loi et le règlement, exposé plusieurs patientes à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente.

**Crim. - 29 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-81.661. - CA Lyon, 11 février 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Harel-Dutirou, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, M<sup>e</sup> Foussard, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 1708

## Nationalité

Nationalité française. - Acquisition. - Modes. - Acquisition à raison du mariage. - Déclaration. - Enregistrement. - Action en contestation du ministère public. - Conditions. - Mensonge ou fraude. - Applications diverses. - Production d'un acte de naissance apocryphe.

La production d'un acte de naissance apocryphe à l'appui d'une déclaration de nationalité française souscrite sur le fondement de l'article 21-2 du code civil constitue un mensonge au sens de l'article 26-4, alinéa 3, du code civil.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

CASSATION

N° 08-19.854. - CA Aix-en-Provence, 3 juin 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Luc-Thaler, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 5 juillet 2010, Jurisprudence, n° 751, p. 1391 (« La production d'un acte de naissance apocryphe constitue un mensonge »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1708 (« Déclaration de nationalité : production d'un acte de naissance apocryphe »).*

N° **I709**

## Nom

Nom patronymique. - Acquisition. - Conditions. - Possession. - Appréciation souveraine.

Si la possession d'un nom est propre à conférer à celui qui le porte le droit à ce nom, la loi n'ayant réglé ni la durée ni les conditions d'une telle possession, il appartient aux juges du fond d'en apprécier souverainement la loyauté et les effets.

Après avoir justement retenu que la possession devait être suffisamment longue pour témoigner d'une volonté persistante de s'approprier le nom, une cour d'appel qui constate que l'usage du nom revendiqué n'est justifié que pour une période de dix ans en déduit souverainement que la possession prolongée de nature à permettre l'acquisition du nom n'est pas établie.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**

REJET

N° 08-20.239. - CA Bastia, 25 juin 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blanc, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3938, p. 45-46, note Élodie Pouliquen (« Nom patronymique : la possession n'induit pas l'acquisition »). Voir également la revue Actualité juridique famille, n° 9, septembre 2010, Jurisprudence, p. 399-400, note Sébastien Milleville (« Vers l'acquisition par possession du nom de l'un des parents ? »).*

N° **I710**

## Peines

Non-cumul. - Poursuite unique. - Double déclaration de culpabilité. - Prononcé de deux peines de même nature. - Régularité (non).

Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, plusieurs peines de même nature, à l'exception des peines d'amende pour contraventions, sont encourues pour des infractions en concours, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé.

Doit être cassé, en ses seules dispositions relatives aux peines de suspension du permis de conduire, l'arrêt de la cour d'appel qui a prononcé deux peines complémentaires de trois mois de suspension du permis de conduire en répression de deux contraventions au code de la route, la cause étant renvoyée devant une autre cour d'appel, pour qu'il soit à nouveau statué dans les limites de la cassation ainsi prononcée.

**Crim. - 22 juin 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-87.314. - CA Riom, 15 octobre 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Finidori, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, Av.

N° **I711**

## Presse

Procédure. - Action publique. - Extinction. - Prescription. - Interruption. - Acte d'instruction ou de poursuite. - Réquisitions aux fins d'enquête. - Condition.

Selon l'article 65, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881, applicable à tous les délits de presse, la prescription peut être interrompue, avant l'engagement des poursuites, par des réquisitions aux fins d'enquête, à condition d'articuler et de qualifier les faits qui motivent l'enquête.

Ne répond pas aux exigences de ce texte le « soit-transmis » demandant aux enquêteurs qu'un procès-verbal soit dressé afin de constater que le blog, support du message litigieux, est toujours accessible sur Internet, et d'identifier le responsable juridique de l'hébergeur de ce blog, sans articuler les faits à raison desquels l'enquête est ordonnée.

**Crim. - 22 juin 2010.**

REJET

N° 09-81.027. - CA Limoges, 23 janvier 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Monfort, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° **I712**

## Prud'hommes

Procédure. - Instance. - Instance engagée par une unité économique et sociale. - Défaut de personnalité juridique. - Nullité. - Irrégularité de fond. - Régularisation. - Possibilité (non).

Selon l'article 32 du code de procédure civile, est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ; cette situation n'est pas susceptible d'être régularisée lorsque la prétention est émise par ou contre une partie dépourvue de personnalité juridique.

Doit dès lors être cassé le jugement d'un tribunal d'instance qui déclare recevable la requête en annulation de la désignation d'un délégué syndical au sein d'une unité économique et sociale, formée par cette unité dépourvue de personnalité juridique, au motif que les sociétés la composant sont intervenues volontairement à l'instance.

**Soc. - 23 juin 2010.**

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-60.341. - TI Bordeaux, 2 juillet 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 37, 14 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1363, p. 47-48, note Stéphane Brissy (« Absence de droit d'agir d'une UES, faute de personnalité juridique »).*

N° **I713**

## Responsabilité contractuelle

Clause limitative de responsabilité. - Opposabilité. - Exclusion. - Cas. - Clause contredisant la portée de l'obligation essentielle. - Portée.

Seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur.

