

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 781



*Publication  
bimensuelle*

*1<sup>er</sup> mai  
2013*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

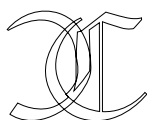
# Consultez sur www.courdecassation.fr

*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

## Jurisprudence



2  
•

Par arrêt du 16 janvier 2013, la première chambre civile a jugé (*infra*, n° 655) que « *la perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable* » et que « *lorsque, par sa faute, un avocat a fait perdre à son client le bénéfice d'un recours, l'indemnisation ne peut être refusée au titre de la perte de chance que si l'absence de toute probabilité de succès de la voie de droit manquée est démontrée* ». Commentant cette solution, « *enjeu pratique important pour la profession d'avocat* », Gaëlle Deharo note (*Gazette du Palais*, 10-12 février 2013, p. 19 à 22) que « *la Cour de cassation considère traditionnellement que l'évaluation de la perte de chance relève de l'appréciation souveraine des juges du fond* », mais que, tout en rappelant ce principe, cette dernière « *trace un périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la souveraineté des juges* », réalisant ainsi un « *contrôle "objectif" par la formulation d'une règle : la perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable* ».

Le même jour, la même chambre a jugé (*infra*, n° 688) qu'« *une enfant étant née atteinte d'une agénésie de l'avant-bras droit, justifie sa décision, au regard de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, une cour d'appel qui déduit des affirmations dans les comptes-rendus écrits de deux échographistes, pour l'un, que les membres « étaient visibles avec leurs extrémités » et, pour l'autre, que les deux mains étaient présentes, qu'ils ont commis une faute caractérisée, au sens de ce texte* ». Commentant cette décision permettant « *d'affiner les contours de la faute caractérisée* » et notant « *que la faute de diagnostic est déjà, en droit commun, une faute qualifiée* », Stephanie Porchy-Simon ajoute (*Recueil Dalloz* 2013, p. 681 et s.) qu'« *il ne serait donc pas surprenant que la faute exigée à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ne présente guère de spécificité par rapport à la faute de diagnostic antérieurement retenue dans ce type de contentieux* ».

## Doctrine



La veille, la chambre commerciale a (*infra*, n° 699) cassé l'arrêt « *qui annule une convention non autorisée par le conseil d'administration de la société après avoir retenu que l'exception de nullité est perpétuelle, sans relever que la convention litigieuse n'avait pas été exécutée, fût-ce partiellement* ». Bruno Dondero, approuvant cette solution, précise (*Recueil Dalloz* 2013, p. 539 et s.) que la Cour distingue désormais nullités relatives et nullités absolues en matière d'exécution partielle d'un acte frappé de nullité : « *ce n'est donc pas l'action en nullité qui se trouve empêchée par l'exécution partielle [...], mais seulement l'invocation de la nullité par voie d'exception, et simplement celle des nullités relatives* ». Par ailleurs, également en matière commerciale, le lecteur trouvera, en rubrique « Communication » du présent bulletin, un article issu d'une étude interne à la Cour de cassation réalisée en mai 2011 relatif au « *préjudice économique des entreprises* ».

Enfin, par avis du 18 mars dernier, rendu en matière de commission rogatoire internationale et de compétence juridictionnelle, la Cour a estimé qu'« *en application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, de sorte que la demande de l'autorité requérante décernée en application des dispositions de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ayant pour seul objet l'exécution d'une commission rogatoire, cette demande, qui n'entre pas dans le champ de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, telle que définie par l'article L. 721-3 du code de commerce, relève de la compétence du tribunal de grande instance* ».

# Table des matières

## Communication

*Le préjudice économique des entreprises*  
par Nicolas Régis, magistrat

Page 6

## Jurisprudence

Cour de cassation (\*)

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

*Séance du 18 mars 2013*

Conflit de juridictions *Page 20*

### II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ *Numéros*

4 • Question prioritaire de constitutionnalité *651-652*

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

Aide juridictionnelle. *653*  
Appel civil *654*  
Avocat *655*  
Cassation *656-657-669*  
Cession de créance *658*  
Chambre de l'instruction *659 à 661*  
Circulation routière *662*  
Commune *663*  
Compétence *664-682*  
Contrat de travail, exécution *665*  
Contrat de travail, rupture *666-667*  
Contravention *668*  
Cour d'assises *669*  
Détention provisoire *670-671*  
Douanes *672 à 674*

Entreprise en difficulté  
(loi du 25 janvier 1985) *675*  
Entreprise en difficulté  
(loi du 26 juillet 2005) *676*  
Expropriation pour cause  
d'utilité publique *677-678*  
Extradition *679*  
Impôts et taxes *680*  
Ivresse *681*  
Peines *682*  
Prescription *683*  
Presse *684*  
Procédure civile *685 à 687*  
Professions médicales  
et paramédicales *688*  
Propriété industrielle *689*  
Propriétaire littéraire et artistique *690*  
Protection de la nature  
et de l'environnement *691*  
Protection des consommateurs *692-693*  
Publicité foncière *694*  
Référé *694*  
Représentation des salariés *695*  
Société (règles générales) *696*  
Société anonyme *697 à 699*  
Société civile *700*

\* 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.

Statut collectif du travail	701	Union européenne	706
Travail réglementation, durée du travail	702	Vente	707
Travail réglementation, santé et sécurité	703 à 705	Voirie	708

# Communications

## Le préjudice économique des entreprises

par Nicolas Régis, magistrat\*

La notion de préjudice économique ne renvoie dans notre droit à rien de très précis ni de spécifique. Elle n'a donné lieu à aucune définition légale ou jurisprudentielle et comporte de nombreuses illustrations au-delà même du droit des affaires. Dans cette matière, le préjudice économique revêt en outre des appellations diverses : « préjudice professionnel », « préjudice concurrentiel », « perte de profit » ou de « bénéfices », « perte d'exploitation », « trouble commercial », « préjudice financier », apparemment sans aucune unité conceptuelle<sup>1</sup>. La raison en est que le droit français a vocation à indemniser tout type de préjudice en vertu du principe de réparation intégrale, sans distinguer entre les catégories de préjudice ni faire de sort particulier au préjudice économique<sup>2</sup>. Celui-ci est alors sobrement défini comme l'atteinte portée au patrimoine de la victime résultant d'un dommage matériel ou corporel<sup>3</sup>. Le droit anglais connaît mieux la notion de préjudice économique, et notamment celle de « préjudice économique pur » (*pure economic loss*), qui désigne le préjudice résultant d'une atteinte directe à l'activité d'une entreprise, distinct des dommages matériel ou corporel<sup>4</sup>. Cette reconnaissance de la notion traduit surtout son caractère problématique dans les systèmes de *Common Law*, qui ont souhaité mieux encadrer son indemnisation, souvent aléatoire et potentiellement démesurée : le préjudice économique est d'abord un sujet d'inquiétudes pour les juristes de langue anglaise<sup>5</sup>. Ce silence gardé par le droit français sur le préjudice économique est problématique, puisque celui-ci tend à devenir, dans certaines matières, l'élément central du mécanisme de responsabilité civile. Bien souvent, les atteintes aux règles du marché ne peuvent en effet être caractérisées qu'en présence de ce type de préjudice<sup>6</sup>. Son admission sans précaution suscite dès lors quelques réserves. On redoute une indemnisation aveugle ou au contraire une sous-détermination. Dans le domaine économique, des pertes très importantes peuvent résulter d'une erreur d'appréciation ou d'évaluation ; tandis que la reconnaissance systématique d'un préjudice économique réparable peut faire redouter une explosion du contentieux, au risque de fausser le fonctionnement du marché<sup>7</sup>.

Pourtant, ce constat du silence du droit français sur ce sujet est peut-être aujourd'hui en partie dépassé. Un mouvement de rationalisation de la question de la réparation du dommage a émergé depuis quelques années. La matière du dommage corporel a ouvert la voie<sup>8</sup>. S'agissant du préjudice économique, la Cour de cassation promeut la réflexion et l'organise au travers de colloques et, plus récemment, en diffusant les travaux sur ce sujet d'un groupe de réflexion dans le cadre du cycle de séminaires « Risques, assurances, responsabilités »<sup>9</sup>.

\* Les propos exprimés n'engagent que leur auteur. Cet article est issu d'une étude interne à la Cour de cassation réalisée en mai 2011 par l'auteur en qualité d'auditeur au sein du bureau de la chambre commerciale, financière et économique du SDER, dont certaines conclusions ont été rendues publiques en introduction du colloque sur « Les experts-comptables de justice et l'évaluation des préjudices économiques », organisé par la Compagnie nationale des experts-comptables de justice à Nice, le 30 septembre 2011.

<sup>1</sup> F. Bélot, « Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », *LPA* 2005, n° 258, p. 8 et s. On peut également citer les « dommages immatériels » dans la terminologie assurantielle, qui désignent les risques de privation de jouissance d'un droit, d'interruption d'un service rendu ou encore de perte de bénéfice ou d'exploitation (L. Duong, « Le traitement juridique du préjudice "immatériel" », *JCP* 2005, éd. E, n° 13, 525).

<sup>2</sup> C. Lapoyade Deschamps, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC*, 21998, p. 367.

<sup>3</sup> Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, n° 1502.

<sup>4</sup> F. Bélot, *op. cit.*, p. 9.

<sup>5</sup> C. Lapoyade Deschamps, *op. cit.*, p. 367. Voir à ce sujet : E. Banakas (dir.), *Civil liability for pure economic loss*, Dordrecht, Kluwer, 1996.

<sup>6</sup> Voir par exemple la référence au « dommage à l'économie » par l'article L. 464-2 du code de commerce, qui peut également ouvrir droit à réparation (*infra*, II, A.).

<sup>7</sup> La prise en compte du risque d'augmentation des demandes d'indemnisation et d'encombrement des tribunaux a été déterminante du refus passé des droits de *Common Law* d'indemniser ce type de préjudice (F. Bélot, *loc. cit.*).

<sup>8</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Le préjudice économique : propos introductifs », *Journ. sociétés*, juin 2007, p. 22.

<sup>9</sup> Cycle de conférences 2006-2007, « Risques, assurances, responsabilités. Limites de la réparation. La réparation du préjudice économique » ; conférences disponibles sur le site internet de la Cour de cassation et publiés dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, p. 279 et s.



La Compagnie nationale des experts-comptables de justice a également été à l'initiative de travaux importants sur le sujet<sup>10</sup>. L'enjeu est à chaque fois de clarifier la notion de préjudice économique afin de mieux maîtriser sa réparation. À ce titre, de nombreux auteurs plaident pour une redécouverte de la distinction entre *dommage* et *préjudice*, que connaissait le droit romain. En vertu de cette distinction, le dommage désigne la lésion subie proprement dite, tandis que le préjudice est l'effet du dommage arbitré par le droit<sup>11</sup>. Comme le souligne le professeur Le Tourneau, il faut distinguer l'atteinte à un corps (dommage corporel), à des choses (dommage matériel), à des droits (dommage immatériel) ou à des sentiments (dommage moral) de ses répercussions sur le patrimoine ou sur la personne de la victime<sup>12</sup>. On ne peut en effet clairement identifier et évaluer le préjudice économique sans le distinguer du dommage *stricto sensu*. Le cas de l'atteinte à l'image ou à la réputation d'un commerçant est à cet égard particulièrement révélateur. Généralement analysée comme un dommage moral, elle cause toutefois un préjudice patrimonial dont les méthodes d'évaluation diffèrent nécessairement : on indemnise en effet davantage une baisse future de clientèle qu'un honneur blessé<sup>13</sup>. Il est en outre tout à fait concevable qu'un dommage puisse être source de bénéfices pour la « victime » et que l'existence même d'un préjudice puisse être discutée. En matière économique, la réalisation d'un risque, telle la perte d'un marché au profit d'un concurrent, relève d'abord du cours normal de la « vie des affaires »<sup>14</sup>. Notre droit économique postule en effet que les gains procurés par la libre concurrence et l'innovation doivent pouvoir dépasser les pertes ou échecs ponctuels<sup>15</sup>. Prétendre appréhender un préjudice économique implique donc de distinguer entre « l'aléa économique » et les atteintes illicites au marché. L'existence d'un préjudice n'est donc pas une donnée brute, elle requiert une appréciation préalable : tout dommage, même imputable, n'est pas admissible au rang de préjudice réparable. Sur le terrain de l'évaluation, la distinction apparaît également pertinente. La créance de la victime n'a pas pour objet la chose lésée, mais une valeur. Par conséquent, si elle naît bien au jour du dommage, elle est évaluée au jour du jugement<sup>16</sup>. Sortie de la sphère exclusive du fait, la question de l'évaluation du préjudice redevient pour le juriste un objet d'intérêt et d'étude. Mais il ne faudrait pas tomber dans l'excès inverse et penser que le préjudice économique ne serait qu'une affaire de droit, accompagnée des vertus d'objectivité et de prévisibilité absolues que l'on serait tenté de lui prêter. De l'avis de nombreux auteurs, le recours à des barèmes ou à une nomenclature trop rigide doit être proscrit en la matière : l'évaluation du préjudice économique ne peut être détachée des circonstances de chaque espèce<sup>17</sup>. Une prédictibilité raisonnable des décisions de justice peut par ailleurs être assurée par le recours à des méthodes d'évaluation pertinentes<sup>18</sup>. Déterminer de telles méthodes implique toutefois de saisir le particularisme du préjudice économique. Celui-ci peut notamment être appréhendé dans le cadre même du fonctionnement du marché, dont les mécanismes orientent en grande partie l'action des entreprises.

C'est donc à une revalorisation de l'office du juge qu'invite la réflexion sur le préjudice économique. Le rôle de l'expert apparaît également au premier plan. Son intervention est souvent indispensable dans cette matière<sup>19</sup>. Le risque est alors aussi pour le juge de s'en remettre aveuglément à l'avis du « sachant ». D'où la nécessité de ne pas renoncer devant les difficultés techniques, de se former, de s'appuyer également sur les ressources de la procédure, et notamment sur le principe de la contradiction. L'exigence de motivation qui pèse sur le juge est également un bon rempart contre les partis-pris injustifiés ou techniquement erronés. Par ses contrôles, notamment « disciplinaires », de la motivation, la Cour de cassation s'efforce de garantir sa qualité, en accord avec le principe de l'appréciation souveraine du juge du fond<sup>20</sup>. La détermination du préjudice économique est davantage le fruit d'une dialectique entre faits et droit, inhérente au travail de qualification juridique. Les rôles respectifs du juge et de l'expert mériteraient dès lors d'être appréhendés au travers d'une conception réaliste du processus de décision<sup>21</sup>. Le cadre processuel d'intervention du juge offre les prémices de cette conception dynamique. C'est d'ailleurs sur ce plan que les exemples étrangers peuvent nous inspirer. Les systèmes de *Common Law*, par exemple, qui placent la procédure au cœur de l'intelligence du droit, donnent à voir une grande diversité de techniques, telle la règle du « *Daubert standard* », qui revient à ériger la crédibilité et le sérieux de l'expertise en conditions préalable de recevabilité<sup>22</sup>.

<sup>10</sup> Une grande partie de ces travaux, dont les actes issus du colloque précité sur l'évaluation des préjudices économiques, est diffusée sur le site internet des experts agréés près la Cour de cassation : <http://www.experts-cassation.org/documents/divers/documentation.php?lang=fr>. Il convient également de rappeler la publication par la Commission européenne d'un Livre vert (décembre 2005) et d'un Livre blanc (avril 2008) sur les actions en dommages-intérêts consécutives aux ententes et abus de position dominante (*infra*, II, A.). Parmi de nombreux autres travaux, on peut également citer le *Rapport relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs* (25 janvier 2011), rendu sous l'égide de l'Autorité des marchés financiers (AMF) par le groupe de travail présidé par J. Delmas-Marsalet et M. Ract-Madoux, membres du collège de cette autorité ([http://www.amf-france.org/documents/general/9967\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/9967_1.pdf)).

<sup>11</sup> En droit romain, le *damnum* se définissait comme la perte, par opposition au gain, le *lucrum*, et ne renvoyait donc pas à un objet juridique, à la différence du *praejudicium*, qui relevait du *jus* (H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1938, n° 23 ; cité par Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n° 1304 et s., et la bibliographie sur le sujet n° 1305, note 6).

<sup>12</sup> Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n° 1309. Voir également, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 24.

<sup>13</sup> Ph. Le Tourneau, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* 1998, p. 90. Voir toutefois Com., 15 mai 2012, pourvoi n° 11-10.278, *Bull.* 2012, IV, n° 101.

<sup>14</sup> Du « jeu normal de la concurrence », comme a pu le souligner la Cour de cassation (Com., 11 février 1980, pourvoi n° 78-12.626, *Bull.* 1980, IV, n° 66).

<sup>15</sup> Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz - Les éditions Thémis, Méthodes du droit, 2008, p. 340. Req., 24 mars 1942, *DA* 1942, 118 ; 2<sup>e</sup> Civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-14.569, *Bull.* 2010, II, n° 94.

<sup>16</sup> F. Bélot, *loc. cit.* ; O. Peronnet et M. de Boissésou, « Le point de vue de praticiens : avocats et experts », *Journ. sociétés*, juin 2007. Également, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 23, et Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 2515.

<sup>17</sup> Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 22.

<sup>18</sup> Ce que montre l'étude précitée réalisée par le SDER de la Cour de cassation (introduction au colloque de Nice précité sur l'évaluation des préjudices économiques, p. 19).

<sup>19</sup> *Infra*, II, B.

<sup>20</sup> Une telle conception trouve d'ailleurs un certain écho en économie des conventions (sur ce lien : O. Favereau, « La procéduralisation du droit et la théorie économique », in *Démocratie et procéduralisation du droit* (dir. P. Coppens et J. Lenoble), Bruylant, 2000, p. 155 et s.).

<sup>21</sup> *Infra*, II, B.

En première approche, on définira le préjudice économique comme la perte, juridiquement sanctionnée, d'une valeur actuelle ou future consécutive à une atteinte à l'activité d'une entreprise<sup>23</sup>. Il s'agit en effet d'appréhender le préjudice économique non comme une variété de préjudice patrimonial, mais comme une catégorie spécifique, affectée d'une logique de réparation singulière. On ne prétendra toutefois pas résoudre l'ensemble des questions de définition et d'évaluation que pose cette notion, mais donner un aperçu des problématiques qui la traversent et des principales conséquences qu'elle manifeste en droit positif. Après avoir exposé les conditions de reconnaissance d'un droit à réparation du préjudice économique (I), nous aborderons la problématique plus particulière de son évaluation (II).

## I. - Le droit à réparation du préjudice économique

La reconnaissance d'un préjudice économique doit être abordée sous l'angle statique des caractères requis par le droit (A), mais également sous l'angle dynamique des règles qui encadrent sa détermination par le juge (B).

### **A. - Les caractères du préjudice économique**

Le préjudice, qu'il soit délictuel ou contractuel, doit être licite, certain et personnel. Ces conditions sont applicables au préjudice économique (1), mais affichent à son sujet un certain particularisme (2).

#### *1. - Préjudice licite, personnel et certain*

La première condition qui pèse sur la reconnaissance d'un préjudice réparable est celle de sa licéité. On considère en effet traditionnellement que les règles de la responsabilité civile ne peuvent pas servir la défense d'intérêts ou des situations contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Si le maintien de cette condition de licéité du préjudice est discuté, elle semble conserver toute sa pertinence s'agissant du préjudice économique<sup>24</sup>. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi rappelé qu'une « victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites » (2<sup>e</sup> Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 06-10.131, *Bull.* 2007, II, n° 47). La chambre commerciale a également refusé d'indemniser un concessionnaire du chef de la perte d'une prime illicite au regard du droit de la concurrence (Com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-11.433)<sup>25</sup>. Le préjudice doit ensuite être personnel et certain<sup>26</sup>. Le dommage doit avoir été subi personnellement par la personne qui en demande la réparation. Les préjudices dits *par ricochet* ou *réfléchis* sont toutefois admis dans certains cas<sup>27</sup>. La condition de certitude vise d'abord les préjudices actuels. Mais la jurisprudence admet aussi la prise en compte des préjudices futurs, pourvu que leur réalisation soit suffisamment probable et non hypothétique<sup>28</sup>. Certains auteurs parlent de *préjudice virtuel* réparable, par opposition au *préjudice éventuel*, qui ne l'est pas tant qu'il ne s'est pas effectivement réalisé<sup>29</sup>. Le préjudice virtuel implique que soient réunies toutes les conditions de sa réalisation dans l'avenir. La survenance du préjudice éventuel est au contraire subordonnée à des événements dont rien ne dit qu'ils se réaliseront. Ces préjudices certains, actuels ou futurs, sont la *perte subie* ou le *gain manqué* (article 1149 du code civil)<sup>30</sup>. À cette classification traditionnelle, la jurisprudence a ajouté la *perte de chance*, laquelle peut également être actuelle ou future, mais ne constitue un préjudice indemnisable que si la chance perdue est sérieuse, c'est-à-dire si la probabilité que l'événement heureux survienne était importante. Son caractère hypothétique se traduit ensuite sur la méthode d'évaluation<sup>31</sup>. En matière de préjudice économique, les illustrations de pertes d'une chance sont nombreuses : impossibilité pour la victime de développer une clientèle ou de pénétrer un marché, d'exploiter une technologie, de renouveler un contrat de concession, d'éviter de contracter un emprunt ou un cautionnement disproportionné (Com., 15 février 2011, pourvoi n° 10-11.614), d'investir sur une valeur hautement risquée (Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.398) ou d'effectuer un placement sur une assurance-vie (Com., 15 février 2011, pourvoi n° 09-16.779).

#### *2. - Particularisme du préjudice en matière économique*

L'une des principales difficultés que va rencontrer le juge en matière économique sera de choisir la qualification adéquate entre perte subie, gain manqué et simple perte de chance. Une bonne compréhension du contexte économique est en tout cas un préalable indispensable. Le juge peut en effet s'appuyer sur les mécanismes du marché pour apprécier l'existence ou les contours du préjudice. C'est ce qu'illustrent les hypothèses de rupture des négociations ou encore d'une relation commerciale en cours. En matière de pourparlers

<sup>23</sup> Nous nous référons ainsi à la définition proposée par Ph. Stoffel-Munck (*op. cit.*, p. 26).

<sup>24</sup> Sur ce constat du déclin de cette condition : L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, p. 37. Son recul dans certains domaines illustre peut-être davantage celui du recours à la notion de bonnes mœurs que la disparition de la condition de licéité elle-même.

<sup>25</sup> Toutefois, un revirement de jurisprudence se dessine peut-être à ce sujet. Dans un arrêt 2<sup>e</sup> Civ., 30 juin 2011 (pourvoi n° 10-30.838, *Bull.* 2011, II, n° 146), la Cour de cassation a en effet jugé que devait être réparé un préjudice résultant d'une activité de jeu illicite (interdiction de jouer frappant la victime), comprenant, outre le paiement des gains, le remboursement des pertes, sous réserve de l'existence d'une faute de la victime partiellement exonératoire.

<sup>26</sup> On ajoute traditionnellement à ces conditions celle du caractère direct, mais celui-ci renvoie à l'exigence d'un lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice, que l'on n'abordera pas ici, si ce n'est pour souligner que le choix fait par le juge entre les différentes théories de la causalité détermine également les contours du préjudice réparable.

<sup>27</sup> Pour une illustration de ce type de préjudice dans le domaine économique, voir la problématique de l'indemnisation des préjudices causés par les atteintes générales au marché que sont les ententes et abus de position dominante : *infra*, II, A.

<sup>28</sup> Req., 1<sup>er</sup> juin 1932, *D.* 1933, 1, 102.

<sup>29</sup> Ph. Le Tourneau (*dir.*), *op. cit.*, n° 1412.

<sup>30</sup> En matière contractuelle, le débiteur défaillant n'est tenu de réparer que les dommages prévisibles (article 1150 du code civil). La raison classiquement invoquée était que le contrat tirait sa force obligatoire de la volonté des parties, et ne pouvait donc obliger celles-ci qu'à ce qu'elles avaient pu raisonnablement prévoir. La doctrine civiliste contemporaine préfère y voir une illustration de l'absence d'une véritable responsabilité contractuelle, mais seulement d'une compensation de l'inexécution du contrat. Cette prévisibilité concerne les seules conséquences de l'inexécution et non leur évaluation, qui doit être faite au jour de la décision (Ph. Le Tourneau (*dir.*), *op. cit.*, n° 1034).

<sup>31</sup> *Infra*, II, A.

précontractuels, par exemple, le principe est la liberté de rompre unilatéralement. La rupture ne saurait être en soi constitutive d'une faute. Toutefois, les négociateurs peuvent voir leur responsabilité engagée pour faute lorsque les circonstances de la rupture caractérisent une certaine brutalité, voire une atteinte à une sorte d'« éthique précontractuelle », reposant notamment sur les obligations de bonne foi et de loyauté. Les préjudices réparables, c'est-à-dire causés par la faute dans la rupture, sont ceux que la victime aurait pu éviter si les pourparlers n'avaient pas été entrepris. Sont ainsi réparables les frais de négociation liés à la perte de temps, d'argent et de crédit. Des dommages-intérêts peuvent également être accordés pour indemniser des frais d'études, voire la mise au point d'un procédé ou d'un prototype (par ex., Com., 7 janvier 1997, pourvoi n° 94-11.731). Mais sont également théoriquement réparables les opportunités perdues, y compris la conclusion d'un contrat avec un tiers. Toutefois, les chances de succès de cette autre piste contractuelle risquent d'être bien souvent très hypothétiques et donc rarement admises, et encore plus difficile à évaluer<sup>32</sup>.

Traditionnellement, la jurisprudence acceptait dans de telles circonstances d'indemniser, outre le montant des frais engagés dans la négociation, la perte de chance de contracter elle-même<sup>33</sup>. Dans un arrêt important du 26 novembre 2003 (pourvoi n° 00-10.243, *Bull.* 2003, IV, n° 186), la chambre commerciale a toutefois jugé que « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat » et a considéré qu'une cour d'appel avait « décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par [la victime] n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ». La troisième chambre civile a repris cette solution (3<sup>e</sup> Civ., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-20.040, *Bull.* 2006, IV, n° 164<sup>34</sup>, et 7 janvier 2009, n° 07-20.783<sup>35</sup>). Ces arrêts se comprennent bien dès lors que la faute réside dans le comportement décevant qu'a développé le négociateur (avoir laissé croire jusqu'au bout que le contrat se conclurait, alors qu'il savait qu'il n'en serait rien) ou plus généralement dans les circonstances entourant la rupture, et non dans sa décision finale de rompre les pourparlers, qui est libre. Or, seule cette dernière entraîne la perte de chance<sup>36</sup>. La solution ancienne ne permettait pas en outre de prendre en compte le fait que ne pas conclure le contrat a pu permettre d'éviter à la victime la survenance d'un dommage plus grand ou permis de conclure un meilleur contrat<sup>37</sup>. Cette solution risquait également d'empêcher le cocontractant d'optimiser l'allocation de ses ressources par un meilleur engagement avec un tiers qui en aurait également profité (même si l'exigence d'une faute et le rappel du principe de la liberté de rompre limitaient déjà grandement ce risque). Ce dernier point de vue semble d'ailleurs pouvoir s'autoriser des conclusions de certains travaux relevant de l'*analyse économique du droit*<sup>38</sup>. Cette discipline appréhende les questions du préjudice et de son indemnisation comme pièce maîtresse du système de responsabilité civile, lequel doit mettre en œuvre des mécanismes incitatifs<sup>39</sup>. Cette approche postule une grande rationalité des agents économiques, qui les conduit à désirer la maximisation de leurs profits en fonction d'un calcul coût-avantage. Les règles gouvernant la responsabilité civile sont dès lors considérées comme efficaces si elles permettent une allocation optimale des coûts des dommages et fournissent une structure incitative efficace pour susciter des comportements aptes à minimiser leur survenance, que ce soit par la prise de précautions ou l'ajustement de leur activité par les agents économiques. Autrement dit, la réparation octroyée à la victime doit permettre d'inciter le responsable à agir ou à prendre des précautions de manière économiquement et collectivement efficiente<sup>40</sup>. Cette analyse fait ressortir le caractère intrinsèquement collectif du préjudice économique, qui s'inscrit dans un système de relations complexes et solidaires<sup>41</sup>.

Ces difficultés pour caractériser l'existence d'un préjudice certain redoublent lorsque celui-ci n'est que virtuel. Le contentieux de la concurrence déloyale, relevant de la responsabilité civile délictuelle, en fournit une bonne illustration. On a pu en effet considérer qu'en cette matière, le préjudice n'était plus une condition de la responsabilité ou, du moins, que son existence était automatiquement déduite de celle de la faute. Mais

<sup>32</sup> Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n° 845.

<sup>33</sup> O. Deshayes, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 200.

<sup>34</sup> *JCP* 2006, éd. G, I, 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck.

<sup>35</sup> *RTD civ.* 2009, p. 113, obs. B. Fages.

<sup>36</sup> S. Menu, « Réflexion sur le préjudice précontractuel », *LPA* 2006, n° 23, p. 6.

<sup>37</sup> Sur la prise en compte de ce type de conséquences favorables : Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 1305 et 1425. Voir également les exemples cités par Ph. Stoffel-Munck (*op. cit.*, p. 23 et 24), ainsi que *JCP* 2011, éd. G, n° 15, 435, où cet auteur fait une interprétation *a contrario* de 2<sup>e</sup> Civ., 12 février 2009, pourvoi n° 08-12.706, *Bull.* 2009, II, n° 41.

<sup>38</sup> Grégory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Droit & Économie, 2005, p. 172. Pour une analyse juridique et économique croisée de la rupture d'une relation contractuelle et de ses conséquences, voir notamment : S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005, p. 223 ; B. Deffains et Samuel Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTD civ.* 2010, p. 719, ainsi que l'ouvrage *Droit et économie des contrats*, issu d'un cycle de conférences organisées à la Cour de cassation (dir. C. Jamin, Droit & économie, LGDJ/Lextenso éditions, 2008).

<sup>39</sup> Pour une présentation synthétique des travaux au sein de ce courant théorique très important aux États-Unis (*Law & Economics*), voir notamment : Grégory Maitre, *op. cit.*, spéc. p. 155-189 ; Thierry Kirat, Frédéric Marty, *Économie du droit et de la réglementation*, Gualino éditeur, 2007, p. 63-87 ; Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 339-342.

<sup>40</sup> Grégory Maitre, *op. cit.*, p. 158. En sens contraire, sur le caractère prétendument inadéquat de cette solution sur le plan économique : B. Fages, *loc. cit.*

<sup>41</sup> Une problématique similaire existe à propos de l'indemnisation du préjudice résultant d'un abus dans la rupture des relations commerciales établies (article L. 442-6, I, 5<sup>e</sup>, du code de commerce), qui vise à réparer le préjudice entraîné par le caractère brutal de la rupture et non le préjudice découlant de la rupture elle-même. Le préjudice réparé comprend dès lors, en principe, seulement le gain manqué durant la période normale de préavis. Les juges tiennent compte le plus souvent de la marge bénéficiaire brute dont le concessionnaire évincé a été privé (par ex., Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-12.788), en se référant notamment aux bénéfices moyens antérieurs. Certains auteurs font toutefois valoir que la précocité de la cessation des relations contractuelles n'engendre peut-être qu'une simple perte d'opportunité d'obtenir ces bénéfices, car il n'est pas certain que si la relation s'était prolongée, le niveau antérieur de profit eût été maintenu (M. Oudin, « Rupture brutale de relations commerciales établies : le juge et les attentes légitimes des parties », *RJDA*, janvier 2011, p. 3. Pour de nombreuses illustrations des préjudices survenant dans ce type de circonstances, voir également : O. Deshayes, « Le dommage réparé en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RJDA*, juillet-août 2010, n° 2981).

une autre analyse est possible, en vertu de laquelle les actes de concurrence déloyale ou de parasitisme permettent de qualifier un préjudice consistant, d'abord, en l'altération de la capacité de concurrence d'un opérateur économique, avant toute perte quantifiée de clientèle<sup>42</sup>. La première conséquence de l'existence de ce préjudice est de pouvoir justifier d'un intérêt né et actuel pour en demander la cessation<sup>43</sup>. Il a en effet été mis en lumière, notamment en droit de la concurrence, la fonction d'abord préventive et normative de la responsabilité civile, qui vise davantage à déterminer et faire cesser l'illicite qu'à indemniser *stricto sensu* la victime, et qui peut dès lors être mise en œuvre en l'absence de tout dommage proprement dit<sup>44</sup>. En ce sens, le préjudice concurrentiel est d'abord une atteinte à la concurrence elle-même, que l'on est en droit de faire cesser, ce que recouvre la notion consacrée par la jurisprudence de « trouble commercial »<sup>45</sup>. Cette compréhension du préjudice concurrentiel nous semble trouver un fondement suffisant dans la distinction entre dommage et préjudice<sup>46</sup>. La victime de tels agissements peut-elle toutefois obtenir des dommages-intérêts en l'absence de toute perte de valeur quantifiable ? De nombreux auteurs le soutiennent, en faisant valoir que les juges du fond se montrent relativement laxistes sur cette question, en accordant des dommages-intérêts dans des hypothèses où cette preuve ne semblait pas être rapportée<sup>47</sup>. En revanche, la position de la Cour de cassation à cet égard n'est peut-être pas aussi fixée que ce qu'on laisse parfois entendre. Celle-ci rappelle régulièrement l'exigence de démonstration d'un dommage, au sens d'une perte de valeur, pour obtenir des dommages-intérêts<sup>48</sup>. La lecture en sens contraire de certains arrêts apparaît très contestable au regard du rôle et de la technique que met en œuvre la Haute juridiction judiciaire. Ainsi, lorsqu'elle rappelle le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation ne renonce pas pour autant à faire de l'existence d'un préjudice une condition du mécanisme de responsabilité, mais choisit de n'opérer qu'un contrôle léger, soit que la question posée en l'espèce revêt une dimension particulièrement factuelle, soit qu'elle considère ne pas pouvoir adopter de position de principe, par exemple quant à la qualification de véritable gain manqué ou d'une perte de chance du préjudice en cause. Cela relève d'un choix de politique jurisprudentielle, dont on peut critiquer les conséquences sans méconnaître ou nier l'existence. Les questions de la certitude ou du sérieux du préjudice, ainsi que celles relatives à sa nature, vont alors se poser sur le terrain de l'évaluation, dont la mise en œuvre fait l'objet d'un contrôle pour le moins « disciplinaire » de motivation<sup>49</sup>. C'est alors davantage l'absence de critères fiables ou de procédure particulière pour apprécier la pertinence des méthodes d'évaluation mises en œuvre par les juges du fond qui risque de vider de toute substance l'obligation de prouver l'existence d'un préjudice. Dans des arrêts récents, la Cour de cassation n'a d'ailleurs pas hésité à se livrer à un contrôle poussé de l'évaluation mise en œuvre par les juges du fond<sup>50</sup>. En revanche, le recours dans certains arrêts à la notion de dommage moral nous semble être une mauvaise solution<sup>51</sup>. Notamment parce que, s'agissant d'une question de droit, la notion est tout aussi fictive, mais risque en outre de compliquer davantage le recours à une méthode d'évaluation fiable<sup>52</sup>. Il résulte ainsi de ces développements que la reconnaissance d'un préjudice économique demeure tributaire de l'appréciation circonstanciée du juge, laquelle doit être appréhendée sous l'angle des principes encadrant sa réparation.

## B. - Les principes gouvernant la réparation du préjudice économique

Le juge dispose d'une certaine liberté pour évaluer le préjudice et choisir le mode de réparation adéquate (1). La matière du préjudice économique fait toutefois preuve ici aussi d'un certain particularisme, en éprouvant les contours traditionnels du principe de réparation intégrale (2).

### 1. - La réparation intégrale du préjudice économique

Le principe de la réparation intégrale est souvent présenté comme résumant l'office du juge en la matière<sup>53</sup>. Il n'en constitue toutefois qu'un cadre, et c'est d'abord à l'aune de la diversité des formes et des fonctions

<sup>42</sup> M.-L. Isorche, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.* 1998, p. 17, n° 44 à 52. La déloyauté dans le commerce consiste « à porter atteinte à la capacité concurrentielle d'une entreprise, c'est-à-dire à son aptitude à conquérir ou conserver une clientèle mouvante » (G. Canivet, Exposé introductif général, in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.* 2001, 2, doct. 1650, II, A).

<sup>43</sup> Com., 22 octobre 1985, pourvoi n° 83-15.096, *Bull.* 1985, IV, n° 245.

<sup>44</sup> Notamment, P. Le Tourneau, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* 1998, p. 93. Conclusion réitérée par des travaux récents, notamment : Cyril Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Thèse, préf. R. Bout, avant-propos Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008. Pour les références aux travaux ayant remis en lumière cette dimension de la responsabilité civile, voir Ph. Le Tourneau, « Parasitisme-Régime juridique », *Juris-Classeur Concurrence-Consommation*, fasc. 228, n° 13.

<sup>45</sup> P. Le Tourneau, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *op. cit.*, p. 88.

<sup>46</sup> Sur cette distinction, voir *supra*, introduction. Certains auteurs préfèrent toutefois parler de « dommage concurrentiel » au lieu de préjudice, pour ce qui est de l'atteinte à la concurrence elle-même, et de « préjudice » lorsqu'une atteinte au patrimoine de la victime est constatée (Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial Dalloz*, janvier 2012, n° 119).

<sup>47</sup> J. Passa, « Domaine de l'action en concurrence déloyale », *Juris-Classeur Concurrence-Consommation*, fasc. 240, n° 75. Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, *op. cit.*, spéc. n° 128-133.

<sup>48</sup> Com., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-16.512 ; Com., 10 janvier 1989, pourvoi n° 87-11.498, *Bull.* 1989, IV, n° 12 ; Com., 6 janvier 1987, pourvoi n° 85-14.434.

<sup>49</sup> Par exemple : Com., 29 juin 1993, pourvoi n° 91-18 990, *Bull.* 1993, IV, n° 270 et n° 91-21.764 (deux arrêts). Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a articulé cette existence d'un trouble commercial avec l'exigence d'une perte supplémentaire pour obtenir des dommages-intérêts, en inversant la charge de la preuve à l'égard du défendeur (Com., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.861).

<sup>50</sup> Sur la notion d'appréciation souveraine et cette évolution du contrôle exercé par la Cour de cassation en la matière, voir *infra*, II, B.

<sup>51</sup> Selon la formule suivante : « il découle nécessairement des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice, fût-il moral [...] » (par exemple : Com., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-15.145 ; Com., 27 février 1996, pourvoi n° 94-16.885 ; Com., 9 février 1993, pourvoi n° 91-12.258, *Bull.* 1993, IV, n° 53). D. Fasquelle, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.* 1998, p. 763.

<sup>52</sup> Grégory Maître, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 167-169. Et *supra*, note n° 13. L'emploi d'un préjudice économique de la notion de préjudice moral a toutefois été consacré par la loi du 29 octobre 2007 en matière de contrefaçon (*infra*, II, A).

<sup>53</sup> En vertu d'une formule classique selon laquelle « [l]e propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » (2<sup>e</sup> Civ., 28 octobre 1954, *Bull.* II, n° 328).

de la réparation que doit être compris l'office du juge du fond et son pouvoir d'appréciation. L'existence et l'étendue du préjudice relèvent en effet de l'appréciation souveraine des juges du fond (chambre mixte, 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, *Bull.* 2002, Ch. mixte, n° 4). Il en est de même des modalités de la réparation. Toutefois, la Cour de cassation impose au juge du fond « d'évaluer le dommage dont [il a] constaté l'existence en son principe »<sup>54</sup>. Dans la limite de ce qui est demandé par le titulaire de la créance de réparation (2<sup>e</sup> Civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 09-13.376, *Bull.* 2010, II, n° 54), le juge choisit d'abord le mode de réparation adapté, entre une réparation en nature ou par équivalent<sup>55</sup>. Mais l'indemnisation n'épuise pas la réparation : une remise en état, voire la publication d'un jugement de condamnation peuvent ainsi parfaitement remplir ce rôle, s'agissant, par exemple, de la réparation de l'atteinte à la réputation subie par un commerçant<sup>56</sup>. On a précédemment souligné que la responsabilité civile avait d'abord pour fonction de faire cesser l'illicite<sup>57</sup>. Cette logique gouverne aujourd'hui largement le droit de la responsabilité en matière de concurrence déloyale et de contrefaçon<sup>58</sup>. Notre droit prévoit à cette fin des moyens procéduraux efficaces. Le contentieux des référés offre ainsi de nombreux exemples dans le domaine économique, s'appuyant sur plusieurs dispositifs juridiques spéciaux<sup>59</sup>. Une réflexion s'est par ailleurs engagée depuis quelques temps déjà sur l'opportunité d'introduire en droit français un mécanisme comparable à la « *class action* » (action de groupe) du droit américain. Un tel mécanisme est souvent présenté comme devant participer d'une meilleure appréhension des préjudices économiques, en permettant notamment à un ensemble d'individus ayant subi des préjudices modestes en comparaison du coût qu'engendrerait une action en justice de se réunir pour mener collectivement une action. L'avantage social d'une telle action serait ainsi de pouvoir faire cesser des pratiques de grande échelle qui faussent le fonctionnement normal du marché<sup>60</sup>. Affleure ici, de nouveau, l'idée du caractère nécessairement collectif de certains préjudices économiques résultant d'une atteinte au marché ou ayant contribué à fausser son fonctionnement. Pour autant, notre droit connaît déjà des actions de nature collective permettant de faire cesser des atteintes à l'intérêt général ou un intérêt collectif, notamment en matière économique<sup>61</sup>.

## 2. - Vers une réinterprétation du principe de réparation intégrale en matière économique ?

La jurisprudence rappelle régulièrement, au nom du principe de réparation intégrale, que l'indemnisation doit réparer tout le dommage, mais rien que le dommage. Puisqu'il s'agit de replacer la victime dans l'état où elle se trouvait avant la survenance du dommage, de telle sorte qu'il puisse y avoir, selon l'expression de certains arrêts, « *ni perte ni profit* » (2<sup>e</sup> Civ., 23 janvier 2003, pourvoi n° 01-00.200, *Bull.* 2003, II, n° 20). De même, l'indemnisation ne doit pas dépendre de la gravité de la faute ni du comportement de la victime (2<sup>e</sup> Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 0915.426). Le principe de la réparation intégrale interdit enfin l'allocation de dommages-intérêts forfaitaires. Or ces règles sont mises à l'épreuve par la spécificité du préjudice économique. La problématique de l'indemnisation d'une contrefaçon illustre bien les limites de cette compréhension traditionnelle du principe. L'une des méthodes classiquement usitées pour évaluer le préjudice résultant d'une contrefaçon, notamment en présence d'un brevet non exploité, est d'octroyer une sorte de « redevance indemnitaire » correspondant, en principe, à celle qu'aurait dû payer le contrefacteur au breveté si celui-ci lui avait concédé contractuellement une licence d'exploitation. Mais une application trop stricte du principe de réparation intégrale aurait toutefois risqué de priver le mécanisme de tout intérêt : le contrefacteur n'aurait pas été dissuadé d'agir ou de recommencer dès lors qu'il risquait seulement d'être condamné à la redevance qu'il aurait payée s'il avait demandé son autorisation au titulaire. Certains auteurs ont d'ailleurs souligné qu'en la matière, sous couvert d'appréciation souveraine, les juges du fond majoraient souvent le taux de redevance indemnitaire<sup>62</sup>. Tenant compte du fait que le contrefacteur n'est nullement un licencié

<sup>54</sup> Encore récemment : 3<sup>e</sup> Civ., 2 févr. 2011, pourvoi n° 10-30.427. Sur cette jurisprudence : C. Bléry et L. Raschel, *Procédures*, n° 4, avril 2011, alerte 17.

<sup>55</sup> S'agissant de la réparation par équivalent, celle-ci peut-être allouée sous forme de rente ou de capital. Ce mode de réparation s'impose par ailleurs au juge si la réparation en nature est impossible, matériellement ou moralement (par ex., article 1142 du code civil). On distingue en outre le compensatoire, qui indemnise le préjudice né de l'inexécution contractuelle (article 1149 et 1150 du code civil) ou du fait dommageable en matière délictuelle, du moratoire, qui indemnise le retard dans l'exécution du contrat ou du jugement de condamnation (articles 1153, 1153-1, 1154 du code civil, ainsi que les intérêts moratoires propres à la matière commerciale de l'article L. 441-6, alinéa 5, du code de commerce).

<sup>56</sup> Ph. Le Tourneau parle d'ailleurs de « *principe de réparation appropriée* » (Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 2523).

<sup>57</sup> *Supra*, I, A.

<sup>58</sup> Tend ainsi à faire cesser l'illicite, avant toute démonstration de l'existence d'un dommage, la suppression d'une enseigne ou d'un nom commercial pris déloyalement au préjudice d'un concurrent, de même que la radiation d'une marque déposée frauduleusement.

<sup>59</sup> L'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 a ainsi institué un « référé-concurrence » selon les mêmes conditions que le référé civil ou commercial de droit commun. Des dispositions particulières existent également en matière de propriétés intellectuelles, s'agissant notamment des contrefaçons de bases de données (article L. 343-2 du code de la propriété industrielle), de dessins et modèles (article L. 521-6 du code de la propriété industrielle), de brevets (article L. 615-3 du code de la propriété industrielle), d'obtentions végétales (article L. 623-27 du code de la propriété industrielle) ou de marques et autres signes distinctifs (articles L. 716-6 et L. 722-3 du code de la propriété industrielle). On peut également citer les procédures de *disclosure* (RU) et de *discovery* (EU), connues des droits de *Common Law*, qui garantissent une certaine efficacité de la recherche des preuves, et dont la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon semble s'être inspirée en instaurant un véritable droit à l'information, permettant au juge d'obtenir du contrefacteur et de toute la filière de contrefaçon la délivrance d'informations essentielles pour appréhender le coût économique subi par la victime.

<sup>60</sup> Le projet d'introduction d'une *class action* dans notre droit a fait l'objet d'une littérature importante. On se contentera de renvoyer à une présentation claire du mécanisme du droit américain in S. Guinchard (dir.), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2011, § 307 *ter*, ainsi qu'à une analyse économique des avantages et inconvénients de la reconnaissance dans notre droit d'une telle action : B. Deffains, M. Doriat-Duban et E. Langlais, *Economie des actions collectives*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2008.

<sup>61</sup> Par exemple, en droit de la concurrence (article L. 470-7 du code de commerce). On peut également citer, en droit des sociétés, l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, ouverte aux actionnaires (article L. 225-252 du code de commerce). De même, en matière boursière, avec l'action en représentation conjointe des investisseurs (article L. 452-1 et s. du code monétaire et financier). Parmi les recommandations du rapport précité réalisé au sein de l'AMF, figurent des propositions d'amélioration de cette dernière action, dont il a été souligné qu'elle pouvait constituer une modalité pertinente d'introduction d'un véritable mécanisme de « recours collectif » en droit français, mais dont il a également été fait le constat qu'elle n'était pratiquement pas utilisée.

<sup>62</sup> B. May, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Propriété industrielle*, 2008, n° 3, étude 4.

contractuel, la chambre commerciale a quant à elle considéré « *qu'en retenant à l'égard des contrefacteurs un taux de redevance supérieur à celui consenti à des cocontractants choisis par le titulaire du brevet, la cour d'appel n'a fait qu'apprécier souverainement le montant du préjudice effectivement causé par les agissements fautifs* » (Com., 19 février 1991, pourvoi n° 89-12.333). La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 permet désormais expressément au juge de prendre en compte les bénéfices réalisés par le contrefacteur<sup>63</sup>. En matière de concurrence déloyale, il a également été relevé que les juges du fond étaient tentés de prendre en compte, dans l'évaluation des préjudices, les avantages procurés au concurrent déloyal, que ce soit par la réalisation d'économies ou de bénéfices illégitimes<sup>64</sup>.

Au-delà de la prise en compte des bénéfices réalisés par l'auteur du préjudice, certains plaident pour l'admission en matière économique de véritables *dommages-intérêts punitifs* (inspirés des *punitives damages* des droits de *Common Law*). Le recours à ce type de mécanisme a notamment été théorisé par l'*analyse économique du droit*, pour qui, on l'a dit, l'indemnisation du préjudice économique doit avoir un caractère incitatif, susceptible de dissuader des comportements et d'encourager à prendre des précautions ou à adapter son activité<sup>65</sup>. Les dommages-intérêts punitifs peuvent jouer un rôle de mécanisme correcteur lorsque le principe de réparation intégrale ne suffit pas à produire cet effet incitatif<sup>66</sup>. De même que les dommages-intérêts punitifs, l'obligation de minimiser son dommage (*duty to mitigate*) peut faire office de mécanisme correcteur pour éviter des sur-réparations inefficaces<sup>67</sup>. Selon certains auteurs, si cette obligation devait être reconnue un jour en droit français, ce serait certainement sur le terrain du préjudice économique<sup>68</sup>. La question de l'existence d'une telle obligation se pose en effet dans des termes différents dans le monde des affaires, où une grande rationalité peut davantage être exigée des acteurs économiques. C'est ce qu'a par exemple jugé la cour d'appel de Douai à propos d'une société s'étant complu dans sa dépendance économique à l'égard d'une autre et ayant ainsi dû cesser son activité lors de la résiliation fautive du contrat, en relevant qu'« *en agissant comme ils l'ont fait, les dirigeants de la société [dépendante] ont délibérément accepté un risque ; la cour ne peut pas ne pas tenir compte de cette acceptation du risque dans l'indemnisation du préjudice économique* » (CA Douai, deuxième chambre, 15 mars 2001, SA Auchan c/ SA PBC<sup>69</sup>). Du reste, la règle ne serait pas nécessairement en contradiction avec le principe de la réparation intégrale puisque, comme on l'a précédemment rappelé, il ne doit résulter de l'indemnisation « *ni perte ni profit* ». La Haute juridiction judiciaire semble toutefois refuser de l'admettre en l'état (2<sup>e</sup> Civ., 19 juin 2003, pourvois n° 01-13.289 et 00-22.302, Bull. 2003, II, n° 203)<sup>70</sup>. Ces mécanismes font en revanche partie des principales innovations des projets de réforme du droit des obligations (projets Catala et Terré)<sup>71</sup>. Le principe de réparation intégrale constitue en définitive un cadre minimal d'action pour le juge, dont la référence risque de devenir tautologique lorsqu'elle tend à masquer la véritable difficulté que représente le choix d'une méthode fiable d'évaluation. L'élaboration de telles méthodes constitue ainsi l'un des principaux enjeux d'une bonne appréhension de la notion de préjudice économique.

## II. - L'évaluation du préjudice économique

En partant de la typologie classique de perte subie, gain manqué et perte de chance, doctrine et praticiens ont élaboré des méthodes d'évaluation du préjudice économique. La loi a parfois précisé aux juges les éléments à prendre en compte, tandis que certains types de préjudice économique font l'objet de réflexions spécifiques (A). Mais, au-delà des modèles théoriques disponibles, il convient à nouveau d'appréhender l'évaluation du préjudice économique sous l'angle plus dynamique du processus de décision du juge, qui participe aussi de sa qualité (B).

### A. - Les méthodes d'évaluation du préjudice économique

La distinction prévue par l'article 1149 du code civil entre la perte éprouvée et le gain manqué, auxquels la jurisprudence a ajouté la notion de perte de chance, demeure la base des principales méthodes d'évaluation (1). Dans certaines matières spécifiques, telles que l'indemnisation des actes de contrefaçon ou celle des conséquences issues des atteintes générales au marché, des dispositifs d'évaluation spéciaux voient le jour (2).

#### 1. - Problématique générale de l'évaluation : perte éprouvée, gain manqué et perte de chance

##### a) La perte éprouvée

La perte éprouvée est la perte effectivement subie par le créancier du fait de l'inexécution d'une obligation contractuelle, d'un délit ou quasi-délit, c'est-à-dire « *l'amoindrissement pécuniaire qui s'inscrit dans le patrimoine* » (Cornu), à la suite d'une inexécution contractuelle ou d'un fait dommageable. La perte éprouvée est le cœur même du dommage, le *damnum emergens* (dommage naissant). Il s'agit de constater la réalité des biens détruits ou des frais engagés, de déterminer leur valeur et leur coût. Cette évaluation repose sur

<sup>63</sup> *Infra*, II, A.

<sup>64</sup> P. Le Tourneau, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *op. cit.*, p. 90.

<sup>65</sup> *Supra*, I, A.

<sup>66</sup> Grégory Maitre, *op. cit.*, p. 180.

<sup>67</sup> Grégory Maitre, *op. cit.*, p. 173. Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau, *op. cit.*, p. 342.

<sup>68</sup> Ph. Stoffel-Munck, citant 3<sup>e</sup> Civ., 9 février 2005, pourvoi n° 03-19.609, Bull. 2005, III, n° 32 (« Le préjudice économique : propos introductifs », *op. cit.*, p. 25).

<sup>69</sup> D. 2002, 307 ; JCP 2001, éd. E, n° 47, p. 1861.

<sup>70</sup> RTD civ. 2003, 716, obs. P. Jourdain.

<sup>71</sup> Pour un aperçu rapide des formes et modalités envisagées : M. Chagny, « Quel dommage réparable ? Quelle réparation ? », *Les experts-comptables de justice et l'évaluation des préjudices économiques*, Colloque CNECJ précité, 30 septembre 2011, p. 27-28 ; du même auteur, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. - Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », JCP, 21 juin 2006, éd. G, n° 25, I, 149.

la recherche d'éléments factuels (devis, commandes, factures, contrats...)72. La perte éprouvée comporte généralement les éléments suivants : pertes matérielles et immatérielles, dépenses induites. S'agissant des pertes matérielles, l'analyse financière et comptable invite à distinguer entre plusieurs types de valeur dont le mode d'appréhension peut différer selon la nature (périssable ou non) et/ou l'usage de la chose détruite ou détériorée (destinés à la vente par exemple) : valeur de remplacement, valeur vénale ou valeur d'usage73. On retrouve ainsi sur le terrain comptable la nécessité de distinguer l'atteinte subie de ses effets sur le patrimoine ou l'activité de l'entreprise. La jurisprudence a depuis longtemps posé des critères d'évaluation qui prennent en compte ces distinctions. Le principe est que la réparation doit être égale au montant nécessaire à la remise en état de la chose, c'est-à-dire au coût total de sa réparation, calculé en fonction du cours moyen des prestations nécessaires à sa remise en état. Si celle-ci est impossible ou que son coût excède la valeur de la chose, la réparation due sera égale à la valeur de remplacement, c'est-à-dire au prix de revient total d'un objet de même type et dans un état semblable. Enfin, si la marchandise détériorée était destinée à la vente, la réparation due sera égale à la valeur de la chose avant le dommage74.

Les pertes immatérielles peuvent être variées : atteinte à l'enseigne, au nom commercial, droit au bail, clientèle, brevets d'invention, licences, marques, dessins et modèles industriels, logiciels (...)75. L'évaluation du préjudice résultant d'une telle atteinte peut relever de l'évaluation du coût de son remplacement (une licence ou un droit au bail par exemple) ou du gain manqué lié à la privation de son exploitation, c'est-à-dire une perte affectant la valorisation de ces éléments incorporels. Les dépenses induites, enfin, sont purement matérielles. Dans certains cas, l'entreprise aura dû engager des dépenses pour s'adapter (restructuration, réduction d'effectifs), pour compenser l'effet du dommage (dépenses de communication). Il existe également, au titre des pertes subies, un poste particulier, qualifié de préjudice financier, qui a fait l'objet de développements substantiels au cours d'un colloque de la compagnie des experts de justice sur la question du préjudice d'exploitation76. En effet, les dépenses complémentaires et le manque à gagner subis par la victime ont nécessairement eu une incidence sur sa trésorerie. Si celle-ci était « tendue », la société a pu être conduite à recourir à des emprunts ou des découverts bancaires, lesquels aggravent son préjudice. Si elle avait une trésorerie positive, son gain manqué a pu se trouver également accru, du fait de la trésorerie dont elle a été privée77. La nature de ce préjudice n'est donc pas évidente. Selon les cas, il peut s'agir d'une perte subie ou d'une perte de chance d'éviter un dommage78.

#### b) Le gain manqué et la perte de chance

- Définition et problématique de l'évaluation du gain manqué :

Le gain manqué (*Lucrum cessans* : le profit cessant) ne doit pas être confondu avec la perte de chance : le gain manqué est un manque à gagner certain (le gain était dû et aurait dû être perçu), alors que la perte d'une chance est un manque à gagner probable79. L'évaluation du gain manqué donne lieu à des recherches le plus souvent prospectives. Les gains manqués peuvent être décomposés ainsi : gains manqués par la perte totale ou partielle de volumes80, par augmentation des prix de revient81, et par la perte de chance. La première hypothèse correspond à la marge bénéficiaire manquée. Celle-ci ne saurait être assimilée purement et simplement au chiffre d'affaires ni au bénéfice net, mais correspond à la marge sur coûts variables, c'est-à-dire un chiffre d'affaires diminué de toutes les charges variables qu'aurait encouru l'entreprise pour réaliser le chiffre d'affaire manqué82. La détermination du chiffre d'affaires perdu est relativement aisée quand la période d'observation est courte, comme cela peut être le cas en présence d'une rupture brutale de contrat. Elle est plus délicate quand la période d'observation est plus longue et qu'il faut tenir compte de l'évolution prévisionnelle de la conjoncture économique83. Dans les deux cas, il faudra mettre en œuvre des approches d'estimations différentielles entre ce qui a été et ce qui aurait dû être. Si la production était prévisible, mesurable sur la base de données historiques (carnets de commandes...), l'estimation peut être assez facile. Si l'on est dans le domaine de la pure estimation, il s'agira plutôt de perte de chance. Telle est notamment l'hypothèse du préjudice économique subi par une entreprise « nouvelle ou innovante »84. Ph. Le Tourneau résume cette problématique de l'évaluation du gain manqué par la mise en lumière de deux méthodes. La première, dite par analogie ou comparaison, consiste à choisir un indicateur, tel le chiffre d'affaires réalisé dans une période et une conjoncture antérieure comparable. La seconde, dite de projection ou modélisation, est prospective et implique une étude de probabilité. Cette seconde méthode est plus incertaine, mais demeure

72 Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 1515.

73 P. Lajouane et T. Borel, « La perte subie et le gain manqué : proposition de solutions pratiques », *Les experts-comptables de justice et l'évaluation des préjudices économiques*, colloque organisé par la Compagnie nationale des experts-comptables de justice à Nice le 30 septembre 2011, p. 32.

74 O. Peronnet et M. de Boissésou, « Le point de vue de praticiens : avocats et experts », op. cit., p. 46. Ph. Le Tourneau (dir.), op. cit., n° 2526-1 et s. ; A. Hontebeyrie, « Un cas d'enrichissement, la vétusté dans l'évaluation du dommage aux biens », *D.* 2007, 675. Voir encore récemment : 3<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-21.393, *Bull.* 2010, III, n° 74.

75 P. Lajouane et T. Borel, « La perte subie et le gain manqué : proposition de solutions pratiques », *Les experts-comptables de justice et l'évaluation des préjudices économiques*, op. cit., p. 33.

76 Compagnie nationale des experts comptables judiciaires, colloque annuel 2006, *Préjudices et pertes d'exploitation. Difficultés spécifiques d'évaluation*, tribunal de commerce de Paris, mardi 5 décembre 2006.

77 O. Peronnet et M. de Boissésou, op. cit., p. 48.

78 Voir également la question du « préjudice fiscal », qui relève d'une problématique proche (P. Le Teuff, « La prise en compte des frais financiers et de la fiscalité dans l'évaluation des préjudices économiques », *Les experts-comptables de justice et l'évaluation des préjudices économiques*, op. cit., p. 45).

79 *Supra*, I, A.

80 Celle-ci provient de la diminution du volume général de l'activité de la victime du fait de l'inexécution contractuelle ou du dommage (sur ce poste de préjudice, voir A. Pinna, « La mesure du préjudice économique en matière contractuelle », *Journ. sociétés*, juin 2007, p. 38).

81 Ensemble des coûts qui doivent être exposés pour la fourniture d'une prestation par son débiteur (*ibidem*).

82 O. Peronnet et M. de Boissésou, loc. cit.

83 G. Ducrey et J.-M. Brugière, « La réparation de la perte de chance économique née de la rupture d'un contrat », *Les Annonces de la Seine* 2011, n° 14, chron., p. 9.

84 F. Bélot, « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *D.* 2008, p. 1569 et s.

la seule manière de procéder lorsqu'il n'est pas possible de procéder à une comparaison entre la situation antérieure et la situation consécutive au préjudice, notamment en présence d'une entreprise innovante ou nouvellement créée<sup>85</sup>.

- *Le cas particulier de la perte de chance* :

Si elle est établie, la perte de chance constitue un préjudice indemnisable. Mais le dommage certain se limite à cette perte, et non à la totalité du bénéfice que la victime aurait retiré de la survenance de l'événement dont la réalisation est désormais empêchée. La Cour de cassation juge ainsi que « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* » (1<sup>re</sup> Civ., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.314, *Bull.* 2002, I, n° 116). La réparation de la perte de chance est donc en principe nécessairement inférieure à l'avantage manqué. La Cour de cassation donne pour l'évaluer la directive suivante : la réparation « *ne saurait présenter un caractère forfaitaire [et] cette indemnité [...] doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par la victime ; [il appartient], dès lors, à la cour d'appel, d'une part, d'évaluer les différents chefs de préjudice invoqués [...], d'autre part, d'apprécier à quelle fraction de ces préjudices devait être évaluée la perte de chance indemnisée* » (par ex., 1<sup>re</sup> Civ., 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-17.906, *Bull.* 2005, I, n° 29). Le juge doit donc se livrer à une double analyse : il doit estimer la valeur de l'évènement dont aurait pu bénéficier la victime, puis la probabilité que cet événement avait de se réaliser<sup>86</sup>. La méthode pour apprécier la valeur de l'évènement favorable ou du gain qui aurait dû être perçu consiste, on l'a dit, à rechercher le chiffre d'affaires perdu et retrancher les coûts correspondant qui n'ont pas été engagés. S'agissant de l'appréciation de la probabilité de réalisation de la chance, le juge devra établir une probabilité en fonction des éléments de fait à sa disposition et des propositions faites par l'expert. Le risque d'appréciation discrétionnaire est donc fort<sup>87</sup>. Dans un arrêt du 6 octobre 2010, la cour d'appel de Paris a pris en compte le chiffre d'affaires annuel envisagé, celui effectivement réalisé pendant la période d'exécution du contrat, la marge brute habituellement dégagée dans le secteur d'activité considéré et les six années supplémentaires pendant lesquelles les parties auraient dû rester liées. Ainsi, en rapprochant notamment le chiffre d'affaires annuel envisagé et celui effectivement réalisé pendant les deux années d'exécution, elle a pu apprécier la probabilité de réalisation de la marge manquée<sup>88</sup>. Pour l'essentiel, les deux méthodes d'évaluation du gain manqué (par analogie et projection) décrites précédemment demeurent pertinentes, sous la seule réserve que l'évaluation du préjudice devra être corrigée à la baisse.

Rapportées à l'activité d'une entreprise, les notions de perte subie, gain manqué et perte de chance manquent parfois de pertinence d'un point de vue économique. La raison en est que le « patrimoine » dont il est question au stade de l'évaluation est une notion comptable, qui doit se comprendre de manière dynamique et étalée dans le temps. La condition de certitude, par exemple, censée permettre de distinguer entre ce qui relève du gain manqué ou de la perte de chance, se comprend dès lors difficilement tant il est presque toujours question de spéculation, avec la prise en compte systématique d'un risque plus ou moins grand<sup>89</sup>. Les experts proposent dès lors des modèles d'évaluation qui s'affranchissent en réalité de cette nomenclature traditionnelle et qui leur sont parfois un peu fictivement rattachés. Au cours des travaux du groupe de réflexion réuni par la Cour de cassation, le professeur Maurice Nussenbaum a également proposé une méthode devant permettre d'envisager la spécificité du préjudice économique<sup>90</sup>. Celui-ci retient la définition du *pure economic loss*, c'est-à-dire un préjudice lié à une activité économique de production ou de service, distinct de l'atteinte à une chose ou une personne, ou consécutive à une telle atteinte. Il reprend les deux grands types de préjudice : coût subis et manque à gagner, lesquels trouvent à s'appliquer à deux séries de « biens » (au sens économique ou comptable) : les actifs de jouissance, c'est-à-dire la perte de jouissance indemnisée à hauteur des coûts de remplacement ou de remise en état, et les actifs d'exploitation, correspondant aux coûts subis et pertes de revenus. Les pertes subies et gains manqués s'analysent ensuite à la fois sur le passé et sur le futur, à partir de la date de survenance des faits dommageables, et l'on peut donc distinguer, pour le passé, d'une part, les coûts supplémentaires et destructions d'actifs, d'autre part, les pertes de revenus passés, et, pour l'avenir, d'une part, les coûts supplémentaires futurs, d'autre part, les insuffisances de revenus futurs. Les gains manqués devraient s'analyser comme la différence entre les revenus manqués et les coûts économisés, et il incombe donc aux juges du fond de prendre en considération ces derniers. Le groupe de réflexion insistait par ailleurs sur le fait que ces méthodes constituent tout au plus des « *guide lines* » ou des standards, qui sont d'utiles repères pour le juge sans pour autant lui être directement opposables, sauf à prendre le chemin inadapté du recours systématique à un barème. Ces méthodes analytiques, en ce qu'elles prennent soin de décomposer le préjudice en une variété de postes, doivent se voir utilement compléter par une approche également synthétique permettant de corriger certains excès ou insuffisances d'appréciation. Le cas le plus souvent cité est celui, précédemment évoqué, où la victime se trouverait dans une situation plus favorable ou plus défavorable par rapport à sa situation antérieure, si son indemnisation résultait du

<sup>85</sup> Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 1518 et 1519.

<sup>86</sup> H. Ellul, « La perte de chance et l'altération des incorporels », *Les experts-comptables de justice et l'évaluation des préjudices économiques*, op. cit., p. 39.

<sup>87</sup> C. Lapoyade Deschamps, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », op. cit., p. 372.

<sup>88</sup> Pôle 5, chambre 4, RG n° 08/06689, *Société de droit maltais Cyka LTD c/ SA Etam* ; G. Ducrey et J.M. Bruguère, « La réparation de la perte de chance économique née de la rupture d'un contrat », *Les Annonces de la Seine* 2011, n° 14, chron., p. 9.

<sup>89</sup> H. Ellul, op. cit., p. 39.

<sup>90</sup> M. Nussenbaum, « Les aspects théoriques de la réparation du préjudice économique : réparation intégrale et typologie des préjudices », cycle de conférences 2006-2007, « *Risques, assurances, responsabilités. Limites de la réparation. La réparation du préjudice économique* », disponible sur le site de la Cour de cassation et publié in *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz 2009, Thèmes et commentaires, p. 279 et s. Également, « L'évaluation des préjudices économiques : l'application des critères Daubert », *La force probante de l'expertise et/ou l'apport de l'approche américaine par les « critères Daubert »* (conférence organisée par la compagnie des experts agréés par la Cour de cassation, 7 avril 2010, disponible en ligne : <http://www.experts-cassation.org/documents/divers/documentation.php?lang=fr>).



pur cumul arithmétique des composantes du préjudice. L'approche synthétique permet ainsi de vérifier la cohérence globale et d'éviter les doubles emplois. L'appréciation exacte du préjudice économique ne peut en effet procéder *in fine* que de l'analyse de chaque cas d'espèce<sup>91</sup>.