**Com. - 29 juin 2010.**

REJET

N° 09-11.841. - CA Paris, 26 novembre 2008.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Sémériva, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Bénabent, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 5 juillet 2010, Jurisprudence, n° 759, p. 1403 (« Conditions de validité d'une clause limitative de responsabilité »), et n° 28-29, 12 juillet 2010, Jurisprudence, n° 787, p. 1450 à 1453, note Dimitri Houtcieff (« L'essentiel est dans la contradiction ! »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 37, 16 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1790, p. 25 à 29, note Philippe Stoffel-Munck (« Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques »), également parue dans la revue Communication, commerce électronique, n° 10, octobre 2010, commentaire n° 99, p. 32 à 35, La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 38, 23 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1814, p. 14 à 19, note Brigitte Daille-Duclos (« Clauses limitatives de responsabilité - un nouvel avenir ? »), le Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1707, note Xavier Delpech (« Clause limitative de réparation et obligation essentielle »), et cette même revue, n° 28, 29 juillet 2010, Études et commentaires, p. 1832 à 1837, note Denis Mazeaud (« Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? »).*

**Note sous Com., 29 juin 2010, n° 1713 ci-dessus**

Par cet arrêt délibéré en sa formation plénière, la chambre commerciale de la Cour de cassation vient préciser un point qui a nourri un intense débat à propos du régime des clauses conventionnelles limitatives d'indemnisation.

Selon l'arrêt de la chambre commerciale du 22 octobre 1996 (*Bull.* 1996, IV, n° 261), en raison du manquement à une obligation essentielle du contrat, la clause limitative de responsabilité du contrat qui contredit la portée de l'engagement pris doit être réputée non écrite. Appelée à régler les problèmes posés par la nombreuse postérité de cet arrêt, la chambre mixte avait été amenée à préciser, quant aux règles applicables en matière de transports rapides, qu'il résulte de l'article 1150 du code civil et du décret du 4 mai 1988, portant approbation du contrat type pour le transport public terrestre de marchandises applicable aux envois de moins de trois tonnes pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique, que, si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat type établi annexé au décret (22 avril 2005, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 4).

Il se déduisait ainsi de ces solutions que, « pour les clauses limitatives de responsabilité d'origine purement conventionnelle, qu'elles soient insérées dans un contrat de transport ou dans tout autre contrat, les juges du fond doivent vérifier que ces clauses ne portent pas atteinte à une obligation essentielle ». Tel était, aux termes de la note consacrée à cette décision (*BICC* n° 662 du 1<sup>er</sup> juin 2007, rubrique « Arrêts des chambres », n° 1194), l'enseignement à tirer d'un premier arrêt rendu en la présente instance (Com., 13 février 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 43), censurant les juges du fond pour avoir refusé de déduire de leurs constatations relatives au comportement du débiteur contractuel l'existence « d'un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation ». Pour autant, la cour d'appel de renvoi,

après avoir retenu un tel manquement, fit application de la clause limitative, au motif que cette dernière reflétait un équilibre contractuel et n'aboutissait pas à une indemnisation dérisoire.

Sur nouveau pourvoi, la Cour devait donc prendre position sur la thèse du créancier, faisant valoir que le manquement à l'obligation contractuelle essentielle serait une source nouvelle, autonome et première de mise en échec d'une clause *limitative de réparation* et qu'en conséquence un manquement de cette nature impliquait, directement et sans autre condition, la mise en échec de la limitation d'indemnisation.

Cette thèse n'est pas reçue. Il est au contraire décidé que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». L'apport de cette décision est donc de préciser expressément, dans la ligne de la décision fondatrice du 22 octobre 1996, qu'un manquement à l'obligation essentielle du contrat, condition nécessaire de mise en échec d'une convention de répartition des risques, n'est point suffisante en elle-même ; « seule » une convention aboutissant, en outre, à vider cette obligation de toute substance encourt cette mise à l'écart.

N° 1714

## 1<sup>o</sup> Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Dommage. - Préjudice personnel. - Préjudice d'agrément. - Définition. - Portée.

## 2<sup>o</sup> Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Dommage. - Préjudice personnel. - Préjudice sexuel. - Définition. - Portée.

1<sup>o</sup> Justifie légalement sa décision, au regard des articles 1134 et 1382 du code civil, la cour d'appel qui retient que les demandes d'indemnisation d'une victime portant sur un quad adapté pour l'accès en forêt, une remorque de transport pour le quad, un dualski pour pratiquer le ski assis et un fauteuil Tiralo pour accéder à la plage sont incluses dans l'indemnité acceptée par transaction en réparation de l'impossibilité de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs, au titre du préjudice d'agrément.

2<sup>o</sup> Le préjudice sexuel comprend tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle, à savoir : le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même, qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte ou de la perte de la capacité à accéder au plaisir, et le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 juin 2010.**

REJET

N° 09-15.842. - CA Paris, 15 mai 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Adida-Canac, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3927, p. 25, note Alexandre Paulin (« Préjudice sexuel et d'agrément : indemnisation sur transaction ne vaut ! »).*



N° 1715

## Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Dommage. - Réparation. - Réparation intégrale. - Fonds de commerce. - Demande du preneur du local commercial contre les responsables du sinistre. - Éléments pris en considération.

Saisie par un preneur d'un local commercial d'une demande d'indemnité dirigée contre les responsables d'un sinistre ayant affecté les lieux loués, une cour d'appel, qui constate que depuis plusieurs années aucun fonds de commerce n'était exploité dans les lieux, que les équipements présents dans les locaux dataient d'une précédente exploitation qui avait cessé depuis plusieurs années, qu'aucun projet d'aménagement quelconque n'était en cours ou sur le point de commencer et que le preneur n'établissait pas son intention réelle de relancer l'activité de son exploitation, peut, sans violer le principe de la réparation intégrale, appliquer un coefficient de vétusté aux équipements présents dans les locaux avant la survenance du sinistre en retenant qu'à défaut le preneur bénéficierait d'un enrichissement infondé.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 juin 2010.**  
REJET

N° 09-13.156. - CA Besançon, 4 février 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Assié, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blondel, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 1716

## Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Lien de causalité avec le dommage. - Défaut. - Caractérisation. - Cas. - Arrêt de la production par deux sociétés de phosgène suite à une décision prise par l'État et une explosion survenue sur le site d'une société voisine.

Une explosion, survenue sur le site d'une société, ayant occasionné des dégâts très importants, notamment sur le site industriel voisin regroupant plusieurs usines chimiques moyennes appartenant à d'autres sociétés, la cour d'appel, retenant notamment que les risques liés à l'exploitation du phosgène n'ont pas été aggravés par l'explosion et que la décision d'arrêt de la production du phosgène, prise par l'État au regard de ses responsabilités et de l'émotion liée à l'explosion et acceptée par la société qui le produisait, était motivée par le caractère intrinsèquement dangereux du phosgène, qui préexistait à l'explosion et indépendante des conséquences directes de celle-ci, a pu en déduire, pour rejeter les demandes de réparation des dommages liés à l'arrêt de la production de ce produit, que l'explosion avait eu pour seule conséquence de contraindre la société en question à suspendre son activité phosgène le temps nécessaire au contrôle de ses installations et qu'il n'existait pas de lien de causalité entre la décision d'arrêter cette production et l'explosion.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 juin 2010.**  
REJET

N° 09-13.583. - CA Toulouse, 9 septembre 2008.

M. Loriferne, Pt. - Mme Aldigé, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

N° 1717

## Santé publique

Établissement de santé. - Responsabilité du fait d'une infection nosocomiale. - Pluralité d'établissements de santé en cause. - Exonération. - Conditions. - Détermination.

Lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection.

**1<sup>er</sup> Civ. - 17 juin 2010.**  
CASSATION

N° 09-67.011. - CA Aix-en-Provence, 4 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Defrenois et Levis, SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, M<sup>e</sup> de Nervo, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 26, 28 juin 2010, Jurisprudence, n° 722, p. 1338 (« Infection nosocomiale et charge de la preuve »), et n° 36, 6 septembre 2010, Jurisprudence, n° 870, p. 1617 à 1619, note Olivier Gout (« Les avancées de la causalité juridique »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 26, 8 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1625, note Inès Gallmeister (« Infections nosocomiales : recours à la causalité alternative »), cette même revue, n° 32, 23 septembre 2010, Chronique de la Cour de cassation - première chambre civile, n° 6, p. 2098-2099, note Claude Creton (« Responsabilité des établissements de santé en matière d'infection nosocomiale »), et la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3930, p. 28-29, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Charge de la preuve en matière d'infection nosocomiale »).*

N° 1718

## Santé publique

Transfusion sanguine. - Virus de l'hépatite C. - Contamination. - Présomption d'imputabilité. - Bénéficiaire. - Détermination. - Portée.

La présomption simple d'imputabilité d'une contamination à une transfusion sanguine est édictée par l'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 au seul bénéfice des victimes. Les recours entre cofournisseurs de produits sanguins obéissent aux règles du droit commun.

Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel déduit de ses constatations que, en l'absence de preuve que les produits sanguins fournis étaient viciés, la société qui les avait fabriqués ne pouvait être tenue à garantie d'un autre fournisseur.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 juin 2010.**  
REJET

N° 09-10.786 et 09-10.838. - CA Paris, 14 novembre 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Breillat, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Piwnica et Molinié, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, Actualité/droit civil, p. 1706 (« Contamination post-transfusionnelle : force de la présomption d'imputabilité »). Voir également la revue Responsabilité civile et assurances, n° 9, septembre 2010, commentaire n° 217, p. 19 à 22, note Christophe Radé (« Présomption en faveur de la personne transfusée »).*

N° 1719

## *Santé publique*

Transfusion sanguine. - Virus de l'hépatite C. - Contamination. - Présomption d'imputabilité. - Bénéficiaire. - Détermination. - Portée.

La présomption simple d'imputabilité d'une contamination à une transfusion sanguine est édictée par l'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 au seul bénéfice des victimes.

Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel déduit de ses constatations que, en l'absence de preuve que la contamination s'était produite pendant la période de validité du contrat d'assurance, l'assureur ne pouvait être tenu à garantie de son assuré, fournisseur du produit sanguin.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 juin 2010.**  
*REJET*

N° 09-65.190. - CA Bordeaux, 12 novembre 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Breillat, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Responsabilité civile et assurances, n° 9, septembre 2010, commentaire n° 217, p.19 à 22, note Christophe Radé (« Présomption en faveur de la personne transfusée »).*

N° 1720

## *Sécurité sociale*

Cotisations. - Paiement indu. - Action en répétition. - Période de répétition. - Période de répétition lorsque l'obligation de remboursement est née d'une décision juridictionnelle qui a révélé la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Selon l'article L. 243-6, alinéa 2, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003, article 70-II, lorsque l'obligation au remboursement des cotisations de sécurité sociale naît d'une décision juridictionnelle qui révèle la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure, la demande de remboursement ne peut porter que sur la période postérieure au 1<sup>er</sup> janvier de la troisième année précédant celle où la décision révélant la non-conformité est intervenue.