## 2. - Les dispositifs spéciaux d'évaluation du préjudice économique

### a) Le préjudice de contrefaçon

Le préjudice résultant de la contrefaçon est délicat à évaluer<sup>92</sup>. L'exemple suivant, donné par O. Peronnet et M. de Boissésou, permet de l'illustrer : si des sacs copiés de grandes marques, vendus à la sauvette, constituent incontestablement un préjudice pour les marques copiées, celui-ci peut-il pour autant être identifié purement et simplement à la perte de marge sur les faux sacs vendus ? Cela supposerait en effet que chaque client aurait dû acheter un sac véritable, alors que celui-ci vaut vraisemblablement bien plus cher que sa copie. Cela supposerait également que l'on soit en mesure de déterminer le nombre de faux sacs vendus<sup>93</sup>. Face à de telles difficultés, le droit de la propriété intellectuelle a très tôt mis en place des modalités spécifiques d'évaluation du préjudice de contrefaçon. Assurant la transposition de la directive européenne n° 2004/48/CE du 29 avril 2004, la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 est en outre venue uniformiser la manière d'évaluer le préjudice pour tous les types de contrefaçon<sup>94</sup>. En matière de brevet, l'article L. 615-7 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte* ». Des dispositions identiques s'appliquent pour les contrefaçons de dessins et modèles (article L. 521-7 du code de la propriété intellectuelle), d'obtentions végétales (article L. 623-28 du code de la propriété intellectuelle), de marques (article L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle), d'appellations d'origine (article L. 722-6 du code de la propriété intellectuelle) et de propriété littéraire et artistique (article L. 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle). L'originalité de ce dispositif est double. D'une part, il permet de calculer les dommages-intérêts en considération de l'enrichissement qu'a procuré la contrefaçon au contrefacteur, ce qui déroge au principe selon lequel seul le préjudice subi par la victime est à considérer. D'autre part, il admet que le juge évalue le préjudice de manière forfaitaire lorsque la victime le demande. Le montant des redevances qui auraient été perçues si le contrefacteur avait été autorisé à user du droit intellectuel méconnu constitue alors un simple plancher à ce forfait. Pour autant, certains jugent « timide » l'avancée réalisée par la nouvelle loi<sup>95</sup>. Le mécanisme s'inspire en effet des *punitives damages* sans vraiment les incorporer dans notre droit, puisque le principe demeure la réparation intégrale. Dès lors, si le juge bénéficie d'un nouveau critère d'évaluation, constitué par la prise en compte des bénéfices du contrefacteur, celui-ci risque de se voir privé d'une grande partie de son utilité<sup>96</sup>.

On examinera rapidement les critères d'évaluation prévus par la nouvelle loi<sup>97</sup>. Il faut ainsi distinguer entre l'évaluation par référence aux « conséquences économiques négatives », et le choix d'une « redevance indemnitaire » par la victime. Les critères énoncés en vertu de la première méthode d'évaluation sont le manque à gagner, les bénéfices du contrefacteur et le préjudice moral. Le manque à gagner regroupe les préjudices classiques de perte subie, gain manqué et perte de chance. Les pertes subies, qui posent en général le moins de difficultés, peuvent être variées : perte de clients, baisse des prix, dépréciation des investissements engagés pour la conception, frais de publicités, frais de justice...<sup>98</sup> Le gain manqué demeure en revanche difficile à appréhender, sans que la loi n'apporte de véritable solution. Ce préjudice correspond en général au bénéfice que la contrefaçon a fait perdre au breveté. Le gain manqué est principalement évalué à partir de la « masse contrefaisante », c'est-à-dire le volume de la contrefaçon appréhendée sous l'angle de la marge bénéficiaire nette de la victime appliquée au chiffre d'affaires du contrefacteur. Si le chiffre d'affaires n'est pas connu, ou si le brevet n'est pas exploité, le préjudice correspond alors à ce qu'aurait dû payer le contrefacteur au breveté si celui-ci lui avait concédé contractuellement une licence d'exploitation<sup>99</sup>. Les juges tiennent ainsi compte en pratique d'autres facteurs pour venir moduler cette première estimation : l'importance des volumes, la durée de la contrefaçon, la place sur le marché de l'exploitation du droit par son titulaire, l'attractivité du droit dans la commercialisation des produits en cause, ou encore l'existence d'autres produits sur le marché. La problématique de cette évaluation peut en outre se compliquer en matière de marque, puisque, contrairement au brevet, le droit sur la marque ne confère pas à son titulaire un monopole de fabrication ou de vente sur des objets marqués. Il n'est donc pas possible d'affirmer que tous les produits mis sur le marché par le contrefacteur ont nécessairement privé de ventes le titulaire<sup>100</sup>.

<sup>91</sup> M. Guyomar et O. Matuchansky, « Le contrôle du juge de cassation en matière d'évaluation du préjudice économique » : [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2007\\_2254/assurances\\_responsabilites\\_9489.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/assurances_responsabilites_9489.html), p. 27. Également, Ph. Stoffel-Munck, « Le préjudice économique : propos introductifs », *op. cit.*, p. 23.

<sup>92</sup> Pour une bibliographie sur le sujet, voir Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n° 2540, note 10.

<sup>93</sup> O. Peronnet et M. de Boissésou, « Le point de vue de praticiens : avocats et experts », *op. cit.*, p. 45.

<sup>94</sup> Ch. Caron, « La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *JCP* 2007, éd. G, n° 46, I, 205.

<sup>95</sup> B. May, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Propriété industrielle* 2008, n° 3, étude 4. Voir également le Rapport d'information fait par le groupe de travail sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon (L. Béteille et R. Yung ; [www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2960.html](http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2960.html)).

<sup>96</sup> Sur ces questions, *supra*, I, B.

<sup>97</sup> On se référera ici à l'étude très complète de A. Fourlon, « Bilan et perspectives sur l'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon », *LPA*, 21 juin 2011, n° 122, p. 8.

<sup>98</sup> A. Fourlon, *loc. cit.*

<sup>99</sup> Il s'agit là d'un simple critère d'évaluation parmi d'autres et non, à proprement parler, de la seconde méthode d'évaluation prévue par la loi dite de redevance indemnitaire (*ibidem*).

<sup>100</sup> B. May, *loc. cit.*

En l'absence de consécration de véritables dommages-intérêts punitifs, la prise en considération des bénéfices du contrefacteur ne saurait être qu'un facteur d'appréciation à la hausse des dommages-intérêts. S'agissant du préjudice moral, celui-ci concerne vraisemblablement l'atteinte portée à l'image de la victime ou encore aux éléments immatériels qui permettent d'attirer et de fidéliser la clientèle. On a précédemment souligné le caractère inapproprié du recours à ce type de préjudice, qui masque en réalité un déficit ou, pour le moins, un renoncement à évaluer les conséquences patrimoniales de ce type d'atteinte autrement que de manière forfaitaire<sup>101</sup>. Enfin, la seconde méthode d'évaluation est le recours à une redevance indemnitaire constituée d'« une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ». L'établissement de cette redevance implique la recherche d'une redevance moyenne pour un secteur donné à partir des usages dudit secteur. À partir de cette redevance minimale, le juge peut appliquer un coefficient de majoration en fonction des circonstances aggravantes de l'espèce<sup>102</sup>.

b) L'évaluation des préjudices résultant d'une atteinte générale au marché

La Cour de justice de l'Union européenne ainsi que la Cour de cassation ont admis le droit pour toute entreprise de demander réparation, non seulement des préjudices issus directement d'un acte de concurrence déloyale ou de contrefaçon, mais également du préjudice économique causé par une atteinte au marché imputable à un opérateur ou un groupe d'opérateurs économiques (sanctionnés pour entente ou abus de position dominante)<sup>103</sup>. Il s'agit là d'un préjudice purement *réfléchi*<sup>104</sup>. L'évaluation de ce type de préjudice pose toutefois des difficultés particulières qui font l'objet d'une réflexion importante au sein des instances européennes. À la suite des publications des livres vert puis blanc, la Commission européenne a diffusé, en décembre 2009, une étude devant permettre d'aider les juges dans cette entreprise<sup>105</sup> et, plus récemment, un projet de document d'orientation synthétisant un ensemble de méthodes d'évaluation des préjudices concurrentiels<sup>106</sup>. L'objet principal de ces méthodes d'évaluation est, notamment, de déterminer le surcoût causé par le cartel ou l'abus de position dominante. Le demandeur devra quant à lui démontrer qu'il a subi et n'a pas répercuté en aval le surcoût causé par la pratique anticoncurrentielle<sup>107</sup>.

## B. - Le choix de la méthode d'évaluation par le juge

En vertu du principe de réparation intégrale, le juge dispose d'une certaine liberté pour apprécier l'étendue du préjudice. En revanche, le choix de la méthode fait l'objet d'un encadrement de plus en plus strict par les garanties du procès équitable, qui se manifestent tant au regard du recours à l'expertise, et plus généralement de la question probatoire (1), qu'au regard de l'exigence de motivation qui pèse sur le juge (2).

### 1. - Le recours à l'expertise, la preuve du préjudice et l'équité de la procédure

Le rôle du technicien ou de l'expert est en principe bien circonscrit : celui-ci doit simplement donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis, sans jamais porter d'appréciations d'ordre juridique (article 238 du code de procédure civile). Comme on l'a précédemment souligné, la délimitation des rôles respectifs du juge et de l'expert s'avère particulièrement délicate en matière de préjudice économique<sup>108</sup>. Celle-ci mériterait peut-être d'être appréhendée avec plus de réalisme, notamment en termes de succession d'intervention et de hiérarchie des fonctions, plutôt qu'à l'aune d'une séparation franche, fictivement calquée sur celle du droit et du fait. Une telle approche aurait l'avantage de mieux éprouver les conditions de l'intervention de l'expert à l'aune des garanties du procès équitable, lesquelles offrent un gage minimal de qualité à son travail, ainsi qu'une certaine efficacité contentieuse par le crédit qu'elles contribuent à lui accorder. La première de ces garanties est le respect du principe de la contradiction. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose en effet que le rapport d'expertise soit scrupuleusement soumis à ce principe, dès lors que ses conclusions sont susceptibles d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le juge (CEDH, *Mantovanelli c/ France*, 18 mars 1997, requête n° 21497/93)<sup>109</sup>. L'expert doit également accomplir sa mission avec « objectivité et impartialité » (article 237 du code de procédure civile), ce qui peut se traduire par un souci de prévention des conflits d'intérêts<sup>110</sup>, sans toutefois exiger de l'expert une indépendance totale à l'égard des parties<sup>111</sup>.

<sup>101</sup> *Supra*, I, A, et note n° 52.

<sup>102</sup> A. Furlon, *loc. cit.* Voir également, pour une application de la nouvelle loi A. Bonnier, « L'affaire *wizzo.com* ou comment évaluer désormais un préjudice économique né de la contrefaçon », *Revue Lamy Droit de l'immat.*, 2009/46, n° 1528.

<sup>103</sup> Notamment : CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, C-453/99, et 13 juillet 2006, *Manfredi*, C295-04 à C298-04. Droit récemment réaffirmé par la Cour de cassation : Com., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-15.816 ; Com. 23 mars 2010, pourvoi n° 08-20.427 et pourvoi n° 08-21.768 (M. Chagny, « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? », *Communication Commerce électronique*, n° 12, décembre 2010, comm. 122).

<sup>104</sup> *Supra*, I, A.

<sup>105</sup> [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf)

<sup>106</sup> [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_actions\\_damages/draft\\_guidance\\_paper\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_fr.pdf)

<sup>107</sup> Y. Utzschneider et H. Parmentier, « Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence : la Cour de cassation accepte le *passing on defense* », *D.* 2010, p. 2781.

<sup>108</sup> *Supra*, introduction.

<sup>109</sup> Dans un arrêt rendu en chambre mixte le 28 septembre 2012, la Cour de cassation a jugé qu'un rapport d'expertise judiciaire clair et précis et soumis à la libre discussion des parties devant le juge ne saurait être, hors les cas de nullité visés par l'article 175 du code de procédure civile, considéré comme inopposable à la procédure au motif que les opérations d'expertise ne se sont pas déroulées de manière contradictoire (pourvoi n° 11-11.381, *Bull.* 2012, Ch. mixte, n° 1).

<sup>110</sup> Par ex., Com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-11.072, *Bull.* 2003, IV, n° 167.

<sup>111</sup> Par ex., dans le cas d'un préavis insuffisant pour mettre fin à un contrat de distribution exclusive, la cour d'appel, ayant retenu que le préjudice devait être évalué en considération de la marge brute escomptée durant la période d'insuffisance du préavis, a pu prendre en compte un rapport d'expertise comptable commandité par une partie, dès lors qu'il était assorti de documents comptables et soumis à la libre discussion des parties (Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-12.788). Dans un arrêt du 28 septembre 2012, la chambre mixte de la Haute juridiction a précisé que « si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties » (pourvoi n° 11-18.710, *Bull.* 2012, Ch. mixte, n° 2).

Deux difficultés procédurales particulières se posent en matière d'évaluation du préjudice économique<sup>112</sup>. La première concerne la possibilité pour le juge civil de recourir à l'assistance d'une *autorité de régulation* (autorité administrative ou publique indépendante) en tant que « sachant », pour apprécier de l'existence ou du montant de préjudices dans le cadre d'une procédure d'indemnisation (avec plusieurs statuts concevables : partie, tiers intervenant, expert, *amicus curiae*...) <sup>113</sup>. La seconde est celle de la transmission au juge civil de pièces issues d'une précédente procédure de contrôle ou de sanction devant ce type d'autorité. S'agissant de la première difficulté, le droit européen ne fait pas par principe obstacle à une intervention en qualité d'expert d'une telle autorité, dès lors que son avis est soumis au débat contradictoire<sup>114</sup>, et ce, même si l'autorité en cause a connu ou a vocation à connaître l'affaire dans le cadre de son office de régulateur. Dans sa décision *Société Bouygues Telecom c/ France* (requête n° 2324/08), la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré, à propos de l'ancien Conseil de la concurrence, que ne constituait pas une violation de la Convention le seul fait que cette autorité soit partie à la procédure d'appel interjetée contre l'une de ses décisions et fassent à cette occasion valoir son avis technique (§§ 63-68). Dans sa décision *Association de défense des actionnaires minoritaires c/ France* (requête n° 60151/09), elle n'a pas non plus constaté de violation du principe de l'égalité des armes du seul fait de l'intervention de l'ancienne Commission des opérations de bourse aux côtés du procureur général près la cour d'appel de Paris dans l'instance en cassation menée contre un arrêt de cette cour rendu sur décision du Conseil des marchés financiers. La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît quant à elle, au nom du principe d'effectivité, un droit à une telle participation en jugeant que « l'obligation incombant à une autorité d'assurer l'application effective des articles 101 et 102 TFUE [prohibant les ententes et abus de position dominante] exige que celle-ci dispose de la faculté de participer en tant que partie défenderesse à une procédure dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur » (CJUE, gr. ch., 7 décembre 2010, *Vebic*, C-439/08). Certes, les procédures en cause dans ces affaires ne concernaient pas à proprement parler des instances séparées en indemnisation, mais ces jurisprudences nous semblent leur être transposables. De telles interventions pourraient néanmoins, dans certaines circonstances très particulières, porter atteinte aux exigences d'impartialité objective du juge, d'égalité des armes, ou encore à l'équité de la procédure considérée dans son ensemble. Ce sera par exemple le cas si la complexité de la question soumise au juge et le rôle ou la nature de l'autorité intervenante créent une apparence d'iniquité de la procédure, que la forme et les circonstances de son intervention ne permettent pas de compenser (par ex., CEDH, *Sara Lind Eggertsdottir c/ Islande*, 5 octobre 2007, requête n° 31930/04, §§ 47 à 55). Le respect simplement formel du contradictoire ne suffira pas dans de telles situations à valider cette intervention si le déroulement concret de la procédure ne contrebalance pas suffisamment le risque d'iniquité : la notion d'apparence joue en effet un rôle important dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à ce sujet<sup>115</sup>. À ce titre, la consistance et la pertinence de la motivation du juge de l'indemnisation seront des éléments déterminants de cette évaluation. Par ailleurs, l'intervention préalable d'une autorité de régulation dans une instance en responsabilité civile, en l'absence de séparation entre l'organe ayant donné son avis et ceux éventuellement chargés d'une procédure ultérieure d'instruction et de sanction, risque fort de contrevenir à l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>116</sup>.

En second lieu, la transmission au juge de pièces détenues par une autorité de régulation, qui ne serait pas expressément prohibée<sup>117</sup>, ne semble pas non plus contrevenir - par principe - au droit européen, dès lors que la personne à l'égard de laquelle on oppose ces pièces est, ou a été, en mesure de contester la régularité de leur obtention<sup>118</sup>. Il convient toutefois de relever à ce sujet une hypothèse particulière. La CJUE considère en effet que l'accès à des documents relatifs à une procédure de clémence demandé par une personne cherchant à obtenir des dommages-intérêts à l'encontre d'une entreprise en ayant bénéficié ne saurait être automatique et qu'un arbitrage devait être opéré à ce sujet par le juge national. Un accès trop facile à ces informations serait, selon la Cour de justice, de nature à dissuader les entreprises souhaitant bénéficier de cette procédure et risquerait de la priver de toute efficacité (CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer*, C-360/09). Il appartient donc au juge interne de déterminer quels documents pourront être communiqués ou pas, selon un contrôle d'opportunité et de proportionnalité<sup>119</sup>. Il s'agit ici d'assurer un seuil nécessaire et raisonnable de protection du secret des affaires. La transmission de pièces détenues par une autorité de régulation ne saurait pour autant être interdite lorsqu'elle entre dans le cadre de l'exercice des droits de la défense (par ex., Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.761, *Bull.* 2010, IV, n° 8)<sup>120</sup>. La CJUE a toutefois admis que soit retenu comme preuve contre une entreprise un document dont celle-ci n'a eu que partiellement connaissance, à la différence de la Commission, aux motifs de la confidentialité d'une partie des informations qu'il contenait

<sup>112</sup> Difficultés rappelées notamment par le rapport précité de l'AMF sur l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs (*op. cit.*, p. 26-27). Voir également P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, sept-oct. 2010, p. 920 et s.

<sup>113</sup> Par ex., article L. 621-20 du code monétaire et financier.

<sup>114</sup> CEDH, *Mantovanelli*, précité, spéc. § 34 ; pour un exemple topique : CEDH, *Mialhe c/ France* (n° 2), requête n° 1897/91, § 45 (à propos de l'avis de la commission des infractions fiscales dans une procédure pénale).

<sup>115</sup> Voir *Société Bouygues Telecom c/ France*, précitée, spéc. § 64. Également, *mutatis mutandis* en matière pénale, l'affaire *G. B. c/ France* du 2 janvier 2002 (requête n° 44069/98), dans laquelle la Cour de Strasbourg a jugé que le revirement brutal d'avis d'un expert à l'audience, alors qu'un supplément d'instruction a été refusé au prévenu, porte atteinte à l'équité de la procédure considérée dans son ensemble.

<sup>116</sup> Sur cette problématique de la séparation des fonctions et/ou organes au sein d'une AAI, voir notamment : CE, Ass., *Didier*, 3 décembre 1999 (*Lebon*, p. 399), et sa suite européenne : CEDH *Didier c/ France* (déc.) du 27 août 2002 (requête n° 58188/00), ainsi que CEDH, *Dubus S.A. c/ France* du 11 septembre 2009 (requête n° 5242/04).

<sup>117</sup> Ce qui est le cas, notamment, en matière financière (article L. 621-4-II du code monétaire financier).

<sup>118</sup> Voir notamment en matière pénale : CEDH, *Matheron c/ France*, 29 juin 2005, requête n° 7752/00.

<sup>119</sup> Cette problématique est transposable à la communication dans une instance judiciaire d'informations recueillies par ce type d'autorité dans le cadre de ses missions de contrôle ou au cours de procédures amiables ou transactionnelles, qui pourrait également être abordée à l'aune du principe de loyauté de la preuve, lequel revêt désormais une grande importance dans cette matière (*cf.* assemblée plénière, 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.316 et 09-14.667, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1).

<sup>120</sup> *Cf.*, par ex., article L. 463-4 du code de commerce.

(25 janvier 2007, *Salzgitter Mannesmann*, C-411/04). La Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas par principe une telle pratique, mais ne semble l'admettre qu'à des conditions très strictes, et notamment à celle que les informations en cause soient sans incidence sur l'appréciation du bien-fondé de la demande soumise au juge<sup>121</sup>.

Les garanties en matière probatoire issues du droit à un procès équitable sont donc importantes. Certains auteurs plaident toutefois pour leur renforcement en matière d'évaluation du préjudice économique. En ce sens, M. Nussenbaum a insisté, lors des travaux menés sur le sujet au sein de la Cour de cassation, sur les vertus de la règle du « *Daubert standard* », consacrée par la Cour suprême des États-Unis, qui permet de débattre spécifiquement, au cours d'une audience préliminaire, de la recevabilité des expertises produites par les parties. Pour apprécier cette recevabilité, le juge doit déterminer si les méthodes qui servent de fondement aux rapports produits sont scientifiquement valides (par exemple, si elles correspondent à un savoir partagé par la communauté de spécialistes sur le sujet traité) et si elles peuvent être appliquées aux faits de la cause. Faire de la qualité de l'expertise l'objet d'une phase à part entière de la procédure est très certainement un moyen sûr pour prévenir l'arbitraire du juge ou le manque d'objectivité de l'expert<sup>122</sup>. Plus fondamentalement, de telles précautions procédurales constitueraient un contrepoids efficace à une admission insuffisamment critique ou trop abstraite d'analyses à prétention scientifique, qui, à ce titre, doivent pouvoir être éprouvées<sup>123</sup>.

## 2. - L'obligation de motivation du juge

Le droit à un procès équitable repose également sur l'exigence de motivation qui pèse sur le juge. Celle-ci est de plus en plus prégnante dans notre droit, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des cours suprêmes françaises. Et c'est surtout, nous semble-t-il, à l'aune de cette obligation que doit être appréhendé le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond en matière d'évaluation du préjudice. Ce principe fait en effet l'objet de nombreuses critiques, en ce qu'il favoriserait l'arbitraire et nuirait à la sécurité juridique<sup>124</sup>. Certaines de ces critiques reposent toutefois sur un malentendu, en ce qu'elles semblent confondre pouvoir d'appréciation souveraine et pouvoir discrétionnaire<sup>125</sup>. Ce principe ne saurait en effet dispenser le juge du fond de rendre une décision juridiquement rationnelle, ni mettre fin à son obligation de motivation<sup>126</sup>. Il permet seulement à la Cour de cassation de moduler l'intensité de son contrôle, en déterminant ce qui doit être de l'ordre du contingent ou du nécessaire. Ce choix relève de sa politique jurisprudentielle, laquelle procède par « petits pas »<sup>127</sup>. La Cour de cassation exerce toujours un contrôle dit disciplinaire sur la pertinence et la cohérence de la motivation des décisions qui lui sont soumises<sup>128</sup>. D'autres auteurs, plus soucieux de prendre en compte la technique de cassation, concentrent dès lors leurs critiques sur l'étendue de ce contrôle de motivation<sup>129</sup>. Il a notamment été souligné qu'une trop grande retenue du juge de cassation risque de faire perdre au principe de réparation intégrale beaucoup de son effectivité et de rendre purement théoriques certaines directives jurisprudentielles<sup>130</sup>. Par exemple, celle de l'interdiction pour les juges du fond de recourir à un barème ou de s'en remettre sans précaution au point de vue de l'expert<sup>131</sup>.

Cette question du contrôle du raisonnement du juge du fond par la Cour était au cœur des réflexions du groupe de travail réuni en 2007. L'une des contributions a toutefois considérablement nuancé l'affirmation maintes fois réitérée de l'« abandon pur et simple » de la question au juge du fait, en mettant en lumière un contrôle réel et protéiforme de la Cour de cassation<sup>132</sup>. La jurisprudence plus récente de la Haute juridiction judiciaire confirme cette analyse. Ainsi, la motivation doit être réelle et non apparente (Com., 13 juillet 2010, pourvois n° 09-68.951 et 09-16.285 ; 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.265), le juge devant notamment répondre aux moyens pertinents des parties. Elle doit être cohérente (Com., 8 février 2011, pourvoi n° 09-17.034, *Bull.* 2011, IV, n° 19). L'évaluation de certains préjudices fait surtout l'objet d'un contrôle maximum, lorsqu'elle est nécessairement liée à des paramètres objectifs préalablement relevés par le juge du fond<sup>133</sup>. Le défaut de base légale permet par ailleurs à la Cour de cassation d'opérer un contrôle substantiel de la motivation dans des matières où les paramètres d'évaluation sont mieux connus. C'est d'ailleurs à un contrôle poussé que se livre la chambre commerciale, non sur le terrain de l'indemnisation proprement dite, mais sur celui de la sanction du « dommage à l'économie » résultant de pratiques anticoncurrentielles (article L. 4642 du code de commerce). Dans un arrêt récent du 12 juillet 2011 (pourvoi n° 10-17.482, *Bull.* 2011, IV, n° 116), elle a ainsi jugé qu'une cour d'appel a pu, sans se fonder sur une présomption de dommage reposant sur l'existence

<sup>121</sup> Décision *Association de défense des actionnaires minoritaires c/ France*, précitée, p. 8.

<sup>122</sup> Voir la contribution de M. Nussenbaum dans le cadre des travaux du groupe de réflexion instauré en 2007, dont les travaux ont été diffusés sur le site internet de la Cour de cassation, ainsi que son article : « Les critères DAUBERT : implications pour la procédure judiciaire en France », disponible en ligne sur le site internet de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation : <http://www.experts-cassation.org/documents/divers/documentation.php?lang=fr>.

<sup>123</sup> On se référera à ce sujet à la critique faite par E. Millard sur le statut juridique de l'analyse économique du droit (« L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *in Revue de droit prospectif*, n° 22, 2009, spéc. p. 2527), ainsi que R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », *RTD civ.* 2006, p. 505.

<sup>124</sup> Par exemple, *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, « Chapitre III. Incertitude et réparation des dommages », Dalloz, 2008, p. 97-125.

<sup>125</sup> Également *supra*, I, A.

<sup>126</sup> Il faudrait également ajouter que la sécurité juridique ne saurait par ailleurs imposer une prédictibilité absolue, et donc illusoire, des décisions de justice (cf. CEDH, *UNEDIC c/ France*, requête n° 20153/04, §§ 71-74 ; *Del Rio Prada c/ Espagne*, requête n° 42750/09, § 46).

<sup>127</sup> J.-F. Weber, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Revue Lamy droit civil*, 16 janvier 2012.

<sup>128</sup> Sur ce contrôle, voir : J.-F. Weber (dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Lexisnexus/Cour de cassation, 2012, n° 591 à 654.

<sup>129</sup> G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., p. 130 ; Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n° 2511.

<sup>130</sup> G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 61, p. 125.

<sup>131</sup> L. Reiss, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, préf. P. Delebecque, PUAM, 2003, n° 464, p. 340.

<sup>132</sup> M. Guyomar et O. Matuchansky, « Le contrôle du juge de cassation en matière d'évaluation du préjudice économique », *Loc. cit.* Voir également P. Stoffel-Munck, *JCP* 2007, éd. G, I, 115, n° 1, obs. sous 3<sup>e</sup> Civ., 8 novembre 2006, pourvoi n° 05-16.948, *Bull.* 2006, III, n° 222, et 1<sup>er</sup> Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.674, *Bull.* 2006, I, n° 498.

<sup>133</sup> Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n° 2511.

d'ententes anticoncurrentielles, retenir, pour évaluer le sur-prix payé par les clients, les estimations du Conseil de la concurrence, qui, comme toute estimation, étaient affectées d'un coefficient d'incertitude mais étaient fondées sur une méthode scientifiquement reconnue, consistant à comparer les prix effectivement pratiqués sur le marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles et ceux des concurrents étrangers sur ce marché ou ceux des sociétés auteurs des pratiques anticoncurrentielles sur d'autres marchés, après avoir éliminé l'influence d'autres facteurs explicatifs de différence de prix entre ces situations. De même, dans un arrêt du 7 avril 2010 (pourvois n° 09-12.984, n° 09-13.163, n° 09-65.940, *Bull.* 2010, IV, n° 70) rendu dans l'affaire dite de la téléphonie mobile, la Cour de cassation a considéré que l'existence d'un dommage à l'économie résultant de pratiques anticoncurrentielles ne saurait être présumée et avait apprécié les éléments à prendre en compte pour évaluer ledit dommage<sup>134</sup>. Ainsi les garanties du procès équitable constituent-elles un complément indispensable au travail théorique d'élaboration de notions et de méthodes d'évaluation, en confrontant ces dernières à un regard critique et une réalité complexe et mouvante.

---

<sup>134</sup> Obs. G. Decocq, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 6, juin 2010, comm. 164.

# Jurisprudence

## Cour de cassation

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

SÉANCE DU 18 MARS 2013

Titre et sommaire	Page 20
Avis	Page 20
Rapport	Page 22
Observations	Page 32

20

### Conflit de juridictions

*Procédure judiciaire internationale. - Commission rogatoire internationale. - Commission rogatoire en provenance d'un État étranger. - Exécution. - Compétence du juge commis. - Détermination. - Application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire.*

En application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, de sorte que la demande de l'autorité requérante décernée en application des dispositions de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ayant pour seul objet l'exécution d'une commission rogatoire, cette demande, qui n'entre pas dans le champ de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, telle que définie par l'article L. 721-3 du code de commerce, relève de la compétence du tribunal de grande instance.

#### AVIS

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

Vu la demande d'avis formulée le 17 décembre 2012 par le tribunal de grande instance de Nanterre, reçue le 7 janvier 2013, dans une instance opposant la société AXA *Mediterranean International Holding* à la société *ING Insurance International BV*, ainsi libellée :

« *L'exécution d'une commission rogatoire de l'étranger à l'occasion d'une demande d'obtention de preuve par application de la convention de La Haye du 18 mars 1970 relève-t-elle de la compétence du tribunal de grande instance, dès lors que le litige oppose deux sociétés commerciales ?* »

Vu les observations écrites déposées par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, représentant la société *ING Insurance International BV* ;

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

#### EST D'AVIS QUE :

En application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison

de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, de sorte que la demande de l'autorité requérante décernée en application des dispositions de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ayant pour seul objet l'exécution d'une commission rogatoire, cette demande, qui n'entre pas dans le champ de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, telle que définie par l'article L. 721-3 du code de commerce, relève de la compétence du tribunal de grande instance.

N° H 12-70.020. - TGI Nanterre, 17 décembre 2012.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Matet, Rap., assisté de Mme Polèse-Rochard, greffier en chef. - M. Domingo, Av. Gén.  
- SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

# Rapport de M. Matet

## Conseiller rapporteur

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

Par contrat du 12 février 2008, régi par le droit de l'État de New York, la société *ING Insurance International BV* a cédé à la société *AXA Mediterranean Holding SA* deux sociétés mexicaines pour la somme approximative de 1,5 milliard de dollars US.

La société KPMG en France est intervenue en qualité de conseil d'*AXA Mediterranean Holding SA*, pour un « *audit de préacquisition des sociétés cédées et de la détermination de l'ajustement du prix* » de cession postacquisition.

Se plaignant de l'inexactitude des déclarations et garanties d'*ING Insurance International BV* concernant les états financiers et la situation financière des sociétés cédées, des mesures comptables prises par celles-ci avant la vente, des réserves insuffisantes au titre de la réassurance irrécouvrable, de la garantie insuffisante de la société de cautionnement cédée, de la non-divulgation des violations du droit du travail, du prix d'acquisition, de la valeur des sociétés, la société *AXA Mediterranean Holding a*, le 26 novembre 2010, intenté une action judiciaire civile contre la société *ING Insurance International BV* devant la Cour suprême de l'État de New York.

Par une requête aux fins d'entraide judiciaire internationale en application de la Convention de La Haye en date du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, signée du juge et du greffe les 5 janvier et 5 avril 2012, cette juridiction américaine, considérant qu'en raison de son rôle de conseil d'*AXA Mediterranean Holding SA*, pour la transaction en cause, la société KPMG est « *en possession, a la garde ou le contrôle de documents pertinents, pouvant être décisifs et nécessaires à la bonne appréciation des questions en cause dans la présente action judiciaire* », a décerné une commission rogatoire à l'autorité centrale française à l'effet de faire témoigner « sous serment ou avec affirmation » huit personnes travaillant pour le compte de la société KPMG dans les Hauts-de-Seine ainsi qu'à fournir un certain nombre de documents.

La demande d'obtention de preuve a été adressée par le ministère français de la justice au président du tribunal de grande instance de Nanterre, par application de cette Convention. La commission rogatoire précise en outre que les témoins pourront être soumis à un contre-interrogatoire et que l'utilisation d'enregistrements vidéo ainsi que le recours à une sténographe seront autorisés.

Saisi par le ministère public, le président du tribunal de grande instance de Nanterre a, par lettre des 16 et 20 novembre 2012, invité les conseils de la société *AXA Mediterranean Internationale Holding* et d'*ING Insurance International BV* ainsi que le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre à présenter leurs observations sur son projet de demande d'avis à la Cour de cassation.

Parallèlement, le bureau de l'entraide civile et commerciale internationale du ministère de la justice français, interrogé par le président du tribunal de grande instance de Nanterre, a déposé, le 5 novembre 2012, une note relative à la compétence de cette juridiction pour l'exécution de la commission rogatoire.

Les conseils de la société *ING Insurance International BV* ont d'abord fait valoir, par note du 16 novembre 2012, qu'il est difficile de considérer que la société *AXA Mediterranean Internationale Holding* entre dans la catégorie des parties visées à l'article 1031-1 du code de procédure civile, cette société n'ayant pas à intervenir dans la procédure relative à l'exécution de la commission rogatoire, qui ne concerne que la société KPMG. Puis, par observations du 6 décembre 2012, ils ont soutenu que le tribunal de grande instance dispose d'une compétence générale de droit commun, par application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, et qu'il n'est pas demandé aux autorités judiciaires françaises de trancher un litige, mais de concourir à l'administration de la preuve par le biais de deux types de mesures sollicitées sur le territoire français, et, enfin, que le renvoi de l'exécution des demandes d'entraide judiciaire internationale au tribunal de commerce pourrait poser problème, en raison du caractère oral de la procédure devant cette juridiction.