Viole ce texte la cour d'appel qui, pour fixer le point de départ de la période de répétition des cotisations afférentes aux indemnités versées aux salariés en compensation de la réduction de la durée du travail en application d'un accord de réduction du temps de travail conclu dans le cadre de l'article 39-1 de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993, retient que, dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 20 janvier 2004, la Cour de cassation a reconnu aux indemnités en cause le caractère de dommages-intérêts, alors que la Cour de cassation n'avait fait que procéder, dans cet arrêt, à l'interprétation des dispositions de l'article 39-1 de la loi du 20 décembre 1993.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 juin 2010.**  
*CASSATION*

N° 07-13.447. - CA Rouen, 21 février 2007.

M. Loriferne, Pt. - M. Prétot, Rap. - SCP Peignot et Garreau, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 1721

## *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif à un contrat de droit privé. - Cas. - Action directe de la victime contre l'assureur du responsable. - Distinction avec l'action en responsabilité. - Portée.

Si les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour statuer sur l'action de l'assureur d'une commune dont les locaux, donnés à bail à une association, ont été endommagés par un incendie, dirigée contre l'assureur responsabilité civile de celle-ci, elles ne peuvent, à cette occasion, statuer sur la responsabilité de cette association, une telle action ressortissant à la compétence des juridictions administratives.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 juin 2010.**  
*CASSATION*

N° 09-14.592. - CA Amiens, 26 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 26, 8 juillet 2010, Actualité/droit public, p. 1631 (« Incendie de locaux loués par une commune : compétence administrative »). Voir également la revue Responsabilité civile et assurances, n° 9, septembre 2010, commentaire n° 228, p. 29-30, note Hubert Groutel (« Action directe : compétence juridictionnelle »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 39, 27 septembre 2010, Jurisprudence, n° 943, p. 1781 à 1784, note Jean-Jacques Barbieri (« Le fractionnement du litige par le Tribunal des conflits »).*

N° 1722

## *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Action en bornage. - Remise en cause des limites de propriété résultant de la clôture d'opérations d'aménagement foncier agricole et forestier.

Une juridiction de l'ordre judiciaire ne peut remettre en cause les limites définies dans le cadre d'un aménagement foncier agricole et forestier dont les opérations ont été clôturées, la clôture de ces opérations emportant transfert des droits de propriété de la parcelle comprise dans le périmètre de l'aménagement.

Viole dès lors les dispositions de l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, ensemble l'article L. 123-12 du code rural, la cour d'appel qui, pour rejeter les demandes de sursis à statuer et de complément d'expertise et fixer la propriété selon le périmètre défini par un rapport d'expertise, retient que seul le bornage judiciaire est de nature à déterminer très exactement les limites de propriété, que la procédure de réorganisation foncière n'est pas de nature à remettre en cause l'analyse de l'expert et qu'il appartiendra à la commission compétente de modifier l'aménagement foncier au vu du jugement, qui constitue un élément nouveau dont elle n'avait pas connaissance lorsqu'elle a été réunie.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 juin 2010.**  
*CASSATION*

N° 09-14.969. - CA Montpellier, 31 mars 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Feydeau, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Vincent et Ohl, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et*



immobilière, septembre 2010, p. 222 à 226, note Marlène Burgard (« La clôture des opérations d'aménagement foncier agricole et forestier évince l'action en bornage »).

N° 1723

## Servitude

Servitudes diverses. - Plantations. - Élagage. - Droit imprescriptible. - Effets.

Aucune restriction ne pouvant être apportée au droit imprescriptible du propriétaire sur le fonds duquel s'étendent les branches des arbres du voisin, viole l'article 673 du code civil la cour d'appel qui rejette une demande d'élagage d'un arbre en retenant que les demandeurs ne peuvent, sans faire dégénérer en abus leur action en justice, demander la réduction de la ramure de l'arbre en limite de propriété.

**3° Civ. - 30 juin 2010.**

CASSATION

N° 09-16.257. - CA Lyon, 11 juin 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Bellamy, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 1724

## Société

Commissaire aux comptes. - Exercice de la profession malgré une incompatibilité légale. - Conditions. - Détermination.

Le fait, pour un commissaire aux comptes, de prendre, recevoir ou conserver un intérêt auprès d'une personne contrôlée par celle dont il est chargé de certifier les comptes n'est constitutif d'une incompatibilité légale, au sens de l'article L. 820-6 du code de commerce, que dans les conditions prévues à l'article L. 822-11 I du même code.

Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt qui, sur le fondement de l'article L. 822-10 1° du code de commerce, déclare un commissaire aux comptes coupable d'exercice de ses fonctions malgré une incompatibilité légale, pour avoir bénéficié gracieusement de séjours de thalassothérapie dans un hôtel exploité par une filiale de la société dont il était chargé de certifier les comptes.

**Crim. - 16 juin 2010.**

CASSATION

N° 09-81.813. - CA Paris, 18 février 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Bloch, Rap. - M. Robert, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 29, 2 septembre 2010, *Actualité/droit des affaires*, p. 1865, note Alain Lienhard (« Commissaire aux comptes : sanction pénale de l'atteinte à l'indépendance »). Voir également la revue *Droit des sociétés*, n° 10, octobre 2010, commentaire n° 192, p. 34-35, note Renaud Salomon (« Éléments constitutifs du délit et répression »).

N° 1725

## 1° Société commerciale (règles générales)

Filiale et participation. - Participations réciproques. - Actions détenues en autocontrôle. - Notion de contrôle.

## 2° Société commerciale (règles générales)

Filiale et participation. - Définitions. - Contrôle conjoint. - Applications diverses. - Concertiste disposant à lui seul de la majorité des droits de vote dans les assemblées.

1° Il résulte de l'article L. 233-3 III du code de commerce que, pour l'application de l'article L. 233-31 du même code, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel s'est référée à ces dispositions pour rechercher si les actions d'une société étaient détenues par une autre société, dont la première détenait directement ou indirectement le contrôle.

2° Le contrôle conjoint défini par l'article L. 233-3 III du code de commerce n'est pas exclu par la seule circonstance que l'un des concertistes dispose d'une majorité qui serait, en l'absence de l'accord conclu entre eux, de nature à lui permettre de déterminer seul les décisions prises en assemblée.

C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel a retenu que le seul fait que les droits de vote dans les assemblées générales d'une société soient de 80 % pour une société et de 20 % pour une autre n'implique pas l'absence de contrôle de la première par la dernière.

**Com. - 29 juin 2010.**

REJET

N° 09-16.112. - CA Nancy, 17 juin 2009.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Petit, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Vincent et Ohl, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 27, 22 juillet 2010, *Actualité/droit des affaires*, p. 1705, note Alain Lienhard (« Auto-contrôle et action de concert : privation du droit de vote »), et cette même revue, n° 31, 16 septembre 2010, *Études et commentaires*, p. 2038 à 2044, note Daniel Ohl (« Le contrôle dans tous ses états : l'auto-contrôle, le contrôle conjoint et le contrôle unitaire »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 36, 9 septembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1778, p. 39 à 43, note Alain Viandier (« Articulation entre les notions de contrôle conjoint et d'action de concert »).

N° 1726

## 1° Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective de la fédération d'écoles supérieures d'ingénieurs et de cadres du 5 décembre 2006. - Article 17.1. - Distinction entre enseignants « intervenants » et enseignants « permanents ». - Nature. - Portée.

## 2° Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective de la fédération d'écoles supérieures d'ingénieurs et de cadres du 5 décembre 2006. - Intervenants extérieurs. - Statut. - Détermination.

1° Selon les dispositions de l'article 17.1 de la convention collective de la fédération d'écoles supérieures d'ingénieurs et de cadres, la distinction entre les enseignants dits « intervenants », lesquels effectuent à temps partiel à l'intérieur de l'établissement une activité pédagogique limitée aux actes interactifs et aux réunions de coordination, et ceux qualifiés de « permanents », qui effectuent, à temps complet ou à temps partiel, l'ensemble de leurs activités pédagogiques, actes pédagogiques interactifs et autres activités associées au sein de l'établissement, a pour objet de définir la classification des fonctions exercées par les

salariés enseignants, qu'ils soient salariés à temps plein ou à temps partiel, et non le caractère permanent ou temporaire de leur emploi.

Fait une exacte application de la loi la cour d'appel qui, ayant constaté que les salariés n'étaient pas intermittents au sens de l'article premier de la loi n° 78-40 du 19 janvier 1978, devenu l'article L. 3242-1 du code du travail, a décidé qu'ils devaient bénéficier des dispositions de l'article L. 3141-29 du code du travail.

2° Il résulte de la convention collective de la fédération d'écoles supérieures d'ingénieurs et de cadres que, sauf conditions particulières tenant au nombre d'heures d'enseignement assurées dans l'établissement, les intervenants extérieurs sont exclus du statut cadre en raison de leur implication limitée dans l'établissement.

#### **Soc. - 16 juin 2010.**

*REJET*

N° 09-40.183 à 09-40.201 et 09-40.219 à 09-40.223. - CA Versailles, 18 et 19 novembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Flores, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Gadiou et Chevallier, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 38, 21 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1371, p. 26 à 29, note Laurent Draï (« Régime de l'indemnité due en raison d'une fermeture excédant la durée des congés légaux annuels »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 778, p. 701-702.*

N° **I727**

### **Statut collectif du travail**

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale de l'industrie des panneaux à base de bois du 29 juin 1999. - Article 44. - Travail posté. - Prime de panier. - Calcul. - Modalités. - Référence à la limite d'exonération fixée par l'ACOSS.

Selon l'article 44 de la convention collective nationale de l'industrie des panneaux à base de bois du 29 juin 1999, le personnel bénéficiant de la pause casse-croûte percevra l'indemnité de panier définie par les circulaires de l'agence centrale des caisses de sécurité sociale (ACOSS).