Le ministère public a déposé, le 17 décembre 2012, des observations concluant à la saisine de la Cour de cassation pour avis, au motif que la question présente une difficulté sérieuse et est susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

Le conseil de la société *AXA Mediterranean Internationale Holding SA*, avisé par lettre recommandée avec avis de réception du 20 novembre 2012, n'a pas déposé d'observations.

Le président du tribunal de grande instance a, par décision du 17 décembre 2012, sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question de droit suivante :

**« L'exécution d'une commission rogatoire de l'étranger à l'occasion d'une demande d'obtention de preuve par application de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relève-t-elle de la compétence du tribunal de grande instance, dès lors que le litige oppose deux sociétés commerciales ? »**

Le président du tribunal de grande instance a fondé sa saisine pour avis sur les considérations suivantes :

- le litige, opposant deux sociétés commerciales, apparaît relever de la compétence du tribunal de commerce de Nanterre ;
- les sièges sociaux de grands groupes de dimension internationale, de vingt-quatre entreprises du CAC 40, de dix sociétés référencées parmi les cinq cents sociétés les plus riches au monde, de groupes industriels



et commerciaux, de la grande distribution, de constructeurs de matériels à vocation militaire ou de défense, d'entreprises de travaux publics, de groupes de presse, d'industries pharmaceutiques et de sociétés d'assurances sont installés dans le ressort de la juridiction ;

- la pratique de l'autorité centrale a consisté, depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 18 mars 1970, à confier les commissions rogatoires aux tribunaux de grande instance ;

- le seul pragmatisme pour retenir la compétence du tribunal de grande instance plutôt que celle du tribunal de commerce, sans prendre en compte la nature du litige et la qualité des parties, peut-il demeurer un critère de compétence pertinent ?

Le directeur de greffe du tribunal de grande instance de Nanterre a transmis, le 3 janvier 2013, à la Cour de cassation la demande d'avis.

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

### **A. - Au regard des règles de forme**

En vertu de l'article 1031-1 du code de procédure civile, « *lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation, en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.* »

*Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet... »*

Par ailleurs, en application de l'article 1031-2 du même code, la décision sollicitant l'avis est notifiée aux parties avec demande d'avis de réception.

Des demandes d'avis ont été déclarées irrecevables, faute pour le juge d'avoir sollicité l'avis des parties avant de formuler sa demande d'avis (avis du 29 avril 1993, n° 09-30.002, *Bull.* 1993, Avis, n° 3), mais le fait de solliciter l'avis du conseil des parties a été considéré comme de nature à satisfaire aux conditions de l'article susvisé (avis du 6 octobre 2008, n° 08-00.009, *Bull.* 2008, Avis, n° 7 ; avis du 27 février 2006, n° 05-00.027, *Bull.* 2006, Avis, n° 1). En l'espèce, l'avis des conseils des parties opposées dans le litige en cours aux États-Unis a été sollicité dans les formes requises, les conseils de la société *ING Insurance International* et le ministère public ayant déposé des observations.

Par ailleurs, la décision sollicitant l'avis a été notifiée dans les formes de l'article 1031-2, alinéa 2, du code de procédure civile aux parties, à leurs conseils et au ministère public.

Le premier président de la cour d'appel et le procureur général ainsi que le ministère public auprès du tribunal de grande instance de Nanterre ont été avisés par lettres du 18 décembre 2012.

### **B. - Au regard des règles de fond**

Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ».

Pour être recevable, la demande d'avis doit en conséquence porter sur une question de droit, nouvelle, qui présente une difficulté sérieuse et se pose dans de nombreux litiges. Ces conditions sont cumulatives.

Au regard des dispositions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la recevabilité de la demande d'avis paraît-elle pouvoir être contestée ?

#### *1. - La question doit être une question de droit*

Est considérée comme répondant à cette exigence la question de pur droit. Celle posée par le président du tribunal de grande instance de Nanterre est relative à la compétence d'attribution du juge chargé d'exécuter une commission rogatoire sous l'égide de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (ci-après, la Convention). La question, en ce qu'elle interroge la Cour de cassation sur la compétence d'attribution du juge français requis, est incontestablement une question de droit. Il est à noter que, si la Cour de cassation estime que la question est recevable, la portée de la réponse sera large, puisqu'elle concernera tant le régime de la Convention que celui de l'exécution des commissions rogatoires internationales de droit commun, hors Union européenne, celui-ci étant régi par les dispositions spécifiques du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

L'avis doit être sollicité par une juridiction. Tel n'est le cas ni du bureau d'aide juridictionnelle (avis du 9 juillet 1993, n° 09-30.010, *Bull.* 1993, Avis, n° 9) ni du bâtonnier statuant en matière de contestation d'honoraires (avis du 16 novembre 1998, n° 09-80.010, *Bull.* 1998, Avis, n° 12). En l'espèce, la question est posée par le juge requis d'exécuter la commission rogatoire.

#### *2. - La question doit être 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, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour.

La question de la compétence d'attribution du juge français chargé d'exécuter une commission rogatoire en provenance de l'étranger n'a jamais été posée à la Cour de cassation et n'a jamais été tranchée par celle-ci,

bien que la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves soit en vigueur en France depuis près de quarante ans. À cet égard, le bureau d'entraide judiciaire du ministère de la justice a admis, dans sa note précitée, qu'il n'existait aucune disposition spécifique réglementant la compétence du juge requis, expliquant que l'usage s'était instauré de les confier aux tribunaux de grande instance, les plus aptes à les accomplir.

Il pourrait être soutenu que la question a été renouvelée par l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1201/2001 du Conseil sur l'obtention des preuves dans l'Union européenne, dans la mesure où, pour l'accomplissement de celui-ci, la France a déclaré que les tribunaux de grande instance seraient compétents en France pour exécuter une commission rogatoire décernée par un juge d'un État membre.

### 3. - *La question doit présenter une difficulté sérieuse*

Le juge doit avoir été appelé à statuer sur une « demande ». Il en est souvent déduit que la question doit être posée à l'occasion d'un « procès » en cours.

Ainsi que l'a rappelé Mme Zylberberg dans sa note de synthèse « La saisine de la Cour de cassation pour avis, en matière civile »<sup>1</sup>, « Georges Kiejman, au cours des débats parlementaire, avait précisé : *on ne saurait demander l'avis de la Cour de cassation pour quelque chose qui va de soi* ». Frédéric Zenati<sup>2</sup> a rappelé que cette condition a pour but d'écarter les demandes d'avis qui procèdent d'une méconnaissance du droit, soit que celui-ci comporte la solution recherchée, soit que les juges et les parties aient commis une erreur dans l'analyse juridique du litige et, en conséquence, dans l'élaboration de la question de droit. Selon ce dernier, « *ce n'est que dans le cas où plusieurs solutions s'offrent raisonnablement avec une égale pertinence qu'un risque de contrariété de jurisprudence existe et mérite donc d'être prévenu en permettant de poser la question par le biais de la procédure d'avis* ».

Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud<sup>3</sup> a précisé que cette condition de « *difficulté sérieuse de la question* » permet au juge du fond d'être éclairé sur une question d'importance, sans le libérer de son obligation de juger et sans retarder inutilement l'issue du procès au profit de l'une des parties, ajoutant que l'appréciation du caractère sérieux est délicate.

Une difficulté est sérieuse lorsque la question posée pourrait donner lieu à plusieurs solutions divergentes d'égales pertinences de la part des juridictions du fond, en sorte que la demande d'avis vise à prévenir le risque de contrariété de jurisprudence. Jean-Jacques M. Hyest<sup>4</sup>, lors des débats parlementaires, avait souligné qu'il fallait que la question commande l'issue du litige. Frédéric Desportes, dans « *La procédure d'avis en matière pénale. La nouvelle procédure et les modalités de mises en œuvre* », paru dans le *BICC* n° 550, du 15 février 2002, note qu'« *il est certain, en tout cas, que la question posée doit déterminer la solution du procès* ».

J. Buffet a utilisé, dans son exposé du 29 mars 2000<sup>5</sup>, une expression moins étroite : le juge doit avoir été appelé à statuer sur une « demande ». L'article 12 de la Convention emploie une expression analogue lorsqu'il prévoit que l'exécution de la commission rogatoire ne peut être refusée pour le seul motif que la loi de l'État requis « *ne connaît pas de voies de droit répondant à l'objet de la demande portée devant l'autorité requérante* ».

La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que la question posée doit commander la solution d'un litige :

- avis du 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.* 2007, Avis, n° 3 : « *Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent demander l'avis de la Cour de cassation sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges à condition que la question posée commande l'issue du procès* » ;

- avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8, et avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.015 : « *Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent demander l'avis de la Cour de cassation sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges à condition que la question posée conditionne la solution du litige. À défaut, il n'y a pas lieu à avis* ».

Cependant, la Cour de cassation a admis que la question peut être posée lors d'une demande en justice en matière gracieuse, c'est-à-dire en dehors de tout litige, à propos d'une ordonnance sur requête d'autorisation formée dans le cadre de l'article R. 160-6 du code des assurances (avis du 23 mars 1998, n° 09-70.014, *Bull.* 1998, Avis, n° 5).

En l'espèce, la question posée est relative à un rapport entre personnes de droit privé, et le tribunal américain exerce sa compétence sur le litige, de sorte qu'il n'existe pas de conflit de juridictions, le juge américain ne reconnaissant aucune compétence au juge français.

La spécificité de la commission rogatoire internationale est de se situer aux confins du droit international public (cf. III, § 2-1, du rapport), mettant en jeu les attributs de souveraineté des États et du droit international privé, eu égard au rapport de droit privé qui justifie la mise en œuvre de la mesure.

Au sens propre, le juge français requis d'exécuter une commission rogatoire internationale ne tranche aucun litige, celui-ci devant être réglé par le juge de l'État requérant. Dans une approche restrictive de la notion de difficulté sérieuse, la demande d'avis ne remplit pas cette condition de recevabilité. Il faut ajouter que la

<sup>1</sup> SDER, 10 décembre 2010, p. 9.

<sup>2</sup> « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Chronique*, XLIX, *Dalloz* 1992, p. 36.

<sup>3</sup> « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992, éd. G., n° 15, p. 173.

<sup>4</sup> Rapport n° 1963 de M. Hyest.

<sup>5</sup> Présentation générale - La saisine pour avis de la Cour de cassation - Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000, site internet de la Cour de cassation - Accueil > Jurisprudence > Avis de la Cour.

circonstance que la commission rogatoire décernée à un juge français par une autorité judiciaire étrangère possède une incidence sur la solution du litige en cours devant la juridiction étrangère saisie n'apparaît pas entrer dans les prévisions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire. Cependant, la Cour de cassation a déjà adopté une conception élargie de la question posée à propos d'une « demande », en admettant, hors de tout litige, qu'une question posée à l'occasion d'une procédure gracieuse est recevable. Si notre Cour estime qu'il lui est possible d'étendre la recevabilité sur ce point, il conviendra d'examiner la recevabilité de la question au regard du nombre de litiges que la question pourrait concerner.

#### 4. - La question doit se poser dans de nombreux litiges

Cette condition est entendue au sens large. Il n'est pas en effet exigé que la question de droit en cause soit posée dans plusieurs litiges en cours, la Cour de cassation ne disposant pas de données statistiques à cet égard. Au regard de l'objectif de prévention du contentieux poursuivi par la procédure de saisine pour avis, la potentialité de litiges à venir est une considération au moins aussi importante. Le caractère général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence, conditionne sa recevabilité.

La Conférence de La Haye de droit international privé est une organisation intergouvernementale qui « a pour but de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé », selon l'article premier de ses statuts. Depuis 1893, l'instrument principal utilisé pour atteindre le but poursuivi par la Conférence est l'établissement de traités multilatéraux, ou conventions, dans les différents domaines du droit international privé, notamment dans celui de l'entraide judiciaire. Tel est le cas de la Convention de La Haye du 18 mars 1970. La Conférence de La Haye de droit international privé assure également le suivi des conventions.

Le bureau permanent de la Conférence de La Haye, qui en est le secrétariat, opère notamment une surveillance du fonctionnement pratique des conventions d'entraide judiciaire. À ce titre, le bureau permanent entre en contact avec les autorités centrales désignées par les États parties à ces conventions.

La Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale a pour objet d'accroître l'efficacité de la coopération judiciaire entre les États signataires. Cette Convention a été publiée par le décret n° 75-250 du 9 avril 1975 (*Journal officiel*, 17 avril 1975) et est entrée en vigueur pour la France le 6 octobre 1974 et aux États-Unis le 7 octobre 1972.

Même si la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves est en vigueur depuis près de quarante ans, la compétence d'attribution du juge chargé d'exécuter une commission rogatoire décernée en application de ce traité n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation. À cet égard, le ministère de la justice français a déclaré, en 2008, au bureau permanent de la Conférence de La Haye, concernant l'application de la Convention du 18 mars 1970, qu'« aucune difficulté pratique liée à l'application de la Convention n'a été rencontrée en particulier » (point 3 des réponses).

Pour apprécier l'utilité de la question au regard de l'unification de la jurisprudence, le nombre de procédures qui pourraient être concernées doit être pris en compte. Dans un tableau statistique élaboré pour l'année 2002, et communiqué au bureau permanent de la Conférence de La Haye, l'autorité centrale française a déclaré que 499 dossiers ont été enregistrés au bureau chargé de la mise en œuvre des dispositions de la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves et que, sur les 39 pays, alors parties à la Convention de La Haye, seuls 11 l'avaient saisie en 2002. Selon les données statistiques recueillies ultérieurement, en 2008, par le ministère de la justice français au bureau permanent de la Convention de La Haye, l'autorité centrale a reçu en 2003, en provenance de l'étranger, 249 commissions rogatoires, en 2004, 78, en 2005, 91, en 2006, 105, et, en 2007, 121.

M. Huet<sup>6</sup> fait état d'une statistique du ministère de la justice français selon laquelle, dans son double rôle d'autorité centrale expéditrice et réceptrice, ce ministère achemine en moyenne 3 600 commissions rogatoires par an. B. Audit et L. d'Avout<sup>7</sup> évaluent à « environ cinq mille » les commissions rogatoires acheminées chaque année à l'étranger ou en provenance de l'étranger.

Le rapport de la commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention, établi en 2009, conclut qu'elle « fonctionne sans grande difficulté et de manière efficace, bien que plusieurs États parties aient mis en évidence les retards qu'accusaient certains États parties dans le fonctionnement de la Convention ». La commission spéciale y a recommandé - point 43 - aux États parties de prendre des mesures afin d'assurer le fonctionnement efficace de la Convention en leur rappelant que la commission rogatoire doit être exécutée d'urgence.

Pour sa part, dans la note adressée, le 5 novembre 2012, au président du tribunal de grande instance de Nanterre, le bureau de l'entraide civile et commerciale internationale du ministère français de la justice a indiqué qu'à sa connaissance, « la question de compétence matérielle du juge requis n'a [...] jamais été posée à l'autorité centrale depuis l'entrée en vigueur en France en 1974 de cet instrument international »<sup>8</sup>. Même si les arrêts de cour d'appel statuant sur les difficultés d'exécution rogatoire sont très rares, à notre connaissance, les voies de recours ont toujours été formées contre des décisions des juridictions civiles.

Conclusion sur la recevabilité :

la question posée est une question de droit qui est nouvelle. Si la Cour de cassation estime que, posant une difficulté sérieuse, elle entre dans les prévisions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, ces

<sup>6</sup> *Juris-Classeur Droit international*, fasc. 583-20 : procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux.

<sup>7</sup> *Droit international privé*, p. 3 : Economica, 6<sup>e</sup> éd., 2010, p. 369, note 1.

<sup>8</sup> Arrêts de la Cour de cassation rendus au visa de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 - Jurinet : 1<sup>re</sup> Civ., 15 juin 1994, pourvoi n° 92-17.732, diffusé ; 1<sup>re</sup> Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 03-20.722, diffusé ; Crim., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-83.228, *Bull. crim.* 2007, n° 309.

considérations pourraient justifier que notre Cour examine au fond la question posée. En tout état de cause, il convient d'en préciser le contexte et de rechercher, dans la genèse des textes applicables, la jurisprudence et la doctrine, les éléments de réponse à prendre en considération.

### **III. - Éléments de discussion au fond**

#### **1.1. - La Convention de La Haye du 18 mars 1970**

Les règles applicables aux commissions rogatoires dans l'ordre international prennent leur origine lointaine dans le droit romain et le droit canonique (J.-J. G. Foelix, *Traité du droit international privé*, 1844, p. 300). D. Foussard<sup>9</sup>, se référant aux travaux du juriste néerlandais E.-M. Meijers, précise qu'elles apparaissent, dans l'Ancien Droit, dans les relations intercoutumières, dès le XII<sup>e</sup> siècle, et que, lorsque ces ressorts coutumiers ont été abolis, ces mêmes règles se sont appliquées aux rapports internationaux. Selon l'adage attribué à B. d'Argentré, *Finitae potestatis finita iurisdictione et cognitio*.

La commission rogatoire internationale se heurte à l'existence des frontières des États et leur souveraineté s'oppose à ce qu'un juge accomplisse un acte d'autorité hors des frontières de l'État dont il tient les pouvoirs<sup>10</sup>. C'est parce que les États sont souverains qu'ils ont besoin les uns des autres à mesure que se sont développées les relations internationales. Comme l'a bien expliqué J.-P. Niboyet<sup>11</sup>, on se trouve enfoncé dans un véritable dilemme, puisque l'autorité intéressée de l'un des États n'a pas de pouvoir sur le territoire de l'autre tandis que l'affaire n'intéresse pas l'autorité de ce dernier État, de sorte que, finalement, aucune d'elles n'est vraiment compétente. Ce sont les traités internationaux qui ont permis le développement des commissions rogatoires.

La Convention, qui était, au 19 septembre 2011, en application dans cinquante-quatre États, a pour objet essentiel de poursuivre la révision et la modernisation des Conventions de La Haye de 1905 et 1954 sur la procédure civile. Elle a succédé à la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954, qui organisait déjà l'envoi des commissions rogatoires à l'étranger, avec des dispositions extrêmement sommaires<sup>12</sup>. Le chapitre premier de la Convention est consacré à la commission rogatoire, et celle-ci prévoit également, à l'article 17, des modes simplifiés d'obtention des preuves à l'étranger par l'intermédiaire des agents consulaires de l'État requérant ou par une personne désignée à cet effet comme commissaire.

L'ancien code de procédure civile ne contenait aucune disposition relative aux commissions rogatoires internationales. Le nouveau code de procédure civile en a introduit aux articles 733 et suivants, en s'inspirant largement des dispositions de la Convention. Depuis lors, dans l'espace de l'Union européenne, le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2001, s'est substitué à la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'égard des pays européens, sauf au Danemark.

#### **1.2. - L'autorité centrale**

Pour rationaliser la transmission des commissions rogatoires internationales, a été institué le système des autorités centrales, qui existait auparavant uniquement dans la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale<sup>13</sup>.

En application de l'article 2 de la Convention, une autorité centrale est désignée par chaque État ; en France, c'est le ministère de la justice (bureau de l'entraide civile et commerciale internationale) qui est chargé de recevoir les commissions rogatoires émanant d'un autre État contractant et de les transmettre à l'autorité compétente aux fins d'exécution. L'intervention du ministère de la justice en qualité d'autorité centrale a pour but « d'officialiser », selon l'expression de L. Chatin<sup>14</sup>, la transmission auprès des autres autorités. Pour D. Cholet<sup>15</sup>, les principales innovations de la Convention non reprises par le droit interne visent à simplifier le mode de transmission des demandes. Pour ce faire, le Traité a prévu une transmission semi-directe des commissions rogatoires qui tranche nettement avec la voie diplomatique traditionnelle, en évinçant du système le ministère des affaires étrangères.

Sur interrogation du bureau permanent de la Conférence de La Haye, le ministère français de la justice a répondu en 2008 (site de la Convention de La Haye) que « *l'État français considère comme obligatoire l'application la Convention dès lors qu'une demande d'obtention de preuves émanant d'une juridiction d'un autre État partie devrait être exécutée sur le territoire français et réciproquement (hors l'Union européenne, où s'applique un règlement communautaire)* ».

L'exécution des commissions rogatoires est subordonnée au respect de certaines conditions de forme et de fond. L'autorité centrale vérifie l'authenticité de la décision donnant commission rogatoire, les indications qui y sont contenues pour leur exécution, les frais et la traduction des documents provenant de l'étranger,

<sup>9</sup> D. Foussard, *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 278 : « *De la compétence d'exécution d'une commission rogatoire dans le pays requis* ».

<sup>10</sup> B. Audit, *DIP*, Economica, 6<sup>e</sup> ed., n° 427.

<sup>11</sup> Niboyet, *Traité de droit international privé*, Tome VI, n° 1613.

<sup>12</sup> M.-P. Gouguenheim, *JDI* 1969, p. 312.

<sup>13</sup> G. Droz, « Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye », dans *Études offertes à Bellet*, 1991, Litec, p. 129.

<sup>14</sup> L. Chatin, « Régime des commissions rogatoires internationales de droit privé », *Revue critique de droit international privé* 1977, p. 611.

<sup>15</sup> D. Cholet, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Commission rogatoire, n° 37.

la France ayant fait une déclaration selon laquelle les pièces doivent être en français si elles émanent d'une autorité judiciaire étrangère. L'autorité centrale qui estime, en application de l'article 5 de la Convention, que ces conditions de forme et de fond ne sont pas remplies en informe l'autorité requérante.

### 1.3. - L'exécution de la commission rogatoire par l'autorité judiciaire

S'inscrivant dans l'entraide internationale, la Convention a prévu un mécanisme permettant l'exécution des demandes de l'autorité judiciaire de l'État requérant. Elle fait obligation aux États de transmettre les commissions rogatoires à leurs autorités judiciaires en vue de leur exécution. En conséquence, le ministère de la justice français, après avoir centralisé l'acheminement des commissions rogatoires en provenance de l'étranger, doit opérer leur transmission. Après réception de la commission rogatoire, l'autorité centrale la transmet au ministère public dans le ressort duquel doit être exécutée la commission rogatoire adressée par l'État étranger.

La Convention ne peut s'immiscer dans les règles de procédure interne pour préciser les modalités d'exécution d'une commission rogatoire. Tout au plus prévoit-elle que la commission rogatoire doit être exécutée « d'urgence », selon le troisième alinéa de l'article 9 de la Convention. Le ministère de la justice n'a pas édicté de règles spécifiques destinées à l'application de la Convention, mais les dispositions du code de procédure civile relatives aux commissions rogatoires internationales y suppléent ; ce sont les articles 736 et suivants du code de procédure civile qui réglementent l'exécution par l'autorité judiciaire française des commissions rogatoires qui lui sont adressées par des autorités étrangères. Il ressort du « résumé des réponses » reçues des États parties, daté de janvier 2009 et établi par le bureau permanent de la Conférence de La Haye, que le ministère français de la justice considère que le code de procédure civile réglemente la commission rogatoire décernée par application de la Convention, en visant les articles 742 et suivants comme applicables en cas de contestation d'une commission rogatoire, et l'article 738 du code de procédure civile comme désignant le juge compétent pour l'exécuter.

Les États parties n'ont pas voulu laisser aux juges requis de latitude pour refuser l'exécution des commissions rogatoires en provenance de l'étranger, afin de ne pas mettre en péril le mécanisme d'entraide. Cependant, la Convention a prévu, à l'article 23, la faculté pour les États de déclarer qu'ils n'exécuteraient pas sur leur territoire une mesure qui permet à une partie d'exiger d'une autre personne la production d'un grand nombre de documents, y compris ceux qui lui seraient défavorables ou qui seraient très éloignés du litige. La France avait formulé cette réserve pour limiter les excès de la procédure de *discovery* du droit anglo-saxon, puis elle l'a assouplie par une déclaration du 24 décembre 1986<sup>16</sup>. Désormais, la réserve « *ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige* ». Prenant en compte cette réserve atténuée, la cour d'appel de Paris<sup>17</sup> a admis, dans un arrêt du 23 septembre 2003, qu'une telle mesure ordonnée par une juridiction américaine soit exécutée en France par voie de commission rogatoire. L'arrêt a été frappé d'un pourvoi déclaré sans objet après renonciation du tribunal américain<sup>18</sup>. Un autre arrêt a refusé l'exécution d'une commission rogatoire provenant des États-Unis, en application de la réserve de l'article 23 de la Convention<sup>19</sup>.

Plusieurs causes de refus d'exécution par le juge requis sont énumérées par la Convention. L'exécution d'une commission rogatoire peut, d'abord, être refusée par le juge français commis, si la personne qu'elle vise invoque une dispense ou une interdiction de déposer (article 11). Ensuite, ce juge peut en refuser l'exécution dans le cas de l'article 12 dans la mesure où :

a) l'exécution, dans l'État requis, ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire ;

ou

b) l'État requis la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Le code de procédure civile comporte des dispositions analogues à l'article 743 et, antérieurement à son entrée en vigueur, la jurisprudence a déjà eu à envisager de telles hypothèses. Ainsi, ne rentre pas dans les attributions du juge judiciaire commis la commission rogatoire décernée dans le cadre d'un litige de droit public ou fiscal<sup>20</sup> ou celle enjoignant à un notaire de se dessaisir de ses minutes en les déposant au greffe du tribunal<sup>21</sup>. En application de l'article 12 *b*, le juge requis par une commission rogatoire en provenance de l'étranger peut refuser l'exécution de la commission rogatoire portant atteinte à la souveraineté de l'État français. D'après L. Chatin (*op. cit.*, n° 4, p. 615), « *les exigences de l'ordre public sont [...] limitées aux atteintes à la souveraineté et à la sécurité de l'État français* ». Enfin, la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980, qui interdit, sous peine de prison et d'amende, « *de communiquer par écrit des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci* » heurte la recherche par les parties des éléments de preuve. Deux auteurs<sup>22</sup> considèrent que cette disposition législative n'est pas

<sup>16</sup> Décret n° 89-43 du 24 janvier 1989, *JO*, 28 janvier 1989 ; *Revue critique de droit international privé* 1989, 126.

<sup>17</sup> Paris, 23 septembre 2003, RG n° 2002/18509.

<sup>18</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 03-20.722 ; pour des motifs étrangers à la procédure de *discovery*, une demande de document émanant d'un juge fédéral de New York a été refusée par une cour d'appel, en raison de l'obligation de secret professionnel qui s'impose aux commissaires aux comptes (Paris, 24 mars 2009, RG n° 07/08359, *Bulletin Joly* 2009, 487, note Barbéri).

<sup>19</sup> Paris, 9 novembre 2010, RG n° 10/08413.

<sup>20</sup> Tribunal civil de la Seine, 24 février 1949, *JCP* 1949, II, 4816, note J. Mazeaud.

<sup>21</sup> Tribunal de grande instance de Paris, 24 octobre 1969, *JDI* 1971, p. 324, obs. Ph. Kahn ; *Revue critique de droit international privé* 1971, p. 537, note Y. Chagny.

<sup>22</sup> Y. Le Berre et E. Pataut, « La recherche des preuves en France au soutien des procédures étrangères au fond », *RDAI* 2004, p. 53 s.

conforme à 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, même si elle n'est pas contraire aux dispositions de la Convention de La Haye, dans la mesure où celle-ci admet des exclusions à l'exécution d'une commission rogatoire internationale.

Ce refus d'exécution est limité aux hypothèses expressément prévues par la Convention, et l'alinéa 2 de l'article 12 écarte tout refus d'exécuter une commission rogatoire « *au seul motif que la loi française revendique une compétence exclusive dans l'affaire en cause ou ne connaît pas de voies de droit répondant à l'objet de la demande portée devant l'autorité requérante...* »

La commission rogatoire est exécutée conformément à la loi française, d'après l'article 9 de la Convention. P. Mayer et V. Heuzé<sup>23</sup> expliquent que le juge est une autorité française et qu'un « *organe public doit rechercher dans sa propre loi l'indication des modalités de son action* ». C'est aussi la raison pour laquelle, comme le prévoit la Convention, le juge français commis peut user de tous les moyens de contrainte que la loi française met à sa disposition.

En vue de favoriser le système d'entraide internationale, diverses adaptations ont été prévues à la loi française, pour permettre à la commission rogatoire d'avoir un effet utile dans la procédure de l'État requérant, notamment avec la faculté pour un magistrat de l'autorité requérante d'assister à l'exécution de la commission rogatoire (article 8 de la Convention).

La loi applicable à l'exécution peut également être, par application de l'article 9 de la Convention, la loi de l'État requérant lorsque la juridiction étrangère a demandé qu'il y soit procédé selon une forme particulière. Le juge français doit alors procéder selon une loi autre que la *lex fori* et s'adapter aux règles étrangères, notamment à celles des droits anglo-saxons. S'il est habituel que le juge applique, le cas échéant, des règles étrangères aux questions de fond dont il est saisi, il n'obéit pas à une autre législation, pour son fonctionnement, que celle qui l'institue<sup>24</sup>, selon la formule de D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de La Pradelle. Il s'agit d'une situation tout à fait dérogatoire aux règles du droit international privé, qualifiée d'entorse au principe de l'application des règles ordinaires de procédure (*op. cit.*, n° 854), que celle dans laquelle le juge français va accomplir en France des actes de procédure régis par une loi étrangère de procédure<sup>25</sup>.

À cet égard, la jurisprudence a admis :

- qu'une prestation de serment soit différente de celle du droit français : « *je jure devant Dieu le Tout-Puissant et l'omniscient que [...] par le salut de mon âme* »<sup>26</sup>, même si B. Audit et L. d'Avout (*op. cit.*, n° 440) contestent que le juge français puisse se prêter à des formes qui heurteraient l'ordre public français, tel un serment religieux ;

- que les parties peuvent faire procéder à des interrogatoires ou contre-interrogatoires sous la forme « d'examen croisé » (procédure de « *cross-examination* »). J.-P. Beraudo<sup>27</sup> explique que « *la raison de ce libéralisme tient aux difficultés d'exploitation, dans le système de common law, des procès-verbaux synthétiques établis unilatéralement par le juge chargé de l'enquête* ». Aussi la procédure de *cross-examination* n'est pas considérée par le ministre de la justice comme incompatible avec le droit français (Rép. question écrite n° 22463 : JO Sénat Q, 8 août 1985, p. 1509 ; *Revue critique de droit international privé* 1985, p. 760).

L'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention précise qu'il est déferé à la demande de l'autorité requérante, à moins que celle-ci ne soit incompatible avec la loi française ou que l'application n'en soit pas possible en raison des usages judiciaires français ou de difficultés pratiques, ou même simplement si sa mise en œuvre se heurte à des difficultés pratiques. La décision du juge français commis qui refuse d'exécuter une commission rogatoire est susceptible d'appel par les parties et le ministère public, en vertu de l'article 746, alinéas 1 et 2, du code de procédure civile.

## 2. - Nature d'une commission rogatoire internationale

### 2.1. - Régime de l'intervention du juge commis

La Convention interdit au juge commis de refuser d'exécuter la commission rogatoire, sauf les exceptions qui sont énumérées par l'article 9. L'emploi d'une formule impérative, comme dans le régime de droit commun de la commission rogatoire internationale, à l'article 738, « *il est procédé aux opérations prescrites...* », impose au juge français d'exécuter une commission rogatoire transmise par l'État étranger. Il en ressort que le juge français commis n'a aucun droit de regard sur ce qui ne lui est pas demandé et, notamment, n'a pas à s'interroger sur le but poursuivi par le tribunal étranger commettant ni sur les conséquences que ce tribunal déduira ultérieurement des faits constatés en France. Ainsi, un tribunal a admis<sup>28</sup> une commission rogatoire aux fins de recueillir des preuves tendant à l'établissement à l'étranger d'une paternité naturelle, alors qu'à l'époque, la loi française prohibait cet établissement.

L'institution de la commission rogatoire est destinée, en droit interne, à permettre l'exécution d'une mesure hors du ressort du tribunal saisi, par l'intermédiaire d'une délégation du juge. Il s'agit d'une collaboration obligatoire entre juges, le juge commettant ne pouvant toutefois pas déléguer la fonction de juger le fond du litige au juge commis, comme le rappelle M. Cholet (*op. cit.*, n° 9). La Cour de cassation<sup>29</sup> a précisé que, hors le cas d'éloignement, toute juridiction qui ordonne une enquête doit y faire procéder par un de ses membres et qu'encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui donne commission rogatoire au président d'un

<sup>23</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010, n° 492.

<sup>24</sup> D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de La Pradelle, *Traité de droit international*, Masson, 1987, n° 841.

<sup>25</sup> *Juris-Classeur Droit international*, fasc. 582-20, n° 61.

<sup>26</sup> Tribunal civil de Saint-Malo, 15 juillet 1909, *JDI* 1911, p. 190, note G. Cluzel.

<sup>27</sup> J.-P. Beraudo, *Répertoire Dalloz Droit international* 2009, n° 102.

<sup>28</sup> Tribunal civil de la Seine, 13 juillet 1910, *Rev. DIP* 1910, p. 844 ; *JDI* 1911, p. 185.

<sup>29</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 12 mai 1975, *Bull.* 1975, II, n° 140, *D.* 1975, IR, 179.

tribunal de grande instance sis dans la même ville pour désigner un juge chargé d'exécuter la mesure. Ainsi, la juridiction commise, qui est désignée dans l'intérêt du service public de la justice, exécute la commission rogatoire par représentation de la juridiction commettante et « *intervient un peu comme un mandataire de celle-ci* » (D. Cholet, *op. cit.*, n° 18 et 21).

Une telle analyse peut-elle être étendue au rôle joué par la juridiction française commise par une commission rogatoire internationale ?