Il en résulte que le montant de l'indemnité est fixé par référence à la limite d'exonération fixée chaque année par l'ACOSS.

#### **Soc. - 23 juin 2010.**

*REJET*

N° 08-45.113 à 08-45.115. - CA Poitiers, 23 septembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° **I728**

### **Syndicat professionnel**

Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Existence d'une section syndicale. - Pluralité d'adhérents. - Définition. - Deux adhérents minimum.

Pour désigner un délégué syndical d'établissement, un syndicat représentatif doit avoir constitué une section syndicale d'établissement comportant au moins deux adhérents, conformément à l'article L. 2142-1 du code du travail.

#### **Soc. - 23 juin 2010.**

*REJET*

N° 09-60.438. - TI Neuilly-sur-Seine, 10 novembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 789, p. 711-712.*

N° **I729**

### **Transaction**

Nullité. - Causes. - Erreur de droit affectant l'objet de la contestation.

Une transaction peut être rescindée pour cause d'erreur de droit dès lors que cette erreur affecte l'objet de la contestation.

#### **1<sup>re</sup> Civ. - 17 juin 2010.**

*REJET*

N° 09-14.144. - CA Chambéry, 3 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Richard, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M<sup>e</sup> Haas, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 26, 28 juin 2010, Jurisprudence, n° 723, p. 1338 (« Nullité du mandat de vente imputable à l'agence immobilière »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 8-9/10, août-septembre 2010, décision n° 896, p. 855-856, et la Revue Lamy droit civil, n° 74, septembre 2010, Actualités, n° 3924, p. 15-16, note Cécile Le Gallou (« Transaction : l'erreur de droit peut toujours affecter l'objet »).*

N° **I730**

### **Travail**

Transports routiers. - Transports routiers publics et privés. - Inscription au registre des transporteurs ou des loueurs. - Nécessité. - Cas.

Il résulte des articles 25 II de la loi de finances du 14 avril 1952, 5, 8 et 36 de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, 1 et 17 du décret du 30 août 1999 relatif aux transports routiers de marchandises que l'exercice de la profession de transporteur public routier de marchandises est subordonné à l'inscription à un registre des transporteurs ou des loueurs tenu par le préfet et que ne sont pas soumis à cette inscription les transports qu'organisent pour leur propre compte des personnes publiques ou privées, ainsi que ceux qui bénéficient des dérogations prévues à l'article 17 du décret du 30 août 1999.

Méconnaît ces textes la cour d'appel qui relaxe un prévenu du chef d'exercice de l'activité de transporteur routier de marchandises sans inscription au registre correspondant à cette activité, alors que le déplacement de marchandises en cause, qui n'était pas organisé pour son propre compte par la société dirigée par le prévenu mais pour le compte d'une autre société, constituait un transport public et qu'il ne relevait ni de la dérogation prévue au 1° de l'article 17 du décret du 30 août 1999, en l'absence de contrat liant les deux entreprises et établissant le caractère accessoire du transport par rapport à l'activité principale, ni de celle prévue au 2° de cet article, le transport, exécuté par une société ayant pour activité le commerce en gros de fruits et légumes au profit d'une société exerçant la même activité, ne l'ayant pas été pour les besoins d'une exploitation agricole.

**Crim. - 22 juin 2010.**  
CASSATION

N° 10-80.192. - CA Nîmes, 20 novembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Degorce, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén.

N° **I731**

## **1° Travail réglementation, durée du travail**

Emploi intermittent. - Temps de travail. - Annualisation. - Nécessité (non).

## **2° Statut collectif du travail**

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Organismes de formation. - Convention nationale des organismes de formation du 10 juin 1988. - Article 10-3. - Rédaction issue de l'accord du 6 décembre 1999 relatif à la mise en place de la réduction du temps de travail. - Proportion de 72 % de la durée totale de travail effectif prévue pour les actions de formation et leur préparation. - Entrée en vigueur. - Date. - Détermination. - Portée.

1° Le contrat de travail intermittent, tel que prévu par les articles L. 3123-31 et L. 3123-33 du code du travail, ne constitue pas, en soi, une annualisation du temps de travail.

Les heures supplémentaires effectuées par le salarié pendant la ou les périodes travaillées doivent donc être décomptées, sauf exception légale ou conventionnelle, par semaine travaillée, conformément à l'article L. 3121-22 du code du travail.

2° L'article 10-3 de la convention collective des organismes de formation, qui prévoit que le temps d'actions de formation ne peut excéder 72 % de la totalité de la durée de travail effectif consacrée à l'action de formation et à la préparation des actions de formation, les activités connexes étant préalablement déduites de la durée de travail effectif, est applicable à compter de la date d'entrée en vigueur de l'accord du 6 décembre 1999, relatif à la mise en place de la réduction du temps de travail dans les organismes de formation en ce qui concerne les formateurs de catégorie D et E.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, bien que décomptant à bon droit les heures supplémentaires par semaine travaillée, ne fait pas application de cette stipulation conventionnelle.

**Soc. - 16 juin 2010.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 08-43.244. - CA Versailles, 13 mai 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 38, 21 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1369, p. 22 à 25, note Michel Morand (« Calcul des heures supplémentaires dans le travail intermittent »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 811, p. 725-726.*

N° **I732**

## **1° Travail réglementation, durée du travail**

Repos hebdomadaire. - Réglementation. - Dérogations. - Conditions. - Exercice de l'une des activités énumérées à l'article R. 3132-5 du code du travail. - Exercice à titre principal. - Nécessité.

## **2° Travail réglementation, durée du travail**

Repos et congés. - Repos hebdomadaire. - Repos dominical. - Dérogations. - Dérogation de droit ou accordée par le préfet. - Défaut. - Portée.

1° Le bénéfice de la dérogation de droit au repos dominical prévue par l'article L. 3132-12 du code du travail n'est accordé qu'aux entreprises qui exercent, à titre principal, l'une des activités énumérées à l'article R. 3132-5 du code du travail.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui décide qu'une société dont l'activité principale est le bricolage ne peut bénéficier de cette dérogation, cette activité ne figurant pas dans le tableau de l'article R. 3132-5 du code du travail.

2° Le fait pour un employeur d'ouvrir son établissement le dimanche sans qu'il y soit autorisé de droit ou par autorisation préfectorale constitue un trouble manifestement illicite. Le recours formé contre un arrêté préfectoral autorisant une dérogation au repos dominical prévu à l'article L. 3132-24 du code du travail suspend les effets de cette décision dès son dépôt par le requérant au greffe de la juridiction administrative.

Est dès lors fondé l'arrêt qui décide que l'ouverture des magasins le dimanche constituait, en l'absence de dérogation effective au repos dominical, un trouble manifestement illicite.

**Soc. - 16 juin 2010.**  
REJET

N° 09-11.214. - CA Versailles, 3 décembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 8-9/10, août-septembre 2010, décision n° 678, p. 606 à 608. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 36, 7 septembre 2010, Jurisprudence, n° 1342, p. 25 à 28, note Mickaël d'Allende (« Travail dominical : entre dérogation et trouble manifestement illicite »).*

N° **I733**

## **Travail réglementation, durée du travail**

Travail effectif. - Accomplissement. - Preuve. - Documents fournis aux juges. - Quantification du travail par l'article 2.2.1.2 du chapitre IV de la convention collective de la distribution directe du 9 février 2004. - Élément suffisant (non).

La quantification préalable de l'ensemble des missions confiées et accomplies par le distributeur, dans le cadre de l'exécution de son métier, en fonction des critères associés à un référentiel horaire du temps de travail prévu par l'article 2.2.1.2 du chapitre IV de la convention collective nationale de la distribution directe, ne saurait, à elle seule, satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail.

**Soc. - 16 juin 2010.**  
REJET

N° 08-42.758. - CPH Angers, 7 avril 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Flores, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, M<sup>e</sup> Copper-Royer, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 8-9/10, août-septembre 2010, décision n° 677, p. 605-606.*

N° 1734

## *Travail réglementation, santé et sécurité*

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Consultation. - Nécessité. - Cas. - Décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail. - Applications diverses.

Constitue une décision d'aménagement important modifiant les conditions de travail au sens de l'article L. 4612-8 du code du travail et nécessitant la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) un projet de regroupement sur un même site d'un service commun réparti sur plusieurs sites intéressant quatre-vingts salariés, dont la mise en œuvre doit entraîner le transfert hors de leur secteur géographique d'origine ou le changement des attributions de ces salariés.

En l'absence d'un CHSCT unique compétent pour l'ensemble des sites concernés, le projet, qui excède nécessairement les prérogatives de chacun des CHSCT, impose la consultation de tous les CHSCT territorialement compétents pour ces sites.

**Soc. - 30 juin 2010.**

CASSATION

N° 09-13.640. - CA Nîmes, 10 février 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - Mme Zientara, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 9-10, septembre-octobre 2010, Actualité jurisprudentielle, p. 1006-1007, note Laurence Pécaut-Rivolier. Voir également la Revue pratique de droit social, n° 784, août 2010, Actualité juridique, sommaire n° 84, p. 257-258, note Laurent Millet, et la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 775, p. 699-700.*

**Note sous Soc., 30 juin 2010, n° 1734 ci-dessus**

L'article L. 4612-8 du code du travail dispose que « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail ». Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 30 juin 2010, les faits se présentaient de la manière suivante : au sein de son établissement secondaire, appelé unité d'intervention Rhône et Durance, qui couvre les départements de la Drôme, de l'Ardèche, de Vaucluse, des Hautes-Alpes et des Alpes-de-Haute-Provence, la société France Télécom disposait d'un service dit de pilotage de conduite d'activités, comprenant quatre-vingts agents répartis sur plusieurs sites, dont dix-neuf étaient affectés sur le site d'Avignon. Elle a décidé le regroupement de ce service et, partant, des salariés concernés, sur le site unique de Montélimar. Pour ce faire, elle a consulté le comité d'hygiène, de sécurité, et des conditions de travail compétent pour le site de la Drôme et de l'Ardèche, mais non le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail compétent pour le site du Vaucluse et des Alpes, l'unité d'intervention Rhône et Durance disposant de deux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, l'un pour le Nord (CHSCT-UIRD Nord), l'autre pour le Sud (CHSCT-UIRD Sud).