En droit international, la commission rogatoire s'impose lorsque les actes à exécuter par le juge doivent être accomplis sur un territoire où s'exerce la souveraineté d'un autre État. La justice étant l'un de ses attributs, l'exécution en France d'actes d'instruction à la demande d'une autorité judiciaire étrangère porte atteinte à la souveraineté française, et seule l'intervention de l'autorité judiciaire permet de la tolérer. Au XIX<sup>e</sup> siècle, une instruction du ministère de la justice, citée par J.-J. G. Foelix et Démangeat (*Traité du droit international privé*, 1866, p. 466), invitait déjà « *les magistrats à ne pas déférer aux commissions rogatoires, en matière civile, qui viennent de l'étranger, qu'autant qu'elles leur sont transmises par le ministère de la justice* ».

D'après l'article premier de la Convention, la commission rogatoire a pour objet de faire procéder, dans un État étranger, à des « *mesures d'instruction* » ou « *autres actes judiciaires* ». À l'instar de ce qui se passe en procédure interne, les actes d'instruction que va exécuter le juge français requis concernent nécessairement une procédure engagée devant un tribunal de l'État requérant. A. Huet (*op. cit.*, n° 71) analyse : « *Une commission rogatoire ne donne pas au juge requis une juridiction contentieuse et un pouvoir de décision : elle lui demande seulement d'accomplir des actes matériels* ». Il en déduit que s'il se présente devant le juge requis une question qui exige une décision sur le fond, c'est au juge étranger requérant qu'il appartient de la rendre.

Des divergences doctrinales apparaissent quant à la portée du rôle joué par le juge requis. P. Mayer et V. Heuzé considèrent que, par l'effet de la commission rogatoire qui lui est adressée, le juge français intervient « *dans le service étranger de la justice* » (*op. cit.*, n° 492), « *mais il reste une autorité française* ». Poursuivant la même réflexion, P. Mayer<sup>30</sup> a écrit qu'en la circonstance, le juge requis est « *en quelque sorte prêté par l'État qui l'a institué* ». D. Foussard ne partage pas cette analyse, considérant que l'autorité qui exécute la commission rogatoire le fait alors « *comme agent de l'État requis* »<sup>31</sup> et « *en vertu d'une règle de son ordre juridique* »<sup>32</sup>. Il estime que c'est l'« *État qui est requis et qu'il n'est ni le délégataire ni le mandataire de l'État requérant et qu'aucun lien contractuel, a fortiori aucun lien statutaire, n'est à la base de son intervention. Pour cet auteur, l'État requis a agi, de son propre chef, pour apporter son aide à l'État requérant dans le cadre de relations d'État à État. Il exerce une compétence qui lui est propre ; la compétence de l'État requis est ainsi assise sur le droit international public. Il appartient ensuite au droit public de l'État requis, car ces questions touchent à l'organisation de l'État et à son mode d'opérer, de décider de l'organe compétent, de ses pouvoirs et des formes à observer* ». Procédant à une réflexion voisine, D. Cholet (*op. cit.*, n° 31) écrit que, si l'autorité judiciaire étrangère commise accomplit la commission rogatoire internationale qui lui est donnée, c'est, compte tenu des principes d'indépendance et de souveraineté des États, un acte de courtoisie internationale.

Autrement dit, le juge français requis opère en exécutant la commission rogatoire pour le compte de son État, conformément au concours auquel celui-ci s'est engagé en vertu du traité.

Les auteurs concentrent également leur analyse de l'intervention du juge français sur l'acte qu'il exécute. B. Audit et L. d'Avout (*op. cit.*, n° 440) qualifient la commission rogatoire d'« *acte de procédure* ». D. Foussard considère que la mesure est « *prescrite dans le cadre d'une instance, dont elle est un incident*<sup>33</sup>, et qu'elle est le siège d'actes émanant d'une autorité étrangère ». D. Foussard<sup>34</sup> explique encore « *que toute procédure progresse au rythme d'actes de procédure dépourvus de caractère juridictionnel* », A. Huet ajoutant « *qu'une commission rogatoire ne donne pas au juge requis une "juridiction contentieuse", elle lui demande seulement d'accomplir des actes matériels* ».

Un jugement ancien du tribunal de la Seine<sup>35</sup> a pris parti dans ce débat doctrinal en estimant que l'exécution par un tribunal français d'une commission rogatoire donnée par une autorité étrangère est « *un acte de courtoisie internationale qui ne constitue pas un acte de juridiction et n'a d'autre but que de réunir sur le territoire français, à sa demande, et pour le compte de l'autorité requérante, des preuves et des éléments d'information que celle-ci ne pourrait pas trouver sur son propre territoire* ». Le principe de courtoisie internationale se retrouve d'ailleurs dans la formule utilisée pour la délivrance des commissions rogatoires internationales au XIX<sup>e</sup> siècle : « *Nous vous prions de [...], comme nous ferions le semblable pour vous, si par vous nous étions priés et requis* »<sup>36</sup>.

Une « *autorité judiciaire compétente* » est donc celle qui, selon le droit local, est compétente pour accomplir la mesure d'instruction souhaitée, c'est-à-dire pour accomplir ce que notre droit considère comme un acte d'administration judiciaire.

En bref, la Convention poursuit un objectif de faveur envers l'entraide judiciaire internationale dans les matières autres que pénales et de droit public, les États signataires s'étant engagés à ce que les commissions

<sup>30</sup> « *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* », *Revue critique de droit international privé* 1979, p. 349 et s.

<sup>31</sup> D. Foussard, « *La loi étrangère dans le domaine de la procédure* », in *Le monde du droit, Mélanges Foyer, Economica*, 2008, p. 370.

<sup>32</sup> D. Foussard, *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 278.

<sup>33</sup> D. Foussard, *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 279.

<sup>34</sup> « *La loi étrangère dans le domaine de la procédure* », in *Le monde du droit, Mélanges Foyer, Economica*, 2008, p. 370.

<sup>35</sup> Tribunal de la Seine, 13 juillet 1909, cité par M. Niboyet, *Traité de DIP*, tome VI, p. 121.

<sup>36</sup> Ch. Gavaldà, « *Les commissions rogatoires internationales en matière civile et commerciale* », *Revue critique de droit international privé* 1964, p. 18, n° 3.

rogatoires soient traitées en urgence afin de ne pas paralyser les instances en cours ouvertes à l'étranger. En conséquence, lorsque le juge de l'État requérant a décidé du principe d'une commission rogatoire pour recueillir les preuves dont la production s'impose et importe pour la solution du litige, à la réception, le juge de l'État requis est tenu de l'exécuter en obéissant aux prescriptions de l'État requérant, sauf si elles sont contraires aux règles du for.

## 2.2. - *La compétence interne française*

La compétence d'attribution interne ne pouvant être attribuée par le juge requérant, c'est à la loi du for de la définir. Au demeurant, la Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 22 mai 2007<sup>37</sup>, que, si la commission rogatoire est adressée à une autorité judiciaire de l'État étranger, il n'appartient pas au juge français de la désigner, car il risquerait de désigner un tribunal étranger incompétent *ratione materiae* ou *ratione loci* au regard de la loi étrangère, seule compétente pour le faire. Comme J.-L. Niboyet l'a analysé (*op. cit.*, n° 1614) : « *Une fois admis qu'une autorité française peut collaborer avec l'autorité étrangère, il s'agit de déterminer, parmi les rouages de la vie française, celui qui devra intervenir : c'est alors un problème de compétence interne. Il est à résoudre à la seule lumière du droit français* ».

L'article 737 du code de procédure civile emploie le terme « juridiction compétente », à laquelle le ministère public fait parvenir la commission rogatoire aux fins d'exécution. Le code de procédure civile commenté<sup>38</sup> en déduit que la juridiction est liée par cette désignation, car le refus d'exécuter est réglementé étroitement. Cependant, il semble difficile de souscrire à une telle interprétation, qui permettrait au ministère public de désigner un juge radicalement incompétent, comme le juge pénal.

Il est préférable de rechercher, parmi les règles matérielles françaises, celles qui désignent la juridiction compétente. Le champ d'application de la Convention permet-il de désigner la juridiction matériellement compétente ?

La Convention s'applique « *en matière civile et commerciale* », sans définir l'expression.

Plusieurs autres conventions de La Haye, notamment celle du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale ainsi que le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, ou le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (article premier) emploient la même expression.

Le rapport établi sur les travaux de la commission spéciale d'avril 1989 par le bureau permanent de la conférence de La Haye éclaire le sens de l'expression. Il expose que les États de droit civil et de *common law* divergent sur sa portée précise, les États de *common law* considérant que l'expression dénote tout ce qui n'est pas de nature pénale, et les États de droit civil considérant qu'outre les matières « civile ou commerciale » et « pénale », il existe une troisième catégorie, le « droit public », dont la nature diffère fondamentalement du droit civil ou commercial. La commission spéciale<sup>39</sup> y exprime le souhait que l'expression « civile ou commerciale » reçoive une interprétation autonome, sans qu'une référence exclusive soit faite soit à la loi de l'État requérant, soit à la loi de l'État requis, soit aux deux cumulativement. Au sens de la Convention, la matière civile ou commerciale s'entend donc de toutes les matières, à l'exclusion du droit public et du droit pénal. Il n'est pas inutile de constater que, dans le « *résumé des réponses au questionnaire de mai 2008* », le bureau permanent de la Conférence de La Haye a indiqué (n° 115), après exploitation des réponses apportées par les États parties, que vingt des vingt-six États qui ont répondu ont indiqué que l'interprétation de l'expression « civile ou commerciale » n'a soulevé aucune difficulté depuis 2003 et six que des difficultés s'étaient posées. En 2008, à la même question posée par le bureau permanent de la conférence de La Haye, le ministère de la justice français a fait état d'une difficulté unique, liée au refus d'exécution par un juge français d'une commission rogatoire décernée par une juridiction anglaise qui, se fondant sur la Convention de La Haye du 18 mars 1970, tendait à ce que plusieurs mesures d'auditions et de productions de pièces soient accomplies à la requête du *Detective Constable* de la police d'un comté, afin de déterminer l'origine frauduleuse ou non de valeurs trouvées sur une personne qui franchissait la frontière à Douvres, un tribunal français ayant rendu une ordonnance d'irrecevabilité de la demande d'entraide, en relevant « *que les investigations auxquelles le défendeur avait été soumis dans le cadre de la procédure (fouille sur sa personne, interrogatoires, recherche auprès du casier judiciaire français) constitu[ai]ent des mesures de contraintes propres à la procédure pénale ou douanière* ». Le refus d'exécution ne portait pas en conséquence sur le sens à donner à la matière civile ou commerciale.

La réponse à la question posée par le président du tribunal de grande instance de Nanterre ne doit en conséquence pas être recherchée dans les règles du droit international, mais simplement dans celles qui régissent la dévolution des contentieux aux différentes juridictions. La question posée par la demande d'avis est limitée à l'option de compétence entre juridictions civile et commerciale.

<sup>37</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 22 mai 2007, pourvoi n° 02-12.857, *Bull.* 2007, I, n° 197 : *Juris-Data* n° 2007-038918 ; *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 278, note D. Foussard : la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui avait annulé des commissions rogatoires exécutées par les ministres de la justice de deux États étrangers sans rechercher « *si et à quelles conditions, selon la loi des pays requis, les ministres instrumentaires avaient la qualité d'autorité judiciaire compétente pour accomplir la mesure d'instruction sollicitée* ».

<sup>38</sup> Code de procédure civile commenté, Lamy, article 737.

<sup>39</sup> La commission spéciale évoque la « zone grise » : matières se situant entre le droit privé et le droit public, et il est admis que le droit de la faillite, des assurances et du travail puissent tomber sous la notion « civile ou commerciale » ; en revanche, d'autres matières sont considérées par la plupart des États comme de droit public, par exemple le droit fiscal, exclu du champ d'application de la Convention.



L'article L. 721-3 du code de commerce prévoit que le tribunal de commerce connaît :

« 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ;

2° De celles relatives aux sociétés commerciales ;

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. »

L'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire édicte que le tribunal de grande instance est compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande.

Doit-on alors rechercher la compétence du juge français, au regard de la matière du procès dans lequel le juge étranger a décerné une commission rogatoire, pour s'inscrire dans les prévisions de l'article L. 721-3 du code de commerce ? Cela reviendrait à étendre nos règles de compétences internes à la matière internationale. Cependant, le principe d'autonomie des procédures française et étrangère en matière d'exécution d'une commission rogatoire prive de fondement une recherche de la compétence d'attribution des juridictions françaises selon la matière dont a été saisi le juge étranger, alors que le juge français est simplement saisi d'une demande d'exécution d'une commission rogatoire. C'est en ce sens que la cour d'appel de Dijon (4 novembre 2010, n° 10/01593) a retenu que, lorsque l'article 743 du code de procédure civile autorise le juge commis à refuser l'exécution d'une commission rogatoire s'il estime qu'elle ne rentre pas dans ses attributions, il renvoie aux attributions de l'autorité judiciaire et non pas aux règles de compétence d'attribution fixées par le code de l'organisation judiciaire, et qu'en conséquence, le juge désigné par le président d'un tribunal de grande instance ne l'avait « pas été en sa qualité de juge aux affaires familiales, mais en sa qualité de magistrat de la juridiction à laquelle il appartient, conformément aux dispositions de l'article 738 du code de procédure ». Un argument supplémentaire peut être tiré de l'article 12 de la Convention, qui prévoit que le juge requis ne peut refuser d'exécuter la commission rogatoire au motif qu'il ne connaît pas de voie de droit répondant à l'objet de la demande portée devant la juridiction commettante. Cette disposition tend à opérer une déconnexion entre la procédure suivie à l'étranger et la procédure de commission rogatoire en France.

En tout état de cause, les compétences matérielles des juridictions étrangères ne sont quasiment jamais classées selon ce que prévoit le code de l'organisation judiciaire français. Si la commission rogatoire décernée par l'autorité étrangère requérante devait être distribuée selon les règles internes de compétence, il incomberait au juge français saisi de rechercher si la procédure étrangère relève de la matière civile ou commerciale. Dans cette hypothèse, il faut imaginer qu'il le ferait, non au regard de la loi de procédure étrangère, mais selon nos règles internes de compétence, sauf à risquer de réviser la décision étrangère sur la compétence. Une telle recherche irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit international privé, selon laquelle le juge chargé de la reconnaissance ou de l'exécution d'une décision étrangère ne contrôle que la compétence indirecte du juge étranger, et non sa compétence directe.

La Convention, qui a pour objet de favoriser la coopération internationale, porte exclusivement sur l'obtention des preuves. Le tribunal français compétent est saisi de cette demande. Si les règles de compétence d'attribution par matière ne permettent pas de répondre à l'interrogation sur la compétence du juge requis, ce sont les dispositions du droit commun qui doivent s'appliquer.

Au demeurant, pour l'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, la France a désigné, pour procéder à des actes d'instruction à la demande des juges des autres États membres, l'ensemble des tribunaux de grande instance. Dans la circulaire d'application du 8 janvier 2004, le ministère de la justice précise que, dans les limites de leur ressort territorial, les tribunaux de grande instance sont compétents pour réaliser toutes les mesures d'instruction entrant dans le champ d'application matériel du règlement, alors qu'en droit interne, les procédures correspondantes relèveraient de juridictions spécialisées ou d'une cour d'appel. Aucune disposition analogue ne figure ni dans la Convention ni dans le code de procédure civile dans les règles afférentes aux commissions rogatoires internationales exécutées en application de la Convention. Le bureau d'entraide judiciaire, interrogé par le président du tribunal de grande instance de Nanterre préalablement à la saisine pour avis de la Cour de cassation, a, le 5 novembre 2012, admis qu'il n'existait pas de texte spécifique attribuant au tribunal de grande instance une compétence exclusive pour l'exécution des commissions rogatoires internationales en application de la Convention, l'usage ayant consisté à les confier aux tribunaux de grande instance répondant à l'efficacité des mesures, la spécialisation de ces juges leur ayant permis d'acquérir une expérience utile pour résoudre les questions relatives aux frais, à la visioconférence, à la conduite à tenir face aux demandes formées dans des litiges anglo-saxons avec *discovery order*. Enfin, le bureau a fait observer qu'en l'absence de disposition particulière en droit interne français, la juridiction compétente serait le tribunal de grande instance.

La Cour devra donc dire, si elle estime que la question présente une difficulté sérieuse, quel est le tribunal français compétent pour exécuter une commission rogatoire internationale en application de la Convention.

# Observations de M. Domingo

## Avocat général

En vertu d'une ordonnance rendue le 16 novembre 2012, le président du tribunal de grande instance de Nanterre sollicite l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

« *L'exécution d'une commission rogatoire de l'étranger à l'occasion d'une demande d'obtention de preuve par application de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relève-t-elle de la compétence du tribunal de grande instance, dès lors que le litige oppose deux sociétés commerciales ?* »

Cette interrogation s'inscrit dans le cadre d'une procédure actuellement en cours devant une juridiction américaine et opposant la société AXA *Mediterranean Holding SA* à la société *ING Insurance International BV*, lesquelles ont respectivement leur siège social en Espagne et aux Pays-Bas.

La première de celles-ci a en effet introduit une action civile tendant à faire reconnaître en justice la rupture d'un contrat de cession de plusieurs filiales mexicaines de la seconde, conclu à son profit le 12 février 2008.

Dans le cadre de ce contentieux, la demanderesse a fait état de diverses irrégularités susceptibles d'être établies au vu de documents en possession de la société KPMG, laquelle était intervenue en qualité de conseil de la société AXA au cours des négociations ayant conduit à la souscription du contrat litigieux.

La Cour suprême de l'État de New York a, en conséquence, délivré aux autorités judiciaires françaises, le 5 janvier 2012, une commission rogatoire internationale visant à faire recueillir le témoignage sous serment ou affirmation (affidavit) de huit employés de la société KPMG et à obtenir la production par celle-ci d'un certain nombre de documents utiles à l'appréciation des questions soumises à l'examen du juge étranger.

Reçue au ministère de la justice, cette demande a été transmise au procureur général près la cour d'appel de Versailles, qui en a rendu destinataire le tribunal de grande instance de Nanterre, territorialement compétent, la société KPMG ayant son siège social dans le département des Hauts-de-Seine.

Le président de cette juridiction a sollicité l'avis de la chancellerie sur la question de savoir si, dans la mesure où le litige oppose deux sociétés commerciales, l'exécution de la commission rogatoire internationale ne relevait pas de la compétence du tribunal de commerce.

Dans sa réponse, le chef du bureau de l'entraide civile et commerciale internationale à la direction des affaires civiles et du sceau a fait savoir que la question soulevée n'avait jamais été posée à l'autorité centrale depuis l'entrée en vigueur, en France, de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, mais que la pratique suivie, malgré l'absence de tout texte attribuant une compétence exclusive, en ce domaine, au tribunal de grande instance, avait été jusqu'alors de lui confier néanmoins cette mission, les magistrats plus spécialement chargés de son exécution ayant acquis, au fil du temps, une expérience des plus utiles, précision étant faite, au surplus, que la demande de commission rogatoire internationale constituant une demande en soi, détachable de la procédure pendante devant la juridiction étrangère, elle ne doit pas s'examiner en fonction de la nature du litige, de telle sorte qu'en l'absence de dispositions particulières en droit interne, le tribunal de grande instance apparaît bien comme la juridiction compétente.

C'est dans ces circonstances que le tribunal de grande instance de Nanterre a estimé devoir saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis en application des articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile.

### **I. - Sur la recevabilité de la demande d'avis**

#### **A. - En la forme**

L'examen des pièces du dossier fait ressortir que les prescriptions des articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile ont été respectées.

Les parties, et leurs conseils, ainsi que le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Versailles ont été régulièrement informés de la transmission de la demande d'avis, de même que le procureur de la République, au vu des réquisitions duquel celle-ci a été formulée après que les parties eurent été avisées du projet de mise en œuvre de cette procédure, conformément aux prescriptions de l'article 1031-1 du code de procédure civile.

#### **B. - Au fond**

Aux termes de l'article L. 441 du code de l'organisation judiciaire, « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ».

La question posée en l'espèce est certainement de droit, dès lors qu'elle porte sur la détermination de la juridiction compétente pour exécuter une commission rogatoire internationale décernée dans le cadre d'un litige commercial.

##### a) La question est-elle nouvelle ?

Au sens strict, une question n'est vraiment nouvelle que si elle s'enracine dans un texte récent - ainsi que le remarquent MM. J. et L. Boré (*La cassation en matière civile*, n° 24-32, Dalloz Action), « *toute question non encore résolue par la Cour de cassation et obligeant celle-ci à trancher une controverse* » n'est pas nouvelle

de ce seul fait, dès lors qu'elle a pour vecteur un texte ancien. L'exemple cité est celui d'un texte du code civil de 1804, non modifié depuis l'origine, sur l'interprétation duquel la Cour de cassation a refusé de donner un avis, bien que la question posée n'eût jamais été résolue par la voie contentieuse (14 juin 1993, n° 09-30.006, *Bull.* 1993, Avis, n° 5).

Mais les conséquences radicales qu'en tirent ces auteurs, quant à une position de principe de la Cour de cassation sur ce sujet, semblent devoir être nuancées.

Ainsi, entre autres exemples, un avis a-t-il pu être donné le 27 septembre 1999 sur l'interprétation de l'article 377 du code civil, relatif à l'autorité parentale, dans sa version de 1974 (*D.* 1999, IR, p. 239, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 1999, p. 509).

La notion de nouveauté revêt ainsi une certaine plasticité, qui permet d'accueillir avec quelque bienveillance (cf. H.M. Darnanville, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation » *AJDA* 2001, p. 416) des hypothèses non strictement circonscrites à des textes récemment entrés en vigueur.

En l'espèce, la question de la compétence *ratione materiae* et *ratione personae* de la juridiction française apte à exécuter une commission rogatoire en provenance de l'étranger en application de la Convention de La Haye (qui ne renferme d'ailleurs aucune précision sur ce point) n'a jamais été tranchée au cours ou à l'issue d'une instance contentieuse arrivée à hauteur de cassation.

Bien que la question soit totalement inédite et formulée de manière explicite, pour la première fois, dans le cadre de la présente affaire, il est probable, depuis l'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye, en 1974, que des commissions rogatoires en provenance de l'étranger et se situant dans la même configuration que celle qui nous est soumise aient été traitées sans que la difficulté liée à la compétence de la juridiction habilitée à les exécuter ait été soulevée (ni que soit résulté, *a posteriori*, de cette situation un dommage perceptible dont aurait pu être atteinte la procédure).

Toutefois, bien que le texte dont la portée nécessiterait l'interprétation sollicitée soit relativement ancien (décret n° 75-1123 du 9 décembre 1975 ayant introduit dans le code de procédure civile l'article 737, aux termes duquel « le ministère public fait [...] parvenir la commission rogatoire à la juridiction compétente ») et que des situations procédurales comparables à celle qui sert de substrat à la demande d'avis se soient selon toute vraisemblance déjà manifestées sans susciter le trouble que celle-ci cherche à dissiper, il peut être admis que la question est nouvelle ou à tout le moins qu'il serait hasardeux de la refouler au seul motif qu'elle ne répond pas de manière incontestable à un tel critère (toujours empreint d'une certaine dose de subjectivité).

#### b) La question se pose-t-elle dans de nombreux litiges ?

À l'évidence, l'exécution d'une commission rogatoire internationale ne paraît pas appartenir de plein droit à la catégorie des phénomènes juridiques marqués du signe d'une très grande abondance.

Pour autant, malgré l'absence de recension complète du nombre annuel des demandes de cette nature (que la chancellerie serait certainement à même de pouvoir fournir), il peut être avancé, sans trop de risque, que la rareté n'en est pas telle qu'on doive considérer ce poste comme négligeable, loin de là. Et il est à prévoir que le développement continu des relations judiciaires internationales ne peut qu'aller dans le sens d'une intensification de ce courant.

De telle sorte qu'au moins potentiellement, il n'est pas près de se tarir.

Cependant, de ce que le nombre des commissions rogatoires internationales peut apparaître comme suffisant ne s'ensuit pas nécessairement que la question de la compétence de la juridiction habilitée à les exécuter soit proportionnellement significative.

L'absence de toute difficulté identifiée en ce domaine depuis plus de trente-cinq ans tendrait plutôt à démontrer le contraire.

En somme, jusqu'à sa formulation par le tribunal de grande instance de Nanterre, la question, telle qu'elle se présente, ne semble pas avoir atteint, dans la conscience des magistrats qui ont été en charge de l'exécution des commissions rogatoires internationales depuis plusieurs décennies, un niveau de perception suffisant. Ou alors, si tel a pu être le cas, ils ont franchi l'obstacle sans s'en émouvoir et sans que leur audace discrète ne provoque le moindre remous.

En tout état de cause, il doit être constaté qu'en ce domaine, et jusqu'à présent, la difficulté envisagée ne s'est pas manifestée de manière mesurable. La condition relative à la pluralité des litiges (à supposer qu'il y ait litige, or rien n'est moins sûr), édictée à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, ne serait donc pas réalisée, sauf à tabler sur la croissance potentielle d'un secteur jusqu'alors en friche et dont l'essor futur aurait pour base la présente demande d'avis, en vertu de son effet révélateur ; ce qui n'est pas le moindre des paradoxes.

L'autre paradoxe étant que la « nouveauté » possible de la question - dont on peut penser depuis le temps qu'elle aurait pu trouver l'occasion d'être posée - soit liée à la circonstance que la difficulté qu'elle exprime a été soit occultée, soit ignorée, situation bien peu compatible avec l'exigence quantitative énoncée par la loi.

#### c) La question est-elle sérieuse ?

Pour être considérée comme telle, la question doit se présenter ainsi : le juge est-il ou non en mesure de se prononcer sur sa compétence - à supposer que celle-ci doive être examinée - et comment doit-il le faire ? Quelles conséquences peuvent-elles résulter du choix qu'il fait, et qui peut s'avérer erroné, sur le sort du litige ? Il n'y a en effet lieu à avis que si la question qui présente une difficulté sérieuse conditionne la solution qui peut être apportée à celui-ci (20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8).

Si le code de procédure civile ne fournit, en ses articles 736 et suivants, aucune indication utile sur ce point, l'article 6 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 semble avoir résolu la difficulté en disposant qu'« *en cas d'incompétence de l'autorité requise, la commission rogatoire est transmise d'office et sans retard à l'autorité judiciaire compétente du même État suivant les règles établies par la législation de celui-ci* ».

En d'autres termes, d'une part, l'incompétence interne de l'autorité requise peut à bon droit être soulevée et appréciée et, d'autre part, les modalités de transmission à l'autorité judiciaire compétente de l'État requis sont celles prévues par sa propre législation.

Selon cette interprétation, la question posée ne présente pas de difficulté sérieuse dès lors que la juridiction française (en l'espèce le tribunal de grande instance) saisie de la demande du juge étranger, appliquant ses propres règles de compétence, serait conduite à en tirer les conséquences (soit à la demande d'une partie, soit, facultativement, d'office, dans le cadre de l'article 92 du code de procédure civile) au regard de la compétence d'une autre juridiction nationale (à savoir le tribunal de commerce, dont la compétence d'attribution est d'ordre public).

En revanche, s'il devait être admis que, dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire internationale - délivrée par une autorité judiciaire étrangère qui ne connaît pas cette dualité de juridictions -, le critère tiré de la qualité des parties au litige (en l'occurrence, leur statut de sociétés commerciales, qui est opérationnel en droit interne) peut n'être pas nécessairement pris en considération ou est sans incidence pour déterminer la compétence du juge commis et qu'ainsi, celui-ci ne peut exercer son choix en pleine certitude, il y aurait là peut-être une difficulté sérieuse de nature à légitimer l'expression d'un avis de la Cour de cassation.

Toutefois, il conviendrait encore de montrer en quoi la question relative à la détermination de la compétence de la juridiction française en charge de l'exécution conditionnerait la solution pouvant être apportée au litige (et de quel litige s'agit-il ?).

À ce stade, il peut être utile de rappeler rapidement les règles qui gouvernent l'exécution des commissions rogatoires lorsqu'elles concernent l'enquête civile (réglementée aux articles 204 et suivants du code de procédure civile).

Aux termes des dispositions de l'article 225 du code de procédure civile, la décision qui ordonne l'enquête précise si elle aura lieu devant la formation de jugement, devant un membre de cette formation (il s'agit du juge de la mise en état) ou, en cas de nécessité, devant tout autre juge de la juridiction.

L'article 227 du code de procédure civile indique, entre autres prescriptions, qu'en cas de commission d'une autre juridiction, la décision ordonnant l'enquête doit préciser le délai dans lequel il devra y être procédé.

Ces normes s'appliquent également devant le tribunal de commerce, dès lors qu'elles figurent au livre premier du code de procédure civile, relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions (v. également l'article 865 du code de procédure civile, pour les mesures d'instruction ordonnées par le juge rapporteur).

Qu'en est-il lorsque la compétence de la juridiction ayant ordonné l'enquête est contestée ?

En principe, seule une partie peut soulever une exception d'incompétence, qui, pour être recevable, doit avoir été présentée avant toute défense au fond, s'appuyer sur une argumentation motivée et indiquer la juridiction devant laquelle l'affaire devrait être portée (article 75 du code de procédure civile).

Le juge ne peut relever d'office son incompétence - et encore s'agit-il alors pour lui d'une simple faculté - que lorsque la règle de compétence en cause est d'ordre public (article 92 du code de procédure civile).

Si le schéma est celui de la saisine initiale de la juridiction qui a ordonné l'enquête, le contentieux sur la compétence se nouera devant elle et, bien évidemment, sera exclue l'éventualité d'une décision d'incompétence prise d'office par elle, qui serait en contradiction avec la décision relative à l'enquête.

*Quid* en revanche lorsque celle-ci a été ordonnée par une juridiction dont la compétence n'est pas contestable, mais doit être exécutée sur commission confiée à une juridiction extérieure dont la compétence n'est pas certaine ?

La souplesse introduite à l'article 730 du code de procédure civile et autorisant, pour accomplir la mission confiée, le choix de la juridiction de degré égal ou inférieur qui paraît la mieux placée sur le territoire de la République ne semble pas devoir être étendue à des juridictions de nature différente, encore que cette opinion puisse être discutée.

À supposer que le juge commis ne décline pas spontanément sa compétence (dans le cas où sont en jeu des règles d'ordre public) et ne soit saisi d'aucune exception en ce sens, il serait conduit à effectuer des actes dont la validité ne pourrait être remise en question.

À l'inverse, s'il se déclarait incompétent, le seul inconvénient serait, pour le juge commettant, de renouveler sa demande en l'adressant à la juridiction compétente pour y satisfaire.

Ce mécanisme est-il transposable dans le domaine des commissions rogatoires internationales ?

Selon les articles 736 et suivants du code de procédure civile, le ministère public dans le ressort duquel celles-ci doivent être exécutées (et qui en a été rendu destinataire par le ministère de la justice) doit les faire aussitôt parvenir à la juridiction compétente.

Comment faut-il comprendre ce dernier terme ? Dans la mesure où la commission rogatoire a été adressée au ministère public territorialement compétent, la question ne peut en principe valoir que pour la compétence matérielle. De telle sorte qu'en fonction de la nature du litige ayant pris naissance à l'étranger, le juge compétent pour procéder à l'exécution de la commission rogatoire serait celui-là même auquel une compétence identique pourrait être reconnue dans le cadre d'une mission purement interne.

L'article 739 du code de procédure civile invite à une telle analyse dans la mesure où il dispose que la commission rogatoire est exécutée conformément à la loi française.

Il est en effet indéniable que le juge français, quoiqu'intervenant exceptionnellement dans le service étranger de la justice, demeure une autorité française (cf. P.Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, n° 492, Montchrestien) appliquant les règles procédurales qui gouvernent son action.

Si la force de cet argument doit être tempérée par le fait que la loi autorise le juge national à s'affranchir des normes du droit français lorsque la juridiction étrangère a demandé qu'il soit procédé à l'exécution de la commission rogatoire « *selon une forme particulière* » (en général, il s'agit le plus souvent de règles issues de la *common law*), il n'en reste pas moins qu'il est tenu de se conformer aux normes qui définissent sa compétence en droit interne (cf. article 6 de la Convention de La Haye).

À supposer que le juge rendu à tort destinataire de la commission rogatoire s'estime incompétent pour procéder à son exécution, devrait-il statuer par voie d'ordonnance ou de jugement en suivant les règles édictées par le code de procédure civile ou ne lui suffirait-il pas de la renvoyer au ministère public, seule autorité habilitée légalement à l'en saisir, afin qu'elle soit acheminée vers la juridiction normalement compétente pour la traiter ?

Cette dernière option s'accorde avec le texte de la Convention (article 6) selon lequel la commission rogatoire est « *transmise d'office et sans retard* ».

Dans l'hypothèse inverse, qu'autorise à envisager le même article 6 de la Convention (l'incompétence étant appréciée et tranchée selon les règles de l'État définissant la compétence de ses juridictions - cf. la référence à la « *législation* » interne de l'État requis), il faudrait admettre qu'un contentieux sur la compétence doit normalement se développer conformément aux règles du code de procédure civile.

L'itinéraire procédural serait plus long (donc moins conforme au but recherché par la Convention, qui est la célérité d'exécution), mais n'entraînerait aucune modification radicale de la situation.

À supposer que le tribunal de grande instance se déclare à bon droit incompétent au motif que l'accomplissement des actes demandés relèverait de la compétence du tribunal de commerce, non seulement sa décision n'aurait aucune incidence sur l'issue du litige soumis au juge américain, mais elle ne pourrait entraver la mission de celui-ci, dès lors que l'aptitude de l'autorité judiciaire française à exécuter la commission rogatoire internationale ne serait pas contestable et qu'une juridiction de l'État requis vers laquelle aurait été réorienté le dossier serait nécessairement compétente pour procéder.

Il n'en irait autrement que dans l'hypothèse où le refus de satisfaire à la demande de l'autorité judiciaire étrangère commettante serait fondé sur les dispositions de l'article 743 du code de procédure civile (qui autorisent le juge commis à refuser d'exécuter la commission rogatoire lorsqu'il estime qu'elle ne rentre pas dans ses « *attributions* », ce vocable devant être entendu comme n'excluant que les actes que l'autorité judiciaire considérée dans l'ensemble de ses composantes n'a pas le pouvoir de faire - cf. article 12 de la Convention de la Haye ; *Rép. Inter. Dalloz*, article « *Commission rogatoire* », J.-P. Beraudo - et ne concernant pas la répartition interne des compétences entre les différentes juridictions, cf. CA Dijon, 4 novembre 2010).

À l'inverse, si l'on suppose que le tribunal de grande instance a retenu à tort, au regard de son droit interne, sa compétence alors qu'en raison de la nature du litige et du statut des parties, l'exécution de la commission rogatoire aurait dû être confiée au tribunal de commerce, il n'en résulterait aucune conséquence radicale quant à la solution du litige dont le juge étranger est saisi.

En effet, dans un tel cas de figure, on voit difficilement comment il pourrait considérer comme non valables des actes accomplis par une juridiction qui relève bien de l'autorité judiciaire de l'État requis, au seul motif qu'elle n'était pas compétente au regard de ses propres règles de compétence interne (dont le juge étranger a d'autant moins à se soucier que le système judiciaire auquel il appartient ne comporte pas cette dualité de compétence entre une juridiction de droit commun et une juridiction spécialisée, même si les cours suprêmes des États-Unis ont des sections différentes en matière civile et commerciale).

Si le contraire devait être envisagé (option irréaliste tant au regard de ce qui vient d'être indiqué qu'au regard des dispositions de l'article 6 de la Convention), le litige ne saurait être impacté - et encore provisoirement - que par l'anéantissement de l'enquête, dont il pourrait être demandé, en vertu d'une nouvelle commission rogatoire, qu'elle soit effectuée par l'autorité judiciaire compétente de l'État requis en vertu de la législation interne de celui-ci.

Pour considérer en revanche que la difficulté soulevée par la question de la compétence conditionnerait la solution du litige, il faudrait admettre non seulement que le juge étranger peut, au regard de son droit national, annuler ou écarter, pour ce seul motif, les actes accomplis par le juge commis, mais encore que cette annulation ou cette éviction est irrémédiable, en ce sens que l'obtention des preuves nécessaires à l'appréciation de la situation par le juge commettant serait désormais définitivement impossible.

Une telle hypothèse est tout à fait invraisemblable.

Dans la mesure où, quelle que puisse être la position adoptée par le juge commis au regard de ses propres règles de compétence, la solution juridique qui peut être donnée au litige n'est pas conditionnée par la décision qu'il prend, il m'apparaît que la question posée ne présente pas les caractères qui justifient l'expression d'un avis.

Dans l'éventualité où il serait néanmoins considéré que la perplexité du premier juge saisi, qui, certes, ne lui permet pas de statuer sur sa compétence en toute sécurité et certitude et donne ainsi à la question posée son caractère sérieux, pourrait le conduire à adopter, à tort, une position de nature à influencer de manière décisive sur la solution du litige (soit parce que la phase procédurale où il intervient peut être considérée - à tort selon

moi - comme une instance autonome constituant un litige dans le litige, soit parce que l'impact de l'option prise par lui, sur le déroulement et le résultat de l'enquête, aurait des effets dévastateurs sur le litige en cours à l'étranger), il convient d'examiner la question au fond.

## **II. - Sur le fond**

Quels arguments pourrait-on avancer en faveur d'une réponse négative à la question posée ?

En d'autres termes, le tribunal de commerce territorialement compétent a-t-il une compétence exclusive pour exécuter une commission rogatoire internationale décernée dans un litige initié à l'étranger entre deux sociétés commerciales ?

Rappelons que, aux termes de l'article L. 721-3 du code de commerce, « *Les tribunaux de commerce connaissent :*

1) *des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ;*

2) *de celles relatives aux sociétés commerciales ;*

3) *de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes [...] »*

Cette compétence d'attribution est d'ordre public (cf. Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, n° 791, Economica), notamment en ce sens que serait nulle à l'égard de la partie non commerçante la clause d'un contrat qui attribuerait compétence au tribunal de commerce pour connaître d'un litige relevant d'un tribunal de grande instance (*op. cit.*).

Dans le cadre d'un litige de droit interne, entre deux commerçants, porté à tort devant le tribunal de grande instance, la partie défenderesse serait fondée à soulever une exception d'incompétence, la juridiction saisie ayant, en l'absence d'une telle initiative, la faculté de la relever d'office - la compétence en débat étant d'ordre public -, sauf s'il apparaissait que les parties ont clairement entendu renoncer (ce qu'elles peuvent faire, cf. Y. Guyon, *op. cit.*) à la compétence du tribunal de commerce.

Au plan international, les stipulations de l'article 6 de la Convention de la Haye de 1970 (déjà examinées) incitent, selon l'interprétation première qui peut leur être donnée, à suivre le même cheminement.

Le texte conventionnel envisage l'incompétence de l'autorité requise qui se dénoue par la transmission d'office de la commission rogatoire à l'autorité judiciaire compétente du même État, suivant les règles établies par la législation de celui-ci.

Autrement dit, en cas d'erreur d'aiguillage (réalisée en l'espèce non pas au niveau de l'autorité centrale, mais à celui du ministère public), on doit diriger la demande du juge étranger vers la juridiction qui est compétente au regard des règles de compétence interne de l'État requis.

Cette solution rejoint l'analyse, faite par la Cour de cassation, des conditions d'exécution d'une commission rogatoire à destination d'un État étranger en application de l'article 733 du code de procédure civile. Dans un arrêt prononcé le 22 mai 2007 (1<sup>re</sup> Civ., pourvoi n° 02-12.857, *Bull.* 2007, I, n° 197), il a été précisé que « *lorsqu'un juge français donne commission rogatoire à une autorité étrangère, l'autorité judiciaire compétente pour l'exécuter est désignée par la loi du pays requis* ».

Ainsi que le souligne le commentateur de cette décision (D. Foussard, *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 278), « *à partir du moment où la qualification selon le droit étranger est admise, on ne conçoit pas que le contrôle de compétence puisse être effectué autrement que par référence au droit étranger* ».

Ce qui est vrai dans ce sens est vrai dans l'autre. Dès lors que le juge français est délégué par une juridiction étrangère aux fins d'exécuter les actes nécessaires et qu'il doit y procéder selon les règles fixées par le droit français, sa compétence est déterminée par rapport au même référentiel juridique.

Bien que les règles relatives à la compétence ne soient pas explicitement visées par ce texte, les dispositions de l'article 739 du code de procédure civile, selon lesquelles la commission rogatoire est exécutée conformément à la loi française (l'adoption éventuelle d'autres formes procédurales demandées par le juge étranger étant possible), laissent bien entendre *a priori* que ce sont toutes les normes juridiques nationales (y compris les règles de compétence) qui conditionnent l'intervention du juge français et balisent le déroulement de sa mission.

À ce propos, si le ministère de la justice a cru bon de préciser (dans la circulaire n° 13/03 du 8 janvier 2004 prise pour l'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale) que seuls les tribunaux de grande instance étaient habilités à procéder aux actes d'instruction alors même qu'en droit interne, les procédures relèveraient de juridictions spécialisées, ne faut-il pas en conclure que cette mesure dérogatoire ne fait que mettre en évidence l'entorse à l'application des règles normales de compétence qui avaient vocation à régir de plein droit les situations en cause ?

Pour autant, les arguments en faveur d'une autre réponse à la question posée ne sont pas négligeables.

La compétence d'attribution, accordée aux tribunaux de commerce et qui entérine une très ancienne pratique coutumière développée à la fin du Moyen Âge et institutionnalisée sous le règne de Charles IX, repose, en large part, sur la connaissance spécifique que les juges consulaires sont censés avoir des usages et des pratiques juridiques du monde des affaires, les mettant à même de mieux traiter les litiges entre commerçants.

Ce facteur, qui fut un temps déterminant, doit être relativisé.

À hauteur d'appel, les litiges sont jugés par des magistrats professionnels.

Par ailleurs, la compétence d'ordre public des tribunaux de commerce ne fait pas obstacle à ce que les parties, qui ont la qualité de commerçant, puissent renoncer à régler leurs différends devant ces juridictions.

Enfin, dans les circonscriptions où n'est pas établi de tribunal de commerce, le tribunal de grande instance connaît des matières attribuées aux tribunaux de commerce (article L. 721-2 du code de commerce).

Et s'il n'est pas déraisonnable d'imaginer qu'un tribunal de commerce puisse demander à un tribunal de grande instance d'exécuter une commission rogatoire interne en application de l'article 730 du code de procédure civile, le contraire est difficilement concevable.

En somme, le domaine d'intervention du tribunal de commerce, déjà étroitement circonscrit, n'est pas à l'abri d'empiétements autorisés légalement de la part du tribunal de grande instance.

Rien d'anormal à cela, dans la mesure où cette dernière juridiction a une compétence de droit commun qui légitime son intervention dans les occurrences où ne sont pas réunies toutes les conditions qui y mettent obstacle au profit d'une juridiction spécialisée.

Au demeurant, sur un plan plus pratique et concret, il n'apparaît pas que la manière dont le juge, chargé d'exécuter la commission rogatoire, s'acquitte de sa mission diffère selon que le litige met aux prises des commerçants ou des parties ordinaires.

Les conditions dans lesquelles il procède ne sont nullement dépendantes de la nature du contentieux d'origine où s'insère son intervention et n'influent pas en retour sur celui-ci.

Il s'agit d'une simple parenthèse technique dont on ne voit pas en quoi la circonstance qu'elle soit confiée au tribunal de grande instance plutôt qu'au tribunal de commerce - l'une ou l'autre de ces deux juridictions mettant en œuvre les mêmes formes procédurales - serait de nature à rejaillir sur le litige lui-même et les droits des parties.

Autrement dit, rien ne permet d'affirmer que l'existence d'un litige opposant deux commerçants devant une juridiction étrangère commanderait que le juge apte à diligenter l'enquête appartienne à la juridiction spécialisée qui serait compétente en droit interne, dès lors que son intervention ne concerne pas le fond du litige ni la solution qui peut lui être donnée.

*A fortiori* en va-t-il ainsi lorsque l'autorité judiciaire commettante ne connaît pas ce partage de compétence entre une juridiction de droit commun et une juridiction spécialisée.

L'existence, en droit interne, de ce qui peut apparaître comme un « privilège de juridiction » en faveur des commerçants est sans effet sur le déroulement d'une procédure régulièrement commencée devant une juridiction étrangère de droit commun relevant d'un système judiciaire considéré par l'État requérant comme apte à garantir les droits des justiciables, qu'ils soient commerçants ou non.

Ajoutons, en outre, que la désignation du tribunal de grande instance comme seule juridiction compétente pour connaître des commissions rogatoires internationales en droit européen peut être interprétée non pas comme un argument *a contrario*, mais comme l'explicitation formelle - pour dissiper toute équivoque - d'une compétence de principe de la juridiction de droit commun présente à l'état latent.

L'opinion émise par la chancellerie (*v. supra*) rejoint cette analyse, même si le fondement en est trouvé dans le caractère détachable de cette phase procédurale par rapport au litige principal pendant devant la juridiction étrangère.

Il m'apparaît à cet égard qu'on peut aussi bien soutenir que l'exécution de la commission rogatoire, en vertu d'une mesure d'instruction décidée par le juge étranger « dans le cadre d'une instance dont elle est un incident » (*cf.* D. Foussard, *op. cit.*, p. 278), fait corps avec celle-ci, laquelle n'obéit pas à un régime juridictionnel différent selon que les parties ont ou non la qualité de commerçant ; de telle sorte qu'il n'y a aucune raison de faire jouer les règles de répartition des compétences qui s'imposent en droit interne (avec les nuances examinées *supra*) au juge français.

Au demeurant, l'exécution de la commission rogatoire par le tribunal de grande instance rentre bien dans les attributions d'une autorité judiciaire compétente au regard des exigences de la Convention de La Haye (*cf.* article 12 et les observations d'A. Huet, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. 583.20, n° 44, J.-P. Beraudo, *op. cit.*).

Si la Cour de cassation devait émettre l'avis que la compétence appartient, en ce domaine, au tribunal de grande instance, il y aurait là la simple affirmation d'une règle permettant d'orienter en pleine certitude les demandes étrangères vers le seul juge apte à y donner suite en toute circonstance, la légitimité de sa compétence au plan international ne pouvant être remise en question dès lors que le visa, à l'article 6 de la Convention, des « règles établies par la législation » de l'État réfère aux normes juridiques de celui-ci dans leur ensemble, lesquelles comprennent évidemment celles pouvant résulter de l'interprétation donnée par la Cour de cassation sur ce sujet.

L'ultime argument en faveur de cette option est d'ordre pratique (*cf.* la réponse de la chancellerie visée *supra*) et réside dans l'expertise particulière acquise en ce domaine par les tribunaux de grande instance et dans l'uniformisation du traitement procédural de telles demandes, qui échapperaient ainsi *a priori* - et ce serait là une utile simplification - à la compétence des juridictions spécialisées.

Au total, bien qu'il soit permis d'hésiter, il m'apparaît que le poids des arguments qui recommandent la compétence de cette juridiction doit conduire, puisque le devoir de choisir s'impose, à répondre par l'affirmative à la question posée.

En conséquence, je conclus, pour le cas où il y aurait lieu à avis, à ce qu'il soit répondu que « l'exécution d'une commission rogatoire de l'étranger à l'occasion d'une demande d'obtention de preuve, par application de la Convention de La Haye du 18 mars 1970, dans le cadre d'un litige opposant deux sociétés commerciales, relève de la compétence du tribunal de grande instance ».



## II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 651

### *Question prioritaire de constitutionnalité*

Code du travail. - Article L. 1235-10, alinéa 3. - Principe d'égalité. - Renvoi devant le Conseil constitutionnel. - Caractère sérieux.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 1235-10 du code du travail violent-elles l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? »

Attendu que la disposition contestée est applicable au litige, lequel concerne l'action en contestation par une salariée de son licenciement pour motif économique notifié par le liquidateur de l'entreprise en liquidation judiciaire qui l'employait et en paiement de l'indemnité prévue en cas de nullité du licenciement pour absence de plan de sauvegarde de l'emploi ;

Qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Que la question posée présente un caractère sérieux au regard de la différence de traitement que les textes instituent et qui résulte de l'exclusion de la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique, en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi, lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ;

D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

**Par ces motifs :**

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

**Soc. - 9 janvier 2013.**

*RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 12-40.085. - CPH Paris, 11 octobre 2012.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Deurbergue, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 79, février 2013, Actualités, n° 4446, p. 23-24, note Anaïs Pouzère (« Une QPC relative à la nullité du licenciement économique en cas de redressement ou de liquidation judiciaire »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 199, p. 175.*

N° 652

### *Question prioritaire de constitutionnalité*

Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965. - Article 46. - Jurisprudence constante. - Principe de réparation et de responsabilité. - Droit à un recours juridictionnel effectif. - Liberté contractuelle. - Droit de propriété. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question transmise est la suivante :

« L'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, dans la portée effective qui lui est donnée par la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, porte-t-il atteinte au principe de réparation et de responsabilité, au droit à un recours juridictionnel effectif, au principe de liberté contractuelle et au droit de propriété ? »

Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que la question posée, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, et la portée effective qui lui est donnée par la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, ne privent pas le vendeur d'un lot de copropriété qui a subi un préjudice à cause d'une erreur de mesurage de son droit d'en demander réparation sur le fondement de la responsabilité de droit commun, que l'atteinte à la liberté contractuelle est limitée à certaines ventes et justifiée par un motif d'intérêt général, la protection de l'acquéreur d'un lot de copropriété, et qu'il n'en résulte aucune dépossession du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ;

**Par ces motifs :**

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

**3<sup>e</sup> Civ. - 10 janvier 2013.**

*NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 12-40.084. - TGI Toulon, 15 octobre 2012.

M. Mas, Pt (f.f.). - Mme Guillaudier, Rap. - M. Charpenel,  
P. Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

### III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

#### ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 653

#### *Aide juridictionnelle*

Bénéfice. - Admission. - Effets. - Désignation de l'avocat. - Mission. - Décharge. - Justification. - Nécessité.

L'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle est tenu de prêter son concours tant qu'il ne justifie pas avoir été valablement déchargé de sa mission.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 12-12.647. - Juridiction de proximité d'Avignon, 15 novembre 2010.

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

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Actualités, n° 99, p. 177-178, note Romain Guichard (« La décharge de l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle »).*

N° 654

#### *Appel civil*

Demande nouvelle. - Irrecevabilité. - Irrecevabilité relevée d'office par le juge. - Obligation (non).

L'article 564 du code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, ne confère au juge que la simple faculté de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté d'une demande en appel, qui n'est pas d'ordre public.

**2<sup>e</sup> Civ. - 10 janvier 2013.**

CASSATION

N° 12-11.667. - CA Nîmes, 8 novembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. André, Rap. - M. Lathoud, Av. Gén. - SCP Boutet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 3, mars 2013, commentaire n° 62, p. 11, note Roger Perrot (« Demande nouvelle »).*

N° 655

#### *Avocat*

Responsabilité. - Dommage. - Réparation. - Caractères du préjudice. - Perte d'une chance. - Recours. - Chances de succès. - Faible probabilité. - Absence d'influence.

La perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable.

Lorsque, par sa faute, un avocat a fait perdre à son client le bénéfice d'un recours, l'indemnisation ne peut être refusée au titre de la perte de chance que si l'absence de toute probabilité de succès de la voie de droit manquée est démontrée.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 12-14.439. - CA Paris, 22 novembre 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Jessel, Rap. - SCP Blanc et Rousseau, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Actualités, n° 98, p. 177, note Hadi Slim (« La nécessaire évaluation de la perte certaine de chance, même faible »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit civil, p. 243, note Inès Gallmeister (« Non-exercice d'une voie de recours : perte de chance »), cette même revue, n° 9, 7 mars 2013, Études et commentaires, p. 619 à 623, note Mireille Bacache (« La réparation de la perte de chance : quelles limites ? »), la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5001, p. 16, note Élodie Pouliquen (« Intensité de la perte de chance réparable »), et ce même numéro, Actualités, n° 5008, p. 28-29, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Responsabilité de l'avocat en cas de perte de chance même faible de son client »).*

N° 656

#### *Cassation*

Arrêt. - Arrêt de cassation. - Cassation d'un arrêt en toutes ses dispositions. - Étendue. - Détermination. - Portée.

La cassation d'une décision « dans toutes ses dispositions » investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit, de sorte qu'elle ne laisse subsister aucun chef du dispositif de cette décision, concernerait-il des personnes qui n'ont pas été parties à l'instance de cassation ou qui, par suite d'un désistement partiel des demandeurs au cours de cette instance, n'y ont plus figuré.

**Soc. - 15 janvier 2013.**

CASSATION

N° 11-26.039. - CA Poitiers, 6 septembre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Contamine, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, M<sup>e</sup> Ricard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 227, p. 191-192.*

N° 657

## Cassation

Pourvoi. - Déclaration. - Mandataire. - Avocat. - Recevabilité. - Conditions. - Avocat exerçant auprès de la juridiction ayant statué. - Défaut. - Pouvoir spécial. - Nécessité.

Il résulte de l'article 576, alinéa 2, du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, que l'avocat formant le pourvoi doit exercer auprès de la juridiction qui a statué.

Est en conséquence irrecevable le pourvoi formé sans pouvoir spécial par un avocat inscrit au barreau de Paris contre un arrêt rendu par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles, dès lors que l'information est menée au tribunal de grande instance de Pontoise, les dispositions de l'article premier, III, de la loi du 31 décembre 1971 n'étant alors pas applicables.

**Crim. - 8 janvier 2013.**

*IRRECEVABILITÉ*

N° 12-85.343. - CA Versailles, 5 juillet 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 658

## Cession de créance

Retrait litigieux. - Conditions. - Qualité du retrayant. - Défendeur à l'instance qui conteste le droit litigieux. - Condition suffisante.

Viola l'article 1699 du code civil la cour d'appel qui retient que le retrayant qui a formé une demande reconventionnelle et sollicité la compensation entre les créances en cause ne peut exercer le droit de retrait prévu par ce texte, lequel est réservé au défendeur à l'instance qui conteste le droit litigieux, alors que ce retrayant s'était opposé à la prétention adverse par une défense au fond et avait sollicité à titre subsidiaire des dommages-intérêts, de sorte qu'il avait la qualité de défendeur à l'instance en contestation du droit litigieux.

**Com. - 15 janvier 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 11-27.298. - CA Paris, 29 septembre 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Laporte, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Gaschignard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit civil, p. 246, note Xavier Delpech (« Cession de créances : précisions sur l'exercice du retrait litigieux »). Voir également cette même revue, n° 8, 28 février 2013, Études et commentaires, p. 542 à 547, note Olivier Gout (« Le rayonnement du droit au retrait litigieux »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 79, février 2013, Actualités, n° 4460, p. 39-40, note Jospéhine de Romanet (« Paiement d'une indemnité de cessation de contrat d'agence commerciale : demande de retrait litigieux à la suite d'une cession de créance »).*

N° 659

## 1<sup>o</sup> Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Appel d'une ordonnance de placement. - Article 187-1 du code de procédure pénale. - Président de la chambre de l'instruction. - Délai imparti pour statuer. - Point de départ. - Détermination.

## 2<sup>o</sup> Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Appel d'une ordonnance de placement. - Article 187-1 du code de procédure pénale. - Président de la chambre de l'instruction. - Délai imparti pour statuer. - Dépassement du délai légal. - Sanction. - Mise en liberté (non).

1<sup>o</sup> Commet un excès de pouvoir le président de la chambre de l'instruction qui, pour estimer expiré le délai de trois jours ouvrables prévu par l'article 187-1 du code de procédure pénale (pour qu'il statue sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire), retient comme point de départ dudit délai le lendemain du jour où la déclaration d'appel a été faite auprès du chef de l'établissement pénitentiaire, et non du jour où celle-ci a été transcrite par le greffier de la juridiction.

2<sup>o</sup> Commet également un excès de pouvoir le président de la même juridiction qui déduit de ce prétendu dépassement la faculté, pour lui, d'ordonner la mise en liberté de la personne concernée, en assortissant le texte susvisé d'une sanction qu'il ne prévoit pas.

**Crim. - 16 janvier 2013.**

*ANNULLATION*

N° 12-86.856. - CA Versailles, 25 septembre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 660

## Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Demande de mise en liberté. - Appel d'une ordonnance de rejet. - Délai imparti pour statuer. - Circonstance imprévisible et insurmontable. - Défaut. - Effet.

Aux termes des articles 194 et 199 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction doit, en matière de détention provisoire, se prononcer dans les plus brefs délais et, au plus tard, dans les quinze jours de l'appel, ce délai étant prolongé de cinq jours en cas de comparution personnelle, faute de quoi la personne concernée est mise d'office en liberté, sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées ou si des circonstances imprévisibles et insurmontables mettent obstacle au jugement de l'affaire dans le délai prévu.

Encourt la cassation, pour n'avoir pas caractérisé l'existence d'une circonstance imprévisible et insurmontable, extérieure au service de la justice, ayant différé la transcription de l'appel, l'arrêt qui, après avoir relevé que le récépissé de la télécopie de transmission de la déclaration d'appel au greffe de la juridiction portait la mention « *résult pas rép/occupé* », retient que la déclaration d'appel n'a effectivement pas été reçue au greffe de la chambre de l'instruction pour une raison qui lui est parfaitement extérieure et qui a constitué pour lui une circonstance imprévisible et insurmontable.

**Crim. - 15 janvier 2013.**

*CASSATION SANS RENVOI*

N° 12-87.079. - CA Paris, 5 octobre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Pers, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 661

## Chambre de l'instruction

Pouvoirs. - Président. - Ordonnance. - Ordonnance disant qu'il n'y a pas lieu de saisir la chambre de l'instruction. - Excès de pouvoir. - Cas.

Commets un excès de pouvoir le président de la chambre de l'instruction qui, pour refuser de saisir cette juridiction d'une demande d'acte présentée par la partie civile en application de l'article 81, dernier alinéa, du code de procédure pénale, se détermine par la seule référence à des difficultés de fonctionnement de la juridiction ainsi qu'à la nécessité, pour lui, d'opérer des choix entre les contentieux, et non au regard des spécificités de l'information en cause.

**Crim. - 8 janvier 2013.**

ANNULLATION

N° 12-84.953. - CA Paris, 18 juin 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 662

## Circulation routière

Permis de conduire. - Annulation. - Effets. - Interdiction de conduire sur le territoire national. - Titulaire d'un autre permis de conduire délivré à l'étranger. - Absence d'influence.

L'annulation du permis de conduire délivré en France entraîne nécessairement l'interdiction du droit de conduire sur le territoire national.

Dès lors, commets le délit de conduite malgré l'annulation de ce permis, prévu par l'article L. 224-16, I, du code de la route, la personne qui, pour s'affranchir de cette interdiction, invoque le fait qu'elle est titulaire d'un permis de conduire délivré par un État étranger.

**Crim. - 8 janvier 2013.**

REJET

N° 12-80.501. - CA Aix-en-Provence, 15 décembre 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 3, mars 2013, commentaire n° 40, p. 40-41, note Jacques-Henri Robert (« Vaine espagnolade »).*

N° 663

## Commune

Organisation de la commune. - Actes des autorités communales. - Contrat conclu au nom de la commune. - Compétence de l'autorité signataire. - Règles d'ordre public. - Portée.

La méconnaissance des dispositions d'ordre public relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat conclu au nom d'une commune est sanctionnée par la nullité absolue.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-27.837. - CA Grenoble, 3 octobre 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Canas, Rap. - SCP Monod et Colin, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 4999, p. 14-15, note Élodie Pouliquen (« Nullité absolue : qui peut agir ? »).*

N° 664

## Compétence

Compétence territoriale. - Litige intéressant un magistrat ou un auxiliaire de justice. - Demande de renvoi devant une juridiction limitrophe. - Renvoi devant une juridiction située dans un ressort limitrophe de celui de la juridiction initialement saisie. - Nécessité.

Le renvoi ordonné en application de l'article 47 du code de procédure civile ne peut être fait que devant une juridiction située dans un ressort limitrophe de celui de la juridiction initialement saisie.

**2<sup>e</sup> Civ. - 10 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-27.480. - CA Nancy, 23 septembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Pimouille, Rap. - SCP Gaschignard, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 665

## Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Conditions. - Faute du salarié. - Prescription. - Délai. - Interruption. - Cas.

La notification par l'employeur, après l'engagement de la procédure disciplinaire, d'une proposition de modification de contrat de travail soumise au salarié interrompt le délai de deux mois prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail, qui court depuis la convocation à l'entretien préalable.

Le refus de cette proposition par le salarié interrompt à nouveau ce délai, en sorte que la convocation du salarié par l'employeur à un entretien préalable en vue d'une autre sanction disciplinaire doit intervenir dans les deux mois de ce refus.

**Soc. - 15 janvier 2013.**

CASSATION

N° 11-28.109. - CA Toulouse, 14 octobre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Depelley, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 255 (« Procédure disciplinaire : interruption de la prescription »). Voir également la Revue de droit du travail, n° 2, février 2013, Actualités, p. 74, note Alain Moulinier (« Règles de prescription applicables en cas de licenciement consécutif à un refus de rétrogradation »), la revue Droit social, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 277-278, note Jean Mouly (« Le refus d'une rétrogradation disciplinaire par le salarié : de nouvelles causes d'interruption de la prescription »), La Semaine juridique, édition générale, n° 6, 4 février 2013, Actualités, n° 149, p. 261, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Le refus d'une sanction modificatrice interrompt le délai de prescription de la faute »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 203, p. 177-178.*

**Note sous Soc., 15 janvier 2013, n° 665 ci-dessus**

Depuis l'arrêt Hôtel Le Berry (Soc., 16 juin 1998, pourvoi n° 95-45.033, Bull. 1998, V, n° 320), la chambre sociale juge qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée. Le droit disciplinaire et le droit de la modification du contrat de travail se juxtaposant, tous deux doivent être respectés par l'employeur. Ainsi, lorsque l'employeur notifie au salarié, à titre de sanction, une mesure modifiant le contrat de travail, il doit informer l'intéressé de sa faculté d'accepter ou de refuser

cette « proposition » (Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-70.619, *Bull.* 2011, V, n° 97 ; Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 09-43.321). La modification du contrat de travail, pour quelque cause que ce soit, nécessite l'accord exprès du salarié, qui ne peut résulter ni de son silence ni de la poursuite du travail aux conditions nouvelles (Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-43.317 ; Soc., 13 octobre 2011, pourvoi n° 09-66.991).

En cas de refus du salarié, l'employeur, n'ayant pas dans ce cas « épuisé » son pouvoir disciplinaire, peut prononcer une autre sanction au lieu et place de la sanction refusée (Soc., 16 juin 1998, précité ; Soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-43.400, *Bull.* 2000, V, n° 233 ; Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-44.476, *Bull.* 2004, V, n° 193). L'employeur peut faire le choix d'une sanction plus grave, notamment un licenciement (Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-42.669), y compris pour faute grave si les faits reprochés à l'intéressé le justifient (Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 06-45.897, *Bull.* 2009, V, n° 41).

En ce cas, il appartient à l'employeur d'engager la procédure disciplinaire dans un délai restreint (Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-44.476, *Bull.* 2004, V, n° 193) et de convoquer l'intéressé à un nouvel entretien (Soc., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-41.921, *Bull.* 2007, V, n° 57).

Cette faculté de nouvelle sanction est préservée par la computation des différents délais du droit disciplinaire, et, en particulier, le délai de prescription des faits fautifs prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail. Depuis un arrêt de 2001, la chambre juge que ce délai est interrompu par la convocation à l'entretien préalable et qu'un nouveau délai de deux mois commence à courir à compter de cette date (Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-41.217, *Bull.* 2001, V, n° 304). Dans un important arrêt du 28 avril 2011, la chambre sociale a énoncé que lorsque le salarié refuse une mesure de rétrogradation disciplinaire notifiée après un premier entretien préalable, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement au lieu de la sanction initiale doit convoquer l'intéressé à un nouvel entretien dans le délai de prescription de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail et que le refus du salarié interromp ce délai (Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-13.979, *Bull.* 2011, V, n° 98). Aussi, l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter du refus du salarié pour convoquer celui-ci à un nouvel entretien en vue d'une autre sanction disciplinaire, mais encore faut-il que le refus du salarié se manifeste alors que le délai de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 court toujours, puisqu'il est une cause interruptive de ce délai.

C'est la difficulté à laquelle était confrontée la cour d'appel de Toulouse en l'espèce : le salarié avait été convoqué à un premier entretien préalable le 11 février 2008, qui s'était tenu le 19 février 2008. Le 17 mars 2008, l'employeur lui notifiait une proposition de rétrogradation avec un délai d'un mois pour accepter ou refuser cette mesure. Par lettre du 15 avril 2008, le salarié contestait les griefs qui lui étaient reprochés et réitérait sa demande de réintégration dans une autre société. Le 20 mai 2008, il était convoqué à un nouvel entretien préalable et était licencié pour faute grave par lettre du 18 juin 2008. La cour d'appel avait considéré que, dès lors que le salarié n'avait pas manifesté son refus à la proposition de mesure de rétrogradation dans le délai de deux mois à compter de la convocation au premier entretien préalable, la prescription des faits fautifs était acquise le 11 avril 2008, soit avant la convocation au nouvel entretien préalable. Le pourvoi soutenait qu'à partir du moment où la convocation au nouvel entretien préalable était intervenue dans les deux mois du refus manifesté par le salarié, la prescription des faits fautifs ne pouvait être acquise.

Complétant l'édifice jurisprudentiel précité, la chambre sociale, dans son arrêt du 15 janvier 2013, énonce que « la notification par l'employeur, après l'engagement de la procédure disciplinaire, d'une proposition de modification de contrat de travail soumise au salarié interromp le délai de deux mois prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail

[nous soulignons], qui court depuis la convocation à l'entretien préalable ; que le refus de cette proposition par le salarié interromp à nouveau ce délai ; qu'il s'ensuit que la convocation du salarié par l'employeur à un entretien préalable en vue d'une autre sanction disciplinaire doit intervenir dans les deux mois de ce refus ». Aussi, il a été jugé en l'espèce que la prescription des faits fautifs n'était pas acquise, le délai de deux mois ayant été interrompu une première fois par la convocation au premier entretien préalable, puis par la notification de la proposition de rétrogradation et enfin par le refus intervenu dans les deux mois de cette notification.

Il importe donc à l'employeur qui notifie une proposition de modification de contrat de travail, telle une mesure de rétrogradation, à titre disciplinaire, de veiller à recueillir la réponse du salarié dans les deux mois de cette notification, pour que le refus du salarié puisse être à nouveau interruptif du délai de prescription prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail.

N° 666

## Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Licenciement disciplinaire. - Formalités préalables. - Formalités prévues par une convention collective ou un règlement intérieur. - Inobservation. - Portée.

L'article 34 de la convention collective nationale du travail du personnel des institutions de retraites complémentaires du 9 décembre 1993 dispose, en ses alinéas 4 et 5, que le motif de la mesure disciplinaire envisagée par la direction doit être notifié par écrit à l'intéressé avant que la mesure entre en application et que tout agent doit être entendu par la direction avant une mesure disciplinaire pour obtenir la justification du motif invoqué et faire valoir ses explications.

Il résulte de ces dispositions, qui concernent l'ensemble des mesures disciplinaires, que l'employeur doit, antérieurement à l'entretien préalable au licenciement pour motif disciplinaire, notifier au salarié par écrit les motifs de la mesure qu'il envisage. Ce texte, qui institue une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi, constitue une garantie de fond.