Pour rejeter la demande tendant à ce qu'il soit sursis au projet de redéploiement jusqu'à la consultation du CHSCT-UIRD

Sud, la cour d'appel, statuant sur appel d'une ordonnance de référé, avait considéré que le seul changement d'affectation des dix-neuf agents d'Avignon consécutif au redéploiement ne constituait pas un aménagement important au sens des dispositions de l'article L. 4612-8 du code du travail, imposant la consultation du CHSCT-UIRD Sud. La question posée par le pourvoi formé contre la décision était double :

- le projet de redéploiement avait-il le caractère d'une décision d'aménagement important au sens du texte légal et, pour cette appréciation, fallait-il prendre en compte le projet global ou le projet en tant qu'il concernait les seuls agents d'Avignon ?

- quand un projet, par ses incidences (fermeture de plusieurs sites et transfert de salariés sur un site unique), dépasse la compétence territoriale d'un CHSCT déterminé, faut-il consulter l'ensemble des CHSCT territorialement compétents ?

Pour répondre à cette question, la Cour de cassation a d'abord considéré que, en tant qu'il avait pour effet d'entraîner le transfert des salariés hors de leur secteur géographique d'origine ou le changement de leurs attributions, le projet de regroupement sur un même site d'un service commun réparti sur plusieurs sites intéressant quatre-vingts salariés avait le caractère d'une décision d'aménagement important au sens du texte légal ; ce qui signifie que la Cour de cassation a pris en compte le projet dans sa globalité pour en apprécier l'importance. Cela étant, il sera ici rappelé que le nombre de salariés concernés ne détermine pas, à lui seul, l'importance du projet (Soc., 10 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 40), de sorte qu'il ne peut être dit que, au regard des seuls agents d'Avignon, le projet n'eût pas été considéré comme un projet d'aménagement important. Et la Cour de cassation a ensuite posé en règle que, en l'absence d'un CHSCT unique compétent pour l'ensemble des sites concernés quand un projet affecte plusieurs sites, le projet, dans cette hypothèse, excède nécessairement les prérogatives de chacun des CHSCT et impose la consultation de tous les CHSCT territorialement compétents pour ces sites.

N° 1735

## *Travail réglementation, santé et sécurité*

Hygiène et sécurité. - Principes généraux de prévention. - Obligation du salarié. - Étendue.

Selon l'article L. 4122-1 du code du travail, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.

Viola les articles L. 4122-1, L. 1232-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail la cour d'appel qui retient que le licenciement d'un salarié n'est justifié ni par une faute grave ni par une cause réelle et sérieuse, alors qu'il résultait de ses constatations qu'une mezzanine sur laquelle étaient entreposées des marchandises et où circulaient des salariés présentait d'importants problèmes de stabilité et nécessitait impérativement la mise en place d'éléments pour la stabiliser et que le salarié, titulaire d'une délégation de pouvoirs en vue d'appliquer et faire appliquer les prescriptions en matière d'hygiène et de sécurité, s'était borné à s'enquérir du coût des réparations, sans prendre aucune mesure pour prévenir un accident ni faire procéder aux réparations qui s'imposaient, ce dont il résultait qu'il avait commis un manquement grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise.

**Soc. - 23 juin 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-41.607. - CA Toulouse, 13 février 2009. Mme Mazars, Pt (f.f.). - M. Frouin, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.



Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 28-29, 12 juillet 2010, Jurisprudence, n° 793, p. 1461-1462, note Nathalie Dedessus-Le Moustier (« Obligation de sécurité du travail »). Voir également la revue Droit social, n° 9-10, septembre-octobre 2010, p. 954 à 958, note François Duquesne (« L'obligation de sécurité du délégataire de pouvoir »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 10/10, octobre 2010, décision n° 776, p. 700-701.

---

N° 1736

## Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Défaillance. - Obtention d'un prêt. - Demande de prêt conforme à la promesse. - Justification. - Modalités prévues par les parties. - Effets.

Ayant souverainement relevé qu'il résultait des termes de la promesse de vente que l'envoi, par le vendeur, d'une lettre recommandée était indispensable pour faire partir le délai dans lequel l'acquéreur devait justifier des diligences accomplies pour l'obtention d'un prêt, la cour d'appel en a exactement déduit que, à défaut d'envoi de cette mise en demeure, le vendeur, qui n'avait pas usé de cette faculté, ne pouvait se prévaloir de la défaillance de l'acquéreur dans la réalisation de la condition suspensive.

3<sup>e</sup> Civ. - 23 juin 2010.

REJET.

N° 09-15.939. - CA Aix-en-Provence, 24 mars 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Boutet, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

---

N° 1737

## Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Obtention d'un prêt. - Réalisation. - Conditions. - Détermination.

La clause « sous réserve de l'acceptation à l'assurance des emprunteurs » ne porte pas atteinte au caractère ferme de l'offre de crédit caractérisant l'obtention d'un prêt au sens de l'article L. 312-16 du code de la consommation.

3<sup>e</sup> Civ. - 23 juin 2010.

REJET

N° 09-15.963. - CA Poitiers, 7 mai 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Jacques, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Vincent et Ohl, Av.





## 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'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **130,50 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 97) : **24,40 €<sup>2</sup>**
- 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

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

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



191107310-001110



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, d'études et du rapport :  
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](http://ladocumentationfrancaise.fr)