Une cour d'appel, qui a constaté que le salarié n'avait pas reçu, avant l'entretien préalable au licenciement, notification des motifs de la mesure de licenciement disciplinaire envisagée, en a exactement déduit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

**Soc. - 9 janvier 2013.**

*REJET*

N° 11-25.646. - CA Paris, 27 septembre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Linden, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Actualités, n° 109, p. 188, note Danielle Corrigan-Carsin (« L'intransigeance de la Cour de cassation en cas de non-respect de la procédure disciplinaire conventionnelle »). Voir également la Revue de droit du travail, n° 2, février 2013, Actualités, p. 74, note Alain Moulinier (« Respect de la procédure conventionnelle : garantie de fond »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 201, p. 175-176.*

N° 667

## Contrat de travail, rupture

Retraite. - Mise à la retraite. - Obligation de l'employeur. - Loi nouvelle. - Mise en œuvre. - Obligation de loyauté. - Portée.

Une cour d'appel, qui a souverainement estimé qu'il était établi que l'employeur avait, en prononçant la mise à la retraite du salarié, agi précipitamment et dans le but de se soustraire aux nouvelles conditions de mise à la retraite alors en discussion devant le Parlement, a pu décider que l'employeur avait manqué à l'obligation d'exécuter loyalement le contrat de travail et que la mise à la retraite constituait une discrimination fondée sur l'âge et, dès lors, un licenciement nul.

**Soc. - 15 janvier 2013.**

*REJET*

N° 11-15.646. - CA Grenoble, 16 février 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Huglo, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 202, p. 176-177.*

N° 668

## Contravention

Amende forfaitaire. - Requête en exonération. - Cas d'irrecevabilité. - Requête non accompagnée de l'original de l'avis correspondant à l'amende considérée.

Il se déduit des articles 530 et R. 49-4 du code de procédure pénale que, lorsqu'elle n'est pas accompagnée de l'avis de contravention correspondant à l'amende considérée, la requête en exonération présentée par le contrevenant en application de l'article 529-2 du même code doit être déclarée irrecevable.

En conséquence, c'est à tort qu'après le rejet d'une telle demande, la juridiction de proximité fait droit à la requête en incident contentieux présentée en application de l'article 530-2 du code de procédure pénale et annule le titre exécutoire d'un procès-verbal de contravention, alors que l'avis correspondant à cette infraction n'avait pas été joint à la requête adressée à l'officier du ministère public, contrairement aux dispositions des articles 530 et R. 49-4 du code de procédure pénale, ce dont il résultait que la requête en incident contentieux était, de ce fait, elle-même irrecevable.

**Crim. - 8 janvier 2013.**

*CASSATION SANS RENVOI*

N° 12-80.340. - Juridiction de proximité de Paris 19, 27 octobre 2011.

M. Louvel, Pt. - Mme Divialle, Rap. - M. Salvat, Av. Gén.

N° 669

## 1<sup>o</sup> Cour d'assises

Question prioritaire de constitutionnalité. - Question formulée postérieurement à la déclaration d'appel. - Irrecevabilité. - Convention européenne des droits de l'homme. - Articles 6 et 13. - Compatibilité.

## 2<sup>o</sup> Cassation

Moyen. - Moyen pris de l'inconstitutionnalité d'une disposition légale. - Question prioritaire de constitutionnalité. - Décision de la chambre criminelle disant n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel. - Moyen inopérant.

## 3<sup>o</sup> Cour d'assises

Arrêt. - Arrêt de condamnation. - Motivation. - Exigences légales et conventionnelles. - Détermination.

1<sup>o</sup> Les dispositions de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, modifiée par la loi organique du

10 décembre 2009, ne sont pas incompatibles avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que l'accusé acquitté puis condamné, sur l'appel interjeté, par le procureur général, de la décision rendue en premier ressort, a la faculté de soulever une question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion du pourvoi en cassation, formé par lui, contre l'arrêt rendu par la cour d'assises statuant en appel.

2<sup>o</sup> Le moyen de cassation invoquant l'inconstitutionnalité d'une disposition légale est inopérant lorsque la chambre criminelle a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée à l'occasion du pourvoi.

3<sup>o</sup> Lorsque les énonciations de la feuille de questions et celles de la feuille de motivation mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'assises, statuant en appel, a caractérisé les principaux éléments à charge, résultant des débats, qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé et justifié sa décision, conformément aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et 365-1 du code de procédure pénale, le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par la cour et le jury, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis.

**Crim. - 9 janvier 2013.**

*REJET*

N° 12-81.626. - Cour d'assises du Nord, 27 janvier 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 24 janvier 2013, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 179 (« Motivation des arrêts d'assises : contrôle de la Cour de cassation »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 7, 11 février 2013, Chroniques - jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité, n° 191, p. 332 à 336, spéc. n° 14, p. 334, note Bertrand Mathieu.*

**Note sous Crim., 9 janvier 2013, n° 669 ci-dessus**

Le présent arrêt, rendu le 9 janvier 2013 par la chambre criminelle, dont l'intérêt essentiel réside dans la réponse apportée au troisième moyen de cassation proposé, fait application du nouvel article 365-1 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et les jugements des mineurs, entrée en vigueur, sur ce point, le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Il contribue à préciser la portée du contrôle qui sera désormais exercé, par la Cour de cassation, sur la motivation des arrêts rendus par les cours d'assises statuant en appel sur l'action publique.

Sur les deux premiers moyens, on se bornera à indiquer que :

- la Cour a, d'une part, affirmé la conventionnalité des dispositions de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, définissant les conditions spécifiques dans lesquelles peut être posée une question prioritaire de constitutionnalité en matière criminelle (dont la conformité à la Constitution avait déjà été consacrée par le Conseil constitutionnel : Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution) ;

- elle a, d'autre part, tiré les conséquences logiques de son refus antérieur de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'application immédiate aux instances en cours des dispositions de la loi du 10 août 2011 précitée modifiant la composition du jury d'assises et la majorité requise pour qu'intervienne une décision

défavorable à l'accusé (Crim., 12 décembre 2012, pourvoi n° 12-81.626 ; dans le même sens, Crim., 28 novembre 2012, pourvois n° 12-81.537 et 12-81.782 [deux arrêts]).

En ce qui concerne la motivation des arrêts criminels, la Cour de cassation estimait, traditionnellement, que l'ensemble des réponses données aux questions posées à la cour et au jury tenait lieu de motifs aux arrêts de la cour d'assises statuant sur l'action publique, et qu'il était ainsi satisfait aux exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'étaient assurés l'information préalable sur les charges fondant l'accusation, le libre exercice des droits de la défense et la garantie de l'impartialité des juges (Crim., 30 avril 1996, pourvoi n° 95-85.638, *Bull. crim.* 1996, n° 181).

Elle avait même affirmé le caractère exhaustif de ces réponses et l'impossibilité absolue de les compléter par des énonciations tendant à expliciter le raisonnement des juges (Crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-83.910, *Bull. crim.* 1999, n° 307 ; Crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-84.099, *Bull. crim.* 1999, n° 308), avant de tempérer, plus récemment, la portée de cette interdiction, en déclarant irrecevable le moyen critiquant la formalisation, dans un écrit distinct de l'arrêt, d'éléments de motivation, dès lors que la cour d'assises avait entendu répondre à une demande de la défense, que toutes les parties s'étaient accordées sur la nécessité du prononcé d'une décision motivée et que la motivation de la décision, qui n'emportait aucune violation du secret de la délibération, permettait à l'accusé de mieux comprendre les raisons de sa condamnation (Crim., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-85.220, *Bull. crim.* 2012, n° 166).

Le débat relatif à la motivation des arrêts criminels ayant rebondi après le prononcé, par la Cour européenne des droits de l'homme, du premier arrêt Taxquet c/ Belgique (CEDH, Gde ch., arrêt du 13 janvier 2009, Taxquet c/ Belgique, n° 926/05), la chambre criminelle avait redéfini sa position dans un arrêt du 14 octobre 2009 (Crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86.480, *Bull. crim.* 2009, n° 170), dont l'attendu de principe n'a pas été reconsidéré après le second arrêt Taxquet (CEDH, Gde ch., arrêt du 16 novembre 2010, Taxquet c/ Belgique, n° 926/05) et a été repris dans de très nombreuses décisions, que l'arrêt frappé de pourvoi ait été rendu par une cour d'assises de droit commun (Crim., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-84.492, *Bull. crim.* 2011, n° 209) ou par une cour d'assises spécialement composée (Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 09-87.135, *Bull. crim.* 2011, n° 127 ; Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-80.508, *Bull. crim.* 2011, n° 128 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2011, p. 500 [pour les deux arrêts]), sous réserve, dans ce dernier cas, des aménagements rédactionnels imposés par la composition différente de la juridiction et les règles de majorité applicables à ses délibérations.

Il en résultait que, dès lors qu'avaient été assurés l'information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats, l'arrêt reprenant les réponses qu'en leur intime conviction magistrats et jurés composant la cour d'assises, statuant dans la continuité des débats, à vote secret et à la majorité qualifiée des deux tiers, avaient données aux questions sur la culpabilité satisfaisait aux exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du code de procédure pénale.

La chambre criminelle avait, enfin, condamné la pratique consistant à poser, outre les questions habituelles relatives à la culpabilité de l'accusé, des questions factuelles distinctes, portant sur les éléments de preuve recueillis, tout en jugeant qu'en l'absence d'incident contentieux relatif aux questions posées, la cassation n'était pas encourue (Crim., 28 septembre 2011, pourvoi n° 11-80.929, *Bull. crim.* 2011, n° 188).

Tel était l'état du droit que la loi du 10 août 2011 précitée a profondément remanié, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, étant

observé que, saisie d'un moyen tendant à son application aux décisions rendues antérieurement et frappées d'un pourvoi non encore jugé à cette date, la Cour de cassation a refusé d'y faire droit, au motif que les dispositions de la loi nouvelle imposant la motivation des arrêts d'assises ne sauraient, s'agissant d'une loi de procédure, entraîner rétroactivement l'annulation d'une décision sur le fond régulièrement rendue avant son entrée en vigueur (Crim., 6 février 2013, pourvoi n° 11-87.657, en cours de publication).

Le nouvel article 365-1 du code de procédure pénale, déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011 précitée (considéphants 29 à 31), est ainsi rédigé :

*« Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt.*

*En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions.*

*La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364 [c'est-à-dire par le président et le premier juré].*

*Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision ».*

Par ailleurs, il résulte de l'article 327, alinéa 3, du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 10 août 2011 précitée, qu'en cas d'appel, la motivation de la décision rendue en premier ressort figure au nombre des éléments dont le président de la cour d'assises d'appel doit donner connaissance, après avoir présenté, de façon concise, les faits reprochés à l'accusé et exposé les éléments à charge et à décharge concernant celui-ci (sur les difficultés posées par l'absence, dans la loi précitée, de dispositions de droit transitoire et l'impossibilité de donner connaissance de la motivation d'une décision rendue avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012, voir Crim., 31 octobre 2012, pourvoi n° 12-81.549, *Bull. crim.* 2012, n° 236).

Même si certains présidents de cour d'assises ont adopté une telle pratique, la chambre criminelle a eu l'occasion de rappeler qu'aucune disposition légale n'impose que les énonciations de la feuille de motivation, annexée à la feuille de questions, soient, de plus, reproduites dans l'arrêt de condamnation (Crim., 20 février 2013, pourvoi n° 12-83.402), et l'on ne saurait trop insister sur les difficultés qui ne manqueraient pas d'être soulevées si, pour quelque raison que ce soit, le texte inséré dans l'arrêt et celui de la feuille de motivation s'avéraient ne pas être parfaitement identiques.

On observera que si toutes les décisions prises par une cour d'assises, statuant sur l'action publique, qu'elles soient de condamnation ou d'acquiescement, doivent recevoir une motivation, ce qui se déduit de la formulation très générale de l'alinéa premier de l'article 365-1, le contenu de cette motivation n'est défini, avec plus de précision, par son alinéa 2, que pour les seules décisions de condamnation.

L'arrêt commenté a été rendu à la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt de condamnation intervenu sur l'appel, interjeté par le procureur général, d'un arrêt d'acquiescement. On rappellera d'ailleurs qu'à l'exception de ceux qui seraient fondés sur l'inexistence d'une loi pénale qui pourtant aurait existé (article 597 du code de procédure pénale), les arrêts



d'acquiescement ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi que dans le seul intérêt de la loi, sans préjudice pour l'accusé acquitté (article 572 du même code).

Il résulte de cet arrêt que lorsque les énonciations de la feuille de questions et celles de la feuille de motivation mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'assises, statuant en appel, a caractérisé les principaux éléments à charge, résultant des débats, qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé, et justifié sa décision, conformément aux dispositions conventionnelles invoquées (en l'espèce, les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) et à l'article 365-1 du code de procédure pénale, le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par la cour et le jury, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis.

Cet attendu de principe se présente comme un hybride, résultant de la greffe, sur un schéma d'ensemble évoquant l'attendu habituellement utilisé en matière délictuelle (« *Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable ; d'où il suit que le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis* »), d'éléments propres à la procédure criminelle.

Au premier, il emprunte la référence, essentielle, au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, que n'affecte en rien l'obligation, nouvelle, de motiver la décision prise. La portée de la réforme de 2011 doit être exactement comprise. Il est certain qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet d'attirer la Cour de cassation sur le terrain d'une appréciation des faits de la cause, et que le contrôle exercé sur la motivation de la décision ne saurait dériver vers un contrôle des motifs soutenant celle-ci. Ainsi, le moyen qui, sous couvert de critiquer la rédaction d'une question relative à la préméditation d'un homicide volontaire, tend en réalité à discuter l'existence de celle-ci, dans une espèce où un puissant médicament avait été administré à la victime, en plus de son traitement habituel, ne saurait prospérer (Crim., 20 février 2013, précité).

De la seconde procède la référence au fait que les éléments de conviction recensés dans la feuille de motivation doivent être ceux « résultant des débats ». Cette incise, qui figurait déjà dans un arrêt rejetant le moyen qui faisait grief à une cour d'assises de s'être fondée sur des déclarations faites par l'accusé, en garde à vue, sans l'assistance d'un avocat (Crim., 12 décembre 2012, pourvoi n° 12-80.788, *Bull. crim.* 2012, n° 275), renvoie directement au principe d'oralité qui gouverne la procédure criminelle, et à la sauvegarde duquel il convient d'être attentif.

Ainsi, si la décision prise, par le président de la cour d'assises, de faire consigner au procès-verbal des débats certaines déclarations de l'accusé ne saurait être interprétée, en soi, comme une manifestation d'opinion sur la culpabilité de ce dernier (Crim., 12 décembre 2012, précité), s'agissant d'une décision conservatoire n'ayant d'autre objet que de garder une trace de propos qui auront, peut-être, vocation à être évoqués dans la feuille de motivation rédigée à l'issue du délibéré, si tant est que la cour et le jury y puisent matière à conforter leur conviction, une telle pratique, généralisée à l'excès, risquerait d'affecter la nature du débat à l'audience, en y introduisant des éléments de procédure écrite qui ne sont pas de son essence.

Pour cette même raison, il ne semble pas certain que la chambre criminelle accepterait d'appliquer, sans aménagement, sa jurisprudence relative à l'obligation de répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties, dans le cas où l'une

ou l'autre de celles-ci userait de cette technique dans le but de contraindre les juges à répondre, par écrit et en détail, à son argumentation sur le fond de l'affaire.

Fidèle à une lecture littérale de l'article 365-1 du code de procédure pénale, la Cour de cassation ne vérifie pas, en matière criminelle, que les juges ont caractérisé, en tous ses éléments, l'infraction dont ils ont déclaré l'accusé coupable, mais seulement qu'ils ont caractérisé les principaux éléments à charge (et non pas tous les éléments à charge) ayant emporté leur conviction de sa culpabilité.

En effet, le but de la réforme opérée par la loi du 10 août 2011 n'est pas tant d'imposer la mise en forme d'une rigoureuse dissertation juridique, au sens le plus académique du terme, que de permettre à l'accusé condamné de mieux comprendre les raisons de sa condamnation, notion plus factuelle et probatoire, à laquelle se référait déjà l'arrêt précité du 11 juillet 2012 et dans laquelle il est permis de voir un écho des principes de la jurisprudence européenne, tels qu'ils ont été développés dans les arrêts *Taxquet c/ Belgique*, avant d'être appliqués à la France dans les arrêts rendus le 10 janvier 2013 par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, *Agnelet c/ France*, n° 61198/08 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, *Legillon c/ France*, n° 53406/10 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, *Fraumens c/ France*, n° 30010/10 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, *Oulahcene c/ France*, n° 44446/10 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, *Voica c/ France*, n° 60995/09).

Cette préoccupation peut conduire à relativiser, dans une certaine mesure, l'absence, dans l'arrêt commenté, de la formule « sans insuffisance ni contradiction », usuelle en matière délictuelle. En effet, un arrêt criminel dont la motivation serait entachée d'une grave insuffisance ou d'une contradiction manifeste ne pourrait guère être considéré comme permettant à l'accusé de comprendre les raisons de sa condamnation et s'exposerait, de ce fait, à une probable censure.

Pour autant, la volonté de favoriser la compréhension de l'accusé condamné, grâce aux énonciations de la feuille de motivation, ne doit pas faire perdre de vue que la délibération de la cour et du jury demeure gouvernée par la règle de l'intime conviction, telle qu'elle se trouve exprimée dans l'article 353 du code de procédure pénale, dont la rédaction a certes été retouchée, à la marge, pour introduire une référence à « l'exigence de motivation de la décision », mais qui n'en énonce pas moins que « la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus », et « ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ».

L'attendu de principe analysé ci-dessus a été repris dans deux arrêts, non publiés, également rendus le 9 janvier 2013, par la chambre criminelle (pourvoi n° 12-81.638 et pourvoi n° 12-82.292). L'arrêt commenté doit donc être considéré comme une décision de principe ayant vocation à prendre la suite de l'arrêt du 14 octobre 2009 (pourvoi n° 08-86.480, *Bull. crim.* 2009, n° 170) précité, s'agissant des pourvois formés contre des arrêts criminels rendus postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2012.

N° 670

## Détention provisoire

Débat contradictoire. - Prolongation de la détention. - Convocation de l'avocat. - Défaut. - Portée.

Il résulte de la combinaison des articles 114, alinéa 2, 145-2, alinéa premier, et 803-1 du code de procédure pénale que la décision sur la prolongation de la détention provisoire ne peut être prise qu'après un débat contradictoire auquel l'avocat du mis en examen a été convoqué au plus tard cinq jours ouvrables avant ledit débat.

Encourt la censure l'arrêt qui, pour écarter l'exception de nullité du débat contradictoire préalable à une prolongation de la détention, prise de l'absence de convocation, devant le juge des libertés et de la détention, de l'avocat désigné en dernier lieu par le mis en examen, retient que cette désignation n'a pris effet qu'à la date de sa réception par le greffier du juge d'instruction saisi, pourtant postérieure de quarante jours à sa transmission par le greffe de la maison d'arrêt, sans rechercher si le retard constaté dans la réception, par le greffier du juge d'instruction, au regard des dispositions de l'article 115, alinéa 3, du code de procédure pénale, de l'avis de désignation du nouvel avocat résultait d'une circonstance imprévisible et insurmontable extérieure au service de la justice, de nature à justifier l'absence de convocation au débat contradictoire de l'avocat régulièrement désigné.

**Crim. - 8 janvier 2013.**  
CASSATION

**Arrêt n° 1 :**

N° 12-86.657. - CA Lyon, 4 septembre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Monfort, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

**Arrêt n° 2 :**

N° 12-86.658. - CA Lyon, 4 septembre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Monfort, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 671

## Détention provisoire

Demande de mise en liberté. - Chambre de l'instruction. - Personne jugée en premier ressort et en instance d'appel. - Accusé. - Délai pour statuer. - Délai de deux mois. - Prolongation. - Impossibilité. - Portée.

Lorsqu'elle est saisie d'une demande de mise en liberté, formée par un accusé qui a été jugé en premier ressort et se trouve en instance d'appel, la chambre de l'instruction doit se prononcer dans le délai de deux mois prévu par l'article 148-2, alinéa 2, du code de procédure pénale, non susceptible de prolongation, faute de quoi il est mis fin, d'office, à la détention provisoire de l'intéressé, sans que son placement sous contrôle judiciaire puisse être ordonné.

**Crim. - 9 janvier 2013.**  
CASSATION SANS RENVOI

N° 12-87.016. - CA Lyon, 28 septembre 2012.

M. Louvel, Pt. - Mme Carbonaro, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 672

## Douanes

Droits. - Octroi de mer. - Champ d'application. - Exclusion. - Activités de production de biens immeubles et prestations de services.

Selon l'article 2 de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004, sont considérées comme des activités de production, assujetties à l'octroi de mer, les opérations de fabrication, de transformation ou de rénovation de biens meubles corporels, ainsi que les opérations agricoles et extractives.

Viole ce texte la cour d'appel qui retient que les activités de fabrication sur mesure et de pose, par la même entreprise, de menuiseries destinées à des immeubles sont assujetties à l'octroi de mer, alors qu'elles constituent des activités de production de biens immeubles et prestations de services qui en sont exclues.

**Com. - 15 janvier 2013.**  
CASSATION

N° 11-26.815. - CA Fort-de-France, 21 juillet 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 673

## Douanes

Droits. - Recouvrement. - Avis de mise en recouvrement. - Contestation en matière de contributions indirectes. - Procédure applicable.

Les dispositions des articles R. 198-10 et R. 199-1 du livre des procédures fiscales sont applicables à la mise en recouvrement des droits d'accises par l'administration des douanes et des droits indirects.

**Com. - 15 janvier 2013.**  
CASSATION

N° 11-26.700. - CA Paris, 20 septembre 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Pezard, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

N° 674

## 1<sup>o</sup> Douanes

Droits. - Recouvrement. - Avis de mise en recouvrement. - Défaut de mention des éléments de liquidation. - Redevable informé du fait générateur. - Effets. - Validité de l'avis.

## 2<sup>o</sup> Douanes

Taxes diverses perçues par la douane. - Taxe générale sur les activités polluantes. - Redevable. - Maître d'ouvrage de la réhabilitation d'un site. - Fermeture définitive du site. - Absence d'influence.

## 3<sup>o</sup> Douanes

Taxes diverses perçues par la douane. - Taxe générale sur les activités polluantes. - Fait générateur. - Réception des déchets. - Franchissement de la grille du site par des déchets inertes. - Constatations suffisantes.

## 4<sup>o</sup> Douanes

Taxes diverses perçues par la douane. - Taxe générale sur les activités polluantes. - Redevable. - Notion de déchets. - Finalité utilitaire. - Absence d'influence.

1<sup>o</sup> L'avis de mise en recouvrement émis par l'administration des douanes n'encourt pas la nullité, nonobstant l'absence de mention des éléments de liquidation de la taxe dont il s'agit, dès lors qu'il est établi que le redevable a été informé du fait générateur de la créance lors de la signification du procès-verbal de constatation d'infraction visé par l'avis de mise en recouvrement.

2<sup>o</sup> Justifie légalement sa décision de rejet de la demande d'annulation de l'avis de mise en recouvrement fixant l'imposition au titre de la taxe générale sur les activités polluantes la cour d'appel qui retient que la fermeture, même définitive, d'un site de stockage des déchets ménagers et assimilés en vue de la réalisation d'une opération de réhabilitation du site ne fait pas perdre au maître d'ouvrage de la réhabilitation sa qualité d'exploitant du site, la phase de réhabilitation constituant l'ultime phase d'exploitation du site.

3° La cour d'appel qui relève que les déchets inertes ont franchi la grille du site de stockage en phase de réhabilitation qualifie exactement cette situation de réception juridique par l'exploitant au sens de l'article 266 sexies, I, 1, du code des douanes.

4° La Cour de justice des Communautés européennes ayant dit pour droit par arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2007 (C-176/05) que la notion de déchet au sens de l'article premier de la directive n° 1975/442 du 15 juillet 1975 relative aux déchets ne doit pas s'entendre comme excluant les substances et objets susceptibles de réutilisation économique et ne présuppose pas, dans le chef du détenteur qui s'en défait, l'intention d'exclure toute réutilisation économique de cette substance ou de cet objet par d'autres personnes, une cour d'appel justifie légalement sa décision en retenant que les déchets, abandonnés à l'origine et réceptionnés, ont pris la qualité de déchets, la finalité utilitaire qui leur est réservée étant sans effet sur cette qualité.

**Com. - 15 janvier 2013.**

*REJET*

N° 12-10.203. - CA Montpellier, 27 octobre 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Pezard, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 675

### *Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)*

Redressement judiciaire. - Patrimoine. - Vérification des créances. - Procédure. - Recours. - Appel du débiteur. - Refus du débiteur de signer la liste des créances. - Portée.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant relevé que le débiteur avait refusé de signer la liste établie par le liquidateur proposant l'admission de plusieurs créances, sans en indiquer les motifs ni formuler la moindre observation relativement à chacune des créances, retient que le juge-commissaire n'a pas commis d'irrégularité en se prononçant sur l'admission de ces créances sans l'avoir convoqué et déclare irrecevable l'appel formé par lui contre la décision d'admission.

**Com. - 8 janvier 2013.**

*REJET*

N° 11-22.796. - CA Bordeaux, 14 juin 2011.

M. Gérard, Pt (f.f.). - Mme Texier, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, SCP Delvolvé, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 24 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 173 (« Admission des créances : contestation par le débiteur »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires, n° 79, février 2013, Actualités, n° 4445, p. 19, note Anaïs Pouzère (« Pas de contestation par simple refus de signer la proposition d'admission de créances »).*

N° 676

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

Procédure (dispositions générales). - Voies de recours. - Décisions susceptibles. - Ordonnances du juge-commissaire. - Vente de biens du débiteur en liquidation judiciaire. - Débiteur ni entendu ni appelé. - Excès de pouvoir.

Constitue un excès de pouvoir le fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation d'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé.

En conséquence, viole les articles 14 du code de procédure civile, L. 661-5 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et les principes régissant l'excès de pouvoir la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable l'appel-nullité interjeté par la débitrice contre le jugement statuant sur son recours formé contre la décision du juge-commissaire autorisant la vente aux enchères publiques d'un immeuble lui appartenant en indivision avec son époux, a, après avoir relevé que la débitrice n'avait été ni entendue ni appelée devant le juge-commissaire, retenu que la procédure ainsi suivie était contradictoire et ne saurait être annulée.

**Com. - 8 janvier 2013.**

*CASSATION SANS RENVOI*

N° 11-26.059. - CA Douai, 15 février 2011.

M. Gérard, Pt (f.f.). - M. Arbellot, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Boullez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 24 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 173, note Alain Lienhard (« Appel-nullité : défaut d'audition du débiteur (réalisation de l'actif) »).*

N° 677

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

Rétrocession. - Conditions. - Immeuble n'ayant pas reçu la destination prévue. - Éléments à considérer. - Ensemble des parcelles acquises pour la réalisation de l'opération déclarée d'utilité publique.

Le respect de la destination prévue par la déclaration d'utilité publique, au sens de l'article L. 12-6 du code de l'expropriation, doit s'apprécier au regard de l'ensemble des parcelles acquises pour la réalisation de l'opération déclarée d'utilité publique.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 11-24.213. - CA Caen, 21 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 5, 7 février 2013, Actualité/droit immobilier, p. 306 (« Rétrocession : destination des immeubles »).*

N° 678

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

Transfert de propriété. - Ordonnance d'expropriation. - Perte de base légale. - Constatation. - Délai de forclusion. - Pourvoi en cassation contre l'ordonnance d'expropriation. - Effets. - Détermination.

L'introduction d'un pourvoi en cassation en application des dispositions de l'article L. 12-5, alinéa premier, du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique n'interrompt ni ne suspend le délai de forclusion de l'article R. 12-5-1 du même code, dans lequel l'exproprié doit saisir le juge de l'expropriation pour faire constater la perte de base légale d'une ordonnance portant transfert de propriété et statuer sur ses conséquences de droit telles qu'une demande en restitution et en indemnisation.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

*REJET*

N° 12-10.107. - CA Lyon, 8 novembre 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Maunand, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Didier et Pinet, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 679

## Extradition

Chambre de l'instruction. - Procédure. - Audience. - Comparution de la personne réclamée. - Absence de son avocat. - Droits de la défense. - Effectivité. - Recherche nécessaire.

Il résulte de l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme que tout accusé a le droit de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, de pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office au titre de l'aide juridictionnelle.

Méconnaît les dispositions de ce texte la chambre de l'instruction qui, après exécution d'un supplément d'information, émet un avis favorable à l'extradition d'un ressortissant étranger n'ayant pas consenti à être remis à l'autorité requérante, sans s'être assurée, lors de l'audience des débats au cours de laquelle seul un interprète avait apporté son concours, de l'effectivité de la défense de la personne en cause par l'avocat d'office désigné au titre de l'aide juridictionnelle.

**Crim. - 8 janvier 2013.**

CASSATION

N° 12-86.876. - CA Paris, 10 octobre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Buisson, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 680

## Impôts et taxes

Enregistrement. - Droits de mutation. - Mutation à titre gratuit. - Donations. - Don manuel. - Révélation volontaire. - Cas. - Don révélé par une vérification (non).

La découverte de dons manuels à l'occasion d'une vérification de comptabilité par l'administration fiscale ne constitue pas une révélation volontaire susceptible de justifier l'application de droits de donation, au sens de l'article 757 du code général des impôts.

**Com. - 15 janvier 2013.**

REJET

N° 12-11.642. - CA Rennes, 2 novembre 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit fiscal, n° 6, 7 février 2013, Actualités, n° 76, p. 5 (« Dons manuels : la révélation résultant uniquement d'une vérification de comptabilité n'entraîne pas l'assujettissement aux droits de mutation »). Voir également La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 7, 15 février 2013, Actualités, n° 275, p. 13-14 (« Révélation résultant d'une vérification de comptabilité et assujettissement aux droits de mutation »), la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5028, p. 60-61, note Alexandre Paulin (« Notion de révélation de don manuel : revirement ! »), et la revue Droit des sociétés, n° 4, avril 2013, commentaire n° 61, p. 26-27, note Henri Hovasse (« Le financement des associations culturelles »).*

N° 681

## 1<sup>o</sup> Ivresse

Ivresse publique. - Placement en chambre de sûreté. - Mesure de police administrative. - Contentieux. - Compétence des juridictions de l'ordre administratif.

## 2<sup>o</sup> Ivresse

Ivresse publique. - Placement en chambre de sûreté. - Examen médical préalable. - Certificat médical. - Communication au prévenu. - Respect des droits de la défense.

1<sup>o</sup> Le prévenu poursuivi devant la juridiction de proximité pour contravention d'ivresse publique et manifeste ne saurait se faire un grief de ce que cette juridiction ait rejeté l'exception de nullité par lui présentée et prise de la durée, excessive selon lui, de son placement en chambre de dégrisement, dès lors qu'un tel placement, ordonné tant pour la protection de la personne concernée que pour la préservation de l'ordre public, est une mesure de police administrative relevant, pour les litiges survenant à l'occasion de son exécution, de la seule compétence des juridictions de l'ordre administratif.

2<sup>o</sup> Méconnaît les droits de la défense la juridiction de proximité qui, dans la même poursuite, refuse de faire droit à la demande du prévenu tendant à ce que soit versé aux débats le certificat médical établi préalablement à son placement en chambre de dégrisement, dont cette juridiction avait constaté l'existence.

**Crim. - 8 janvier 2013.**

CASSATION

N° 12-80.465. - Juridiction de proximité de Rennes, 28 novembre 2011.

M. Louvel, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 48-50, 17-19 février 2013, Jurisprudence, p. 16 à 18, note Stéphane Detraz (« Ivresse publique et placement en cellule de dégrisement »). Voir également la revue Droit pénal, n° 3, mars 2013, commentaire n° 43, p. 43, note Jacques-Henri Robert (« L'âme administrative du violon »).*

N° 682

## 1<sup>o</sup> Peines

Non-cumul. - Poursuites séparées. - Confusion. - Requête. - Jugement du tribunal correctionnel. - Appel. - Compétence. - Chambre des appels correctionnels.

## 2<sup>o</sup> Compétence

Exception d'incompétence. - Caractère d'ordre public.

1<sup>o</sup> Il résulte de la combinaison des articles 496, 510 et 710 du code de procédure pénale que l'appel du jugement par lequel le tribunal correctionnel statue sur une requête en confusion de peines est porté devant la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel, et non devant la chambre de l'application des peines.

2<sup>o</sup> L'exception d'incompétence est d'ordre public et peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation.

**Crim. - 9 janvier 2013.**

CASSATION

N° 12-83.047. - CA Aix-en-Provence, 3 avril 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, février 2013, Jurisprudence, p. 114, note E. A. (« Confusion de peines : l'incompétence de la CHAP »).*

N° 683

## Prescription

Action publique. - Exception. - Relèvement d'office. - Principe du contradictoire. - Respect. - Nécessité.

Méconnaît les dispositions des articles 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, 8 et préliminaire du code de procédure pénale la chambre de l'instruction qui relève d'office la prescription de l'action publique sans avoir permis aux parties d'en débattre.

**Crim. - 8 janvier 2013.**

CASSATION

N° 12-81.045. - CA Paris, 8 décembre 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Maziau, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 684

## Presse

Abus de la liberté d'expression. - Définition. - Diffamation. - Allégation ou imputation de faits portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne. - Caractérisation. - Défaut. - Cas. - Article illustré par la photographie d'un professionnel, ne mentionnant pas son entreprise ni ne lui imputant aucun des faits litigieux relatés.

N'est pas diffamatoire à l'égard d'un professionnel photographié sur les lieux l'article qui, consacré à l'emploi de travailleurs clandestins et au non-respect des règles de sécurité sur un chantier et illustré par la photographie, ne mentionne pas l'entreprise de l'intéressé ni ne lui impute aucun des faits litigieux relatés.

Cependant, la diffusion de cette photographie, prise sans l'autorisation de l'intéressé, qui y est reconnaissable, et en dehors de tout événement d'actualité le concernant, est susceptible, en raison de la teneur de l'article, de porter une atteinte à sa personne que ne légitime pas la liberté de communication des informations.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

REJET

N° 12-15.547. - CA Chambéry, 10 janvier 2012.

M. Charruault, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, Études et commentaires, p. 555 à 559, note Emmanuel Dreyer (« L'image attentatoire à la vie privée et à l'honneur »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5004, p. 25, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Entre atteinte à la vie privée et liberté d'information »), ce même numéro, Actualités, n° 5016, p. 46-47, note Élodie Pouliquen (« Simples citoyens : un droit à l'image renforcé »), et la revue Communication, commerce électronique, n° 4, avril 2013, commentaire n° 45, p. 40 à 42, note Agathe Lepage (« De l'image dans ses rapports avec la diffamation et la liberté de communication des informations »).*

N° 685

## Procédure civile

Demande. - Demande reconventionnelle. - Recevabilité. - Auteur de la demande. - Absence d'influence. - Portée.

Les demandes reconventionnelles, en première instance comme en appel, peuvent être formées tant par le défendeur sur la demande initiale que par le demandeur initial en défense aux prétentions reconventionnelles de son adversaire.

**2<sup>e</sup> Civ. - 10 janvier 2013.**

CASSATION

N° 10-28.735. - CA Agen, 25 août 2010.

Mme Flise, Pt. - M. Boval, Rap. - M. Lathoud, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, SCP Capron, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 3, mars 2013, commentaire n° 63, p. 11-12, note Roger Perrot (« Demande reconventionnelle »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5012, p. 35-36, note Charles Gijsbers (« Défense de la caution en appel : reconvention sur reconvention vaut ! »).*

N° 686

## Procédure civile

Demande. - Objet. - Objet du litige. - Méconnaissance des termes du litige. - Exclusion. - Cas. - Demande de confirmation d'une décision ayant condamné une partie à des dommages-intérêts. - Condamnation au paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation des préjudices découlant de la responsabilité fixée par le juge.

Ne méconnaît pas l'objet du litige une cour d'appel qui, saisie d'une demande de confirmation d'un jugement ayant condamné une partie à des dommages-intérêts, après avoir relevé que la responsabilité de cette dernière avait été tranchée mais que les préjudices ne pouvaient être chiffrés, la condamne au paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation de ces préjudices.

**2<sup>e</sup> Civ. - 10 janvier 2013.**

REJET

N° 11-27.131. - CA Lyon, 6 septembre 2011.

Mme Flise, Pt. - Mme Robineau, Rap. - SCP Didier et Pinet, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 687

## Procédure civile

Notification. - Signification. - Signification à personne. - Recherches infructueuses. - Diligences de l'huissier de justice. - Étendue. - Détermination.

La signification du procès-verbal d'expulsion selon les modalités de l'article 659 du code de procédure civile ne peut avoir lieu, en l'absence de toute diligence de l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte, à l'adresse des lieux où s'est déroulée cette mesure, au motif que ce dernier ne rapporte pas la preuve de lui avoir donné sa nouvelle adresse le jour de l'expulsion.

**2<sup>e</sup> Civ. - 10 janvier 2013.**

CASSATION

N° 11-23.151. - CA Paris, 9 septembre 2010.

Mme Flise, Pt. - M. Vasseur, Rap. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Delvolvé, SCP Capron, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 6, 4 février 2013, Jurisprudence, n° 142, p. 251 à 253, note Laurent Sousa (« Signification des actes : contrôle de la précision des diligences de l'huissier dans les procès-verbaux »). Voir également la revue Procédures, n° 3, mars 2013, commentaire n° 68, p. 14, note Roger Perrot (« Selon les formes de l'article 659 du code de procédure civile »), et la revue Loyers et copropriété, n° 3, mars 2012, commentaire n° 70, p. 16, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Signification d'un procès-verbal d'expulsion : irrespect de l'article 659 du code de procédure civile »).*

N° 688

## *Professions médicales et paramédicales*

Médecin. - Responsabilité contractuelle. - Faute. - Enfant né handicapé. - Faute caractérisée. - Applications diverses.

Une enfant étant née atteinte d'une agénésie de l'avant-bras droit, justifie sa décision, au regard de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, une cour d'appel qui déduit des affirmations dans les compte-rendus écrits de deux échographistes, pour l'un, que les membres « *étaient visibles avec leurs extrémités* » et, pour l'autre, que les deux mains étaient présentes, qu'ils ont commis une faute caractérisée, au sens de ce texte.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

*REJET*

N° 12-14.020. - CA Versailles, 15 décembre 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Richard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit civil, p. 244, note Inès Gallmeister (« Enfant né handicapé : appréciation de la faute médicale caractérisée »). Voir également cette même revue, n° 9, 7 mars 2013, Chroniques/Cour de cassation - première chambre civile, p. 591 à 598, spéc. n° 7, p. 598, note Isabelle Darret-Courgeon (« Faute médicale caractérisée »), cette même revue, n° 10, 14 mars 2013, Études et commentaires, p. 681 à 685, note Stéphanie Porchy-Simon (« Émergence d'une définition de la faute caractérisée dans le contentieux des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé »), et la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5006, p. 27, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Précision sur la faute caractérisée anténatale »).*

N° 689

## *Propriété industrielle*

Marques. - Acquisition. - Examen de la demande. - Opposition. - Décision du directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). - Recours en annulation devant la cour d'appel. - Pouvoir d'annulation partielle.

Une cour d'appel, saisie d'un recours contre une décision du directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle qui a déclaré justifiée l'opposition à une demande d'enregistrement d'une marque pour un ensemble de produits ou services, a le pouvoir de limiter l'annulation qu'elle prononce à certaines dispositions de cette décision.

**Com. - 15 janvier 2013.**

*CASSATION*

N° 11-28.731. - CA Lyon, 27 octobre 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Mandel, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bertrand, Av.

N° 690

## *Propriété littéraire et artistique*

Prévention, procédures et sanctions. - Compétence exclusive des tribunaux de grande instance. - Article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle. - Article 135 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008. - Application dans le temps. - Application immédiate. - Portée.

L'entrée en vigueur des dispositions du premier alinéa de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, dans leur rédaction issue de l'article 135 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, relatives à la compétence exclusive du tribunal de grande instance, n'était pas subordonnée à l'existence d'un décret d'application, un tel acte n'étant nécessaire que pour déterminer les tribunaux de grande instance spécialisés objets du quatrième alinéa.

Fait une exacte application de la loi la cour d'appel qui, ayant constaté que la demande relative aux droits d'auteurs avait été formée après l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, a décidé que celle-ci relevait de la compétence exclusive du tribunal de grande instance.

**Soc. - 9 janvier 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 11-11.808. - CA Paris, 9 décembre 2010.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Flores, Rap. - M. Lalonde, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 236, p. 198.*

N° 691

## *Protection de la nature et de l'environnement*

Installations classées. - Loi du 19 juillet 1976. - Arrêt définitif de l'exploitation. - Obligation de remise en état du site. - Envoi préalable à l'exploitant d'une mise en demeure de dépolluer. - Nécessité (non).

L'article 34 du décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977, pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976, dans sa rédaction applicable, impose à l'exploitant d'un site industriel soumis à autorisation de remettre le site dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun des dangers ou inconvénients mentionnés à l'article premier de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976.

Dès lors, viole les dispositions de ce texte l'arrêt qui, pour rejeter une demande de dommages-intérêts, retient qu'il n'est pas justifié que l'exploitant ait été mis en demeure d'intervenir pour dépolluer.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 11-27.101. - CA Nîmes, 27 octobre 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Guillaudier, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Boulez, SCP Lyon-Caen et Thiriez, M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 58-59, 27-28 février 2013, Jurisprudence, p. 5 à 88, note Carine Le Roy-Gleizes et Béatrice Parance (« Rencontre du droit des contrats et du droit de l'environnement au sujet d'un terrain pollué »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 10, 14 mars 2013, Études et commentaires, p. 676 à 680, note Olivier Sutterlin (« Incidences de la responsabilité délictuelle sur la cession de terrains pollués »).*

**Note sous 3<sup>e</sup> Civ., 16 janvier 2013, n° 691 ci-dessus**

Par cet arrêt, la Cour de cassation précise que l'obligation de remise en état pesant sur l'exploitant d'un site d'une installation classée qui cesse son activité ne peut être différée dans le temps et qu'elle s'impose à lui sans qu'il soit nécessaire de lui adresser une mise en demeure.

Dans sa version d'origine, applicable en l'espèce, l'article 34 du décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement disposait que « *lorsqu'une installation cesse l'activité au titre de laquelle elle*

était autorisée ou déclarée, son exploitant doit en informer le préfet dans le mois qui suit cette cessation ; il est donné récépissé sans frais de cette déclaration. L'exploitant doit remettre le site de l'installation dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun des dangers ou inconvénients mentionnés à l'article premier de la loi du 19 juillet 1976. À défaut, il peut être fait application des procédures prévues par l'article 23 de cette loi ».

La loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, qui s'inspire de l'article 34-1 du décret du 21 septembre 1977 (article créé par le décret n° 94-484 du 9 juin 1994, applicable jusqu'au 16 septembre 2005), a repris, dans l'article L. 512-7 du code de l'environnement, transféré par ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 à l'article L. 512-6-1, cette obligation de remise en état des lieux, qui doit désormais permettre un usage futur du site déterminé conjointement avec le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'urbanisme ou, à défaut d'accord, qui impose à l'exploitant de placer son site dans un état tel qu'il ne puisse porter atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 et qu'il permette un usage futur du site comparable à celui de la dernière période d'exploitation de l'installation mise à l'arrêt.

En l'espèce, la cour d'appel avait débouté l'acquéreur d'un terrain de ses demandes de dommages-intérêts dirigées contre l'ancien exploitant du site en estimant notamment qu'il savait au moment de la vente que les biens devaient être remis en état par la suite dans un délai non prévu par la convention, qu'il avait accepté sans réserve les travaux de dépollution quelques années après la vente et qu'il ne justifiait pas avoir, avant cette date, mis en demeure l'exploitant d'intervenir pour dépolluer le terrain.

La troisième chambre civile censure cette décision, car l'obligation de remise en état qui pèse sur le dernier exploitant d'une installation classée est une obligation légale, dont la finalité est la protection de l'environnement et de la santé publique. Elle doit donc être satisfaite immédiatement et sans qu'une mise en demeure de dépolluer préalable soit nécessaire.

N° 692

## Protection des consommateurs

Crédit à la consommation. - Crédit affecté. - Interdépendance du contrat principal et du crédit accessoire. - Contrat principal. - Résolution ou annulation. - Effets. - Obligation pour l'emprunteur de rembourser au prêteur le capital prêté. - Condition.

Il résulte de la combinaison des articles L. 311-20 et L. 311-21 du code de la consommation, dans leur rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010, que les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de l'exécution de la prestation de services, qui doit être complète, hors le cas d'une prestation de services à exécution successive, et que commet une faute qui le prive de la possibilité de se prévaloir, à l'égard de l'emprunteur, des effets de la résolution du contrat de prêt, conséquence de celle du contrat principal, le prêteur qui délivre les fonds au vendeur sans s'assurer que celui-ci a exécuté son obligation.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 12-13.022. - CA Aix-en-Provence, 8 novembre 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Kamara, Rap. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Vincent et Ohl, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 237, note Valérie Avena-Robardet (« Crédit à la consommation (crédit lié) : date d'effet des obligations de l'emprunteur »). Voir également*

*la Gazette du Palais, n° 51-52, 20-21 février 2013, Chronique de jurisprudence de droit de la consommation, p. 17-18, note Stéphane Piedelièvre (« Crédit lié et date d'effet des obligations de l'emprunteur »), la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5000, p. 15, note Élodie Pouliquen (« Vérification par le prêteur de l'exécution de la prestation de service »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4503, p. 40-41, note Joséphine de Romanet (« Contrat de crédit lié : le point de départ des obligations de l'emprunteur »).*

N° 693

## Protection des consommateurs

Crédit à la consommation. - Offre préalable. - Formulaire détachable de rétractation. - Formulaire joint à l'offre. - Preuve. - Reconnaissance écrite de l'emprunteur. - Portée.

La reconnaissance écrite, par l'emprunteur, dans le corps de l'offre préalable, de la remise d'un bordereau de rétractation détachable joint à cette offre laisse présumer la remise effective de celui-ci.

Dès lors, la cour d'appel qui constate que l'emprunteur a souscrit une telle reconnaissance en déduit exactement que ce dernier, faute pour lui d'apporter la preuve de l'absence de remise du bordereau ou, à défaut, de son caractère irrégulier, ne peut se prévaloir de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**  
REJET

N° 12-14.122. - CA Aix-en-Provence, 4 novembre 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Verdun, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Actualités, n° 106, p. 187, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Charge de la preuve en matière de bordereau de rétractation »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 6, 7 février 2013, Études et commentaires, n° 1093, p. 29. Voir également le Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 236, note Valérie Avena-Robardet (« Crédit à la consommation : remise du bordereau de rétractation »), la Gazette du Palais, n° 44-45, 13-14 février 2013, Jurisprudence, p. 10 à 12, note Stéphane Prieur (« Agitations probatoires autour du bordereau de rétractation inséré dans les contrats de crédit à la consommation »), cette même revue, n° 51-52, 20-21 février 2013, Chronique de jurisprudence de droit de la consommation, p. 15-16, note Stéphane Piedelièvre (« Charge de la preuve et bordereau de rétractation »), la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 4998, p. 14, note Élodie Pouliquen (« Charge de la preuve de remise du bordereau de rétractation »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4502, p. 39-40, note Joséphine de Romanet (« Bordereau de rétractation »).*

N° 694

## 1<sup>o</sup> Publicité foncière

Demande en justice. - Domaine d'application. - Demande en résolution d'une vente immobilière. - Publication. - Obligation. - Absence. - Promesse synallagmatique de vente sous seing privé. - Publication facultative. - Portée.

## 2<sup>o</sup> Référé

Contestation sérieuse. - Exclusion. - Applications diverses. - Promesse synallagmatique de vente. - Constatation de la résolution de la promesse.

1° La publication facultative d'une promesse synallagmatique de vente sous seing privé au bureau des hypothèques n'impose pas celle de l'assignation en résolution de cet acte.

2° La cour d'appel, qui a relevé, d'une part, que le bénéficiaire d'une promesse synallagmatique de vente, qui n'avait pas exercé sa faculté de rétractation, n'avait pas déposé le dépôt de garantie dans le délai et les formes convenus, qu'il avait été mis en demeure, après notification de l'acquisition de la clause résolutoire, de régulariser la vente mais ne s'était pas présenté et qu'il avait reconnu que la promesse de vente était caduque, et, d'autre part, que l'un des héritiers réservataires du bien immobilier, qui avait fait part de son accord à la transaction, était intervenu volontairement à l'instance au soutien de sa mère et de sa sœur, en a exactement déduit qu'aucune contestation sérieuse ne s'opposait à la constatation de la résolution de la promesse de vente.

La cour d'appel, qui a retenu que les bénéficiaires de la promesse synallagmatique de vente ne disposaient d'aucun droit justifiant qu'il fût procédé à la publication de cette promesse à la conservation des hypothèques alors qu'elle n'était plus susceptible de produire d'effets et qu'il y avait urgence à permettre aux vendeurs de disposer de leur bien actuellement immobilisé, en a exactement déduit qu'aucune contestation sérieuse ne s'opposait à la radiation de sa publication à la conservation des hypothèques.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

*REJET*

N° 11-25.262. - CA Aix-en-Provence, 16 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Maunand, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Lesourd, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 60-61, 1<sup>er</sup>-2 mars 2013, Chronique de jurisprudence de droit immobilier, p. 46, note Marine Parmentier (« De l'obligation de publication d'un acte judiciaire à la conservation des hypothèques »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5002, p. 17, note Élodie Pouliquen (« Appréciation du caractère sérieux de la contestation en matière d'acquisition d'une clause résolutoire »).*

N° 695

## Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Fonctionnement. - Réunion. - Périodicité. - Convocation. - Pouvoir. - Prérogative de l'employeur. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Une cour d'appel déduit à bon droit de l'article L. 2325-14 du code du travail que le pouvoir de convoquer inclut nécessairement le pouvoir de fixer la date de la réunion du comité d'entreprise, sauf accord entre la majorité des élus du comité d'entreprise et l'employeur, et que si, en application de l'article L. 2325-2 du code du travail, le comité d'entreprise détermine, dans son règlement intérieur, les modalités de son fonctionnement, ce texte ne lui permet pas d'inclure dans ce règlement des dispositions concernant une mesure qui relève des prérogatives de l'employeur, sauf pour celui-ci à répondre d'un éventuel abus dans leur exercice.

**Soc. - 15 janvier 2013.**

*REJET*

N° 11-28.324. - CA Bordeaux, 18 octobre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Huglo, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 215, p. 183-184.*

N° 696

## Société (règles générales)

Parts sociales. - Cession. - Prix. - Fixation. - Fixation par expert. - Contestation par l'une des parties. - Erreur grossière. - Cas. - Date d'évaluation des droits sociaux.

Une cour d'appel retient à bon droit l'erreur grossière d'un expert, désigné dans le cadre de l'article 1843-4 du code civil, qui évalue les droits sociaux à la date de l'arrêt ayant autorisé le retrait de l'associé, et non à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits.

La jurisprudence publiée ayant fixé ce principe, rendue postérieurement à la date du dépôt du rapport d'expertise litigieux, ne constituant ni un revirement, ni même l'expression d'une évolution imprévisible de la jurisprudence, cette chronologie ne fait pas obstacle à l'application du principe aux faits de la cause, fussent-ils antérieurs à la publication de l'arrêt l'ayant fixé.

**Com. - 15 janvier 2013.**

*REJET*

N° 12-11.666. - CA Paris, 20 octobre 2011.

M. Espel, Pt. - M. Fédou, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Jacoupy, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 241, note Alain Lienhard (« Société civile : date d'évaluation des droits sociaux en cas de retrait »). Voir également cette même revue, n° 5, 7 février 2013, Études et commentaires, p. 342 à 345, note Alain Couret (« Les solutions de la Cour de cassation concernant l'article 1843-4 sont-elles véritablement prévisibles ? »), la revue Droit des sociétés, n° 3, mars 2013, commentaire n° 42, p. 19 à 21, note Renaud Mortier (« Article 1843-4 : l'erreur grossière de l'expert se précise »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 9, 28 février 2013, Études et commentaires, n° 1129, p. 17 à 21, note Bruno Dondero (« Date d'évaluation des droits sociaux en cas de retrait d'un associé »), le Bulletin Joly Sociétés, n° 3, mars 2013, n° 74, p. 182 à 185, note Renaud Mortier (« L'expert de l'article 1843-4 du code civil n'a jamais le choix de la date »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4477, p. 14-15, note Ildo D. Mpindi (« Expertise de l'article 1843-4 du code civil : commission par l'expert d'une erreur grossière »).*

N° 697

## Société anonyme

Conseil d'administration. - Cautions, avals et garanties. - Autorisation préalable. - Domaine d'application. - Cas unique. - Garantie des obligations pesant sur des tiers. - Portée.

Il résulte de l'article L. 225-35 du code de commerce que seuls doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration les engagements souscrits par la société en garantie des obligations pesant sur un tiers.

Prive dès lors sa décision de base légale la cour d'appel qui déclare une convention de délégation de créance inopposable à la société faute d'autorisation de son conseil d'administration, sans rechercher si l'engagement contracté par le délégué ne constituait pas, à son égard, un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégant, échappant aux prévisions de l'article L. 225-35 du code de commerce.

**Com. - 15 janvier 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 11-28.173. - CA Paris, 20 octobre 2011.



M. Espel, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 242 (« Autorisation des garanties : exclusion des engagements personnels »). Voir également la Gazette du Palais, n° 58-59, 27-28 février 2013, Jurisprudence, p. 9 à 11, note Marc Mignot (« Notion de garantie au sens de l'article L. 225-35, alinéa 4, du code de commerce, substitution de caution et délégation de personne »), la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5013, p. 36-37, note Charles Gijssbers (« Pas d'autorisation préalable du conseil d'administration nécessaire pour une délégation imparfaite »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 13, 25 mars 2013, Jurisprudence, n° 345, p. 605 à 607, note Adrien Bascoulegue (« Une délégation imparfaite n'est pas une garantie au sens de l'article L. 225-35 du code de commerce »).*

N° 698

## Société anonyme

Conseil d'administration. - Cautions, avals et garanties. - Autorisation préalable. - Domaine d'application. - Cession d'actions. - Substitution au cédant.

La convention par laquelle une société cessionnaire des actions d'une autre société s'engage à se substituer au cédant dans les cautionnements qu'il avait consentis à un créancier de la société constitue une garantie devant faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration, en application de l'article L. 225-35 du code de commerce.

**Com. - 15 janvier 2013.**

CASSATION

N° 11-27.648. - CA Douai, 14 septembre 2011.

M. Espel, Pt. - M. Pietton, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 242, note Alain Lienhard (« Autorisation des garanties : responsabilité de la société en cas d'absence »). Voir également cette même revue, n° 9, 7 mars 2013, Études et commentaires, p. 624 à 627, note Bruno Dondero (« La pleine inopposabilité des garanties non autorisées par le conseil d'administration »), la Gazette du Palais, n° 51-52, 20-21 février 2013, Chronique de jurisprudence de droit de la consommation, p. 21-22, note Marie-Elisabeth Mathieu (« L'engagement de substitution, un véritable cautionnement »), cette même revue, n° 58-59, 27-28 février 2013, Jurisprudence, p. 9 à 11, note Marc Mignot (« Notion de garantie au sens de l'article L. 225-35, alinéa 4, du code de commerce, substitution de caution et délégation de personne »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 79, février 2013, Actualités, n° 4451, p. 30, note Victoria Mauriès (« Cautionnement : conséquences de l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration »), le Bulletin Joly Sociétés, n° 3, mars 2013, n° 80, p. 186 à 190, note Jean-François Barbière (« Défaut d'autorisation préalable des garanties : inopposabilité et qualification »), la Revue Lamy droit civil, n° 102, mars 2013, Actualités, n° 5011, p. 34, note Charles Gijssbers (« Engagement de substitution de cautionnement et autorisation du conseil d'administration »), et la revue Droit des sociétés, n° 4, avril 2013, commentaire n° 64, p. 30 à 32, note Myriam Roussille (« Substitution de cautionnement et défaut d'autorisation du conseil »).*

N° 699

## Société anonyme

Conseil d'administration. - Convention réglementée (article L. 225-38). - Défaut d'autorisation préalable. -

Exception de nullité. - Caractère perpétuel. - Conditions. - Convention inexécutée, même partiellement. - Constatations nécessaires.

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des dispositions de l'article L. 225-42 du code de commerce la cour d'appel qui annule une convention non autorisée par le conseil d'administration de la société après avoir retenu que l'exception de nullité est perpétuelle, sans relever que la convention litigieuse n'avait pas été exécutée, fût-ce partiellement.

**Com. - 15 janvier 2013.**

CASSATION

N° 11-28.244. - CA Bordeaux, 10 octobre 2011.

M. Espel, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Bertrand, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 241 (« Convention avec une société anonyme : perpétuité de l'exception de nullité »). Voir également cette même revue, n° 8, 28 février 2013, Études et commentaires, p. 539 à 542, note Bruno Dondero (« Exception de nullité sur convention réglementée partiellement exécutée ne vaut... »), le Bulletin Joly Sociétés, n° 3, mars 2013, n° 99, p. 197 à 199, note Hervé Le Nabasque (« L'exception de nullité d'une convention, pour être perpétuelle, suppose que la convention n'ait pas été exécutée, fût-ce partiellement »), la revue Droit des sociétés, n° 4, avril 2013, commentaire n° 67, p. 36, note Dorothee Gallois-Cochet (« Exception de nullité d'une convention réglementée partiellement exécutée »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4475, p. 13 note Ildo D. Mpindi (« Convention passées avec une société anonyme : conditions requises pour invoquer l'exception de nullité »).*

N° 700

## Société civile

Gérant. - Cessation des fonctions. - Révocation judiciaire. - Conditions. - Appel à l'instance de tous les associés. - Nécessité (non).

La révocation d'un gérant par les tribunaux pour cause légitime, prévue par l'article 1851, alinéa 2, du code civil, peut intervenir à la demande de tout associé, sans qu'il soit nécessaire d'appeler à l'instance tous les associés de la société pour pouvoir y procéder.

**Com. - 15 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-28.510. - CA Bordeaux, 17 octobre 2011.

M. Espel, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 240 (« Société civile : conditions de révocation du gérant »). Voir également la revue Droit des sociétés, n° 3, mars 2013, commentaire n° 43, p. 21-22, note Henri Hovasse (« Modalités de la révocation judiciaire du gérant de la société civile »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4478, p. 15, note Ildo D. Mpindi (« Révocation du gérant par décision de justice »).*

N° 701

## Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accords particuliers. - Gérants mandataires des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés du 18 juillet 1963, modifié et étendu. - Institutions

représentatives des gérants. - Article 37. - Indemnisation des heures de délégation. - Modalités. - Détermination. - Rémunération au moins égale au SMIC. - Nécessité.

Il résulte des articles L. 2251-1, L. 7322-1, L. 7322-3, L. 2143-17, L. 2315-3, L. 3232-1, L. 3232-3, D. 3231-5 et D. 3231-6 du code du travail que si les accords collectifs peuvent déterminer la rémunération minimum garantie des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire compte tenu de l'importance de la succursale et des modalités d'exploitation de celle-ci, il demeure qu'en application de l'article L. 7322-3 du code du travail, la rémunération convenue ne peut jamais être inférieure au SMIC.

En conséquence, lorsque le représentant est payé en tout ou en partie par des commissions, la somme qui lui est allouée pendant une période où, du fait de ses fonctions, il ne peut travailler doit être calculée d'après son salaire réel et être au moins égale au SMIC.

**Soc. - 9 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-26.418. - CA Aix-en-Provence, 15 septembre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Linden, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 24 janvier 2013, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 180 (« Gérant succursaliste : clause de non-concurrence et mandat représentatif »). Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 3, mars 2013, commentaire n° 52, p. 16-17, note Marie Malaurie-Vignal (« La stipulation d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au gérant »).*

N° 702

## *Travail réglementation, durée du travail*

Travail à temps partiel. - Formalités légales. - Contrat écrit. - Mentions obligatoires. - Défaut. - Effets. - Présomption de travail à temps complet. - Preuve contraire. - Preuve de la durée convenue de travail. - Établissement par l'employeur. - Nécessité. - Portée.

Encourt la cassation l'arrêt qui, ayant constaté que le contrat de travail à temps partiel ne répondait pas aux exigences de l'article L. 3123-14 du code du travail, écarte la présomption de travail à temps complet qui en résulte, sans constater que l'employeur fait la preuve de la durée de travail exacte, mensuelle ou hebdomadaire, convenue.

**Soc. - 9 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-16.433. - CA Paris, 15 février 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Flores, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 24 janvier 2013, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 182 (« Travail à temps partiel : présomption d'emploi à temps complet »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Actualités, n° 110, p. 188-189, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« La preuve incontournable de la durée exacte du travail »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 243, p. 204.*

N° 703

## *Travail réglementation, santé et sécurité*

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Recours à un expert. - Cas. - Existence d'un danger grave dans l'établissement en rapport avec l'installation classée. - Caractérisation. - Nécessité. - Portée.

La possibilité reconnue au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'avoir recours, en application des articles L. 4523-5 et R. 4523-3 du code du travail, à un expert en risques technologiques en cas de danger grave en rapport avec l'installation classée ne peut résulter de la seule activité soumise à la législation sur les installations classées.

**Soc. - 15 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-27.679. - CA Aix-en-Provence, 6 octobre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Lambremon, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 2, février 2013, Actualités, p. 75, note Alain Moulinier (« Contestation des honoraires de l'expert et charge des frais de la procédure »). Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 9, 26 février 2013, Jurisprudence, n° 1103, p. 38 à 40, note Lydie Dauxerre (« Expertise CHSCT : le prix de la contestation »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 212, p. 182-183, et la revue Droit social, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 284 à 286, note Daniel Boulmier (« CHSCT : circonstances permettant la désignation d'un expert en risques technologiques »).*

N° 704

## *1<sup>o</sup> Travail réglementation, santé et sécurité*

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Recours à un expert. - Frais d'expertise. - Contestation. - Saisine du juge. - Pouvoirs. - Étendue. - Détermination. - Portée.

## *2<sup>o</sup> Travail réglementation, santé et sécurité*

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Recours à un expert. - Cas. - Contestation. - Frais de procédure. - Charge. - Détermination. - Portée.

1<sup>o</sup> L'éventuelle acceptation par les parties intéressées, avant expertise, du tarif proposé, qui ne fait pas l'objet de l'agrément prévu par les articles R. 4614-6 et suivants du code du travail, ne peut faire échec au pouvoir que le juge tient de l'article L. 4614-13 de ce même code de procéder, après expertise, à une réduction du montant des honoraires de l'expert au vu du travail effectivement réalisé par ce dernier.

2<sup>o</sup> L'article L. 4614-13 du code du travail, aux termes duquel les frais de procédure résultant de la contestation par l'employeur de la désignation par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) d'un expert, de son coût, de l'étendue ou du délai de l'expertise sont à la charge de l'employeur dès lors qu'aucun abus du CHSCT n'est établi, ne s'applique qu'aux litiges opposant l'employeur au CHSCT.

Doit en conséquence être approuvée la décision de la cour d'appel mettant à la charge du cabinet d'expertise, au motif

que ce dernier a succombé dans toutes ses prétentions, les frais de la procédure de contestation d'honoraires diligentée par l'employeur.

**Soc. - 15 janvier 2013.**

REJET

N° 11-19.640. - CA Orléans, 2 mars 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Odent et Poulet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 6, 4 février 2013, Actualités, n° 148, p. 261, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier (« Réduction par le juge des honoraires de l'expert »). Voir également la Revue de droit du travail, n° 2, février 2013, Actualités, p. 75, note Alain Moulinier (« Contestation des honoraires de l'expert et charge des frais de la procédure »), La Semaine juridique, édition sociale, n° 9, 26 février 2013, Jurisprudence, n° 1103, p. 38 à 40, note Lydie Dauxerre (« Expertise CHSCT : le prix de la contestation »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 210, p. 180-181.*

N° 705

## Travail réglementation, santé et sécurité

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Réunion. - Demande en justice. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

En cas de défaillance de l'employeur, l'auteur d'une demande de réunion du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail présentée conformément aux dispositions de l'article L. 4614-10 du code du travail est recevable à demander en justice la réunion de ce comité.

**Soc. - 15 janvier 2013.**

CASSATION PARTIELLEMENT SANS RENVOI

N° 11-27.651. - CA Versailles, 14 septembre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Sabotier, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/13, mars 2013, décision n° 211, p. 181-182.*

N° 706

## Union européenne

Concurrence. - Entente et position dominante. - Entente. - Exemption par catégorie. - Distribution automobile. - Règlement (CE) n° 1400/2002. - Article premier, § 1, f. - Distribution sélective quantitative. - Notion de critères définis.

Par arrêt du 14 juin 2012 (affaire C-158/11), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que par les termes « critères définis », figurant à l'article premier, paragraphe 1, sous f, du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié et que, pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

En conséquence, justifie légalement sa décision de rejeter la demande de dommages-intérêts présentée en raison d'un refus

d'agrément en qualité de distributeur agréé la cour d'appel qui retient le *numerus clausus* invoqué par le concédant, fixant un certain nombre de contrats pour un certain nombre de sites, parmi lesquels le site du candidat ne figure pas, comme un critère quantitatif de sélection précis qui a été vérifié.

**Com. - 15 janvier 2013.**

REJET

N° 10-12.734. - CA Paris, 2 décembre 2009.

M. Espel, Pt. - Mme Tréard, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 31 janvier 2013, Actualité/droit des affaires, p. 236, note Éric Chevrier (« Distribution sélective quantitative : justification des critères d'exemption »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4500, p. 38-39, note Joséphine de Romanet (« Automobile et distribution sélective et quantitative : la Cour de cassation suit l'interprétation de la CJUE »).*

N° 707

## Vente

Immeuble. - Immeuble bâti. - Vendeur. - Obligations. - Fourniture d'un diagnostic technique. - Coût. - Charge. - Détermination.

Les parties à un contrat de vente d'un immeuble bâti peuvent convenir de mettre à la charge de l'acquéreur le coût du dossier de diagnostic technique prévu par l'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

CASSATION

N° 11-22.591. - Juridiction de proximité de Soissons, 9 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Georget, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 60-61, 1<sup>er</sup>-2 mars 2013, Chronique de jurisprudence de droit immobilier, p. 45, note Marine Parmentier (« Charge du coût du diagnostic technique »).*

N° 708

## Voirie

Voie publique. - Travaux de forage. - Travaux à proximité d'ouvrages souterrains. - Dommage causé aux ouvrages. - Responsabilité. - Détermination.

Une cour d'appel qui relève que les plans fournis par un exploitant d'ouvrage mentionnant le tracé de son réseau enterré ne sont pas entachés d'erreur, et retient qu'il appartient à l'entreprise qui exécute des travaux à proximité des ouvrages souterrains de prendre en compte ces informations dans la conduite de ses travaux pour déterminer la profondeur de son forage, peut en déduire que le dommage à l'ouvrage a pour seule cause la négligence de celle-ci.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 janvier 2013.**

REJET

N° 11-24.514. - CA Bordeaux, 29 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Andrich, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 60-61, 1<sup>er</sup>-2 mars 2013, Chronique de jurisprudence de droit immobilier, p. 34-35, note Marine Parmentier (« Obligations de l'entreprise réalisant des travaux à proximité d'ouvrages souterrains de télécommunication »).*



## 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) : **146,90 €<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 2013, frais de port inclus.





191137810-000513

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 :  
Daniel Tardif

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 : 8,80 €  
ISSN 0750-3865



Direction de l'information  
légale et administrative  
accueil commercial :  
01 40 15 70 10  
commande :  
Administration des ventes  
23, rue d'Estrées, CS 10733  
75345 Paris Cedex 07  
télécopie : 01 40 15 68 00  
ladocumentationfrancaise.fr