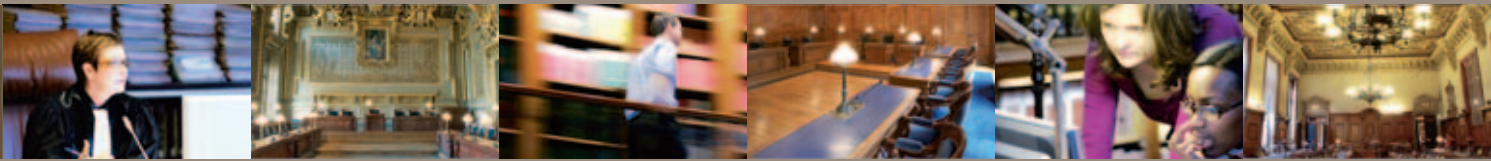


# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 783



*Publication  
bimensuelle*

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

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

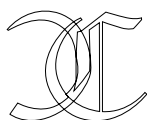
# Consultez sur www.courdecassation.fr

*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



Par arrêt du 7 février dernier, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé (*infra*, n° 801) qu'« en application de l'article 706-3 du code de procédure pénale, l'indemnisation est allouée à la victime d'un préjudice résultant de faits volontaires ou non présentant le caractère matériel d'une infraction » et qu'en conséquence, « dans l'instance introduite par le Fonds d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI) pour exercer le recours subrogatoire qu'il détient dans les droits de la victime aux termes de l'article 706-11 du code de procédure pénale, le défendeur est en droit d'opposer au FGTI les moyens de défense qu'il aurait été en mesure d'opposer à la victime subrogeante ». Commentant cette décision, Laurence Clerc-Renaud (*Gazette du Palais*, 13-14 mars 2013, p. 8 à 10) décrit le recours subrogatoire « comme un instrument qui permet de combiner la logique collective de l'indemnisation sociale et la logique individualiste du droit de la responsabilité civile ».

## Jurisprudence



La veille, la première chambre civile a jugé (*infra*, n° 806) que « les frais relatifs à l'assurance-incendie ne sont intégrés dans la détermination du taux effectif global que lorsque la souscription d'une telle assurance est imposée à l'emprunteur comme une condition de l'octroi du prêt, et non à titre d'obligation dont l'inexécution est sanctionnée par la déchéance du terme ». Dans son commentaire, Henri Heugas-Darraspen note (*Revue de droit immobilier, urbanisme, construction*, avril 2013, p. 207-208) que, par la diffusion de cet arrêt, « la Haute juridiction entend que soient inclus (ou ne le soient pas) dans l'assiette du TEG les frais d'assurance incendie imposés par le prêteur sur l'immeuble donné en garantie, selon les conditions générales d'octroi du prêt fixées par le banquier à son emprunteur », apportant, par cette solution, « un élément probablement décisif quant à l'éventuelle prise en compte des frais relatifs à l'assurance incendie pour la détermination de l'assiette du TEG ».

## Doctrine



Le 12 février, la chambre sociale a jugé (*infra*, n° 787) qu'« une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, est présumée utilisée à des fins professionnelles » et qu'« en conséquence, les dossiers et fichiers non identifiés sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors la présence du salarié ».

Dans son commentaire (*Gazette du Palais*, n° 81-82, p. 29-30), Christophe Frouin note que « ce droit d'accès de l'employeur à la clé USB du salarié n'a donc rien d'absolu, puisqu'il est subordonné au fait que ladite clé peut être présumée utilisée à des fins professionnelles », ajoutant que « même si l'arrêt ne se prononce pas sur ce point, l'employeur ne peut sanctionner le salarié en raison du contenu de la clé USB que si celui-ci caractérise un manquement à ses obligations professionnelles » (copie d'informations confidentielles de l'entreprise notamment).

Enfin, par avis du 25 mars dernier, la Cour de cassation, interrogée sur « la nature du constat d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale » et sur le point de savoir si « un tel constat d'accord, lorsqu'il concerne un mineur, oblige [...] ou non les représentants légaux de l'enfant à le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles », a estimé que, « hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit ».

# Table des matières

## Jurisprudence

Cour de cassation (\*)

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

Séance du 25 mars 2013 Page

Indemnisation des victimes d'infraction 5

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

Question prioritaire de constitutionnalité 767-768

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

4

• Accident de la circulation	769
Appel correctionnel ou de police	770-771
Architecte entrepreneur	772
Atteinte à l'autorité de l'État	773-774
Avocat	775-776
Bail commercial	777
Cassation	778
Cautionnement	779-807
Circulation routière	780
Compensation	781
Concurrence	782
Construction immobilière	783
Contrat d'entreprise	784-785
Contrat de travail, durée déterminée	786
Contrat de travail, exécution	787 à 790
Contrat de travail, rupture	791
Conventions internationales	792
Cours d'assises	802
Détention provisoire	793

Élections professionnelles	794 à 796
Enseignement	797
État civil	798-799
Fonds de garantie	800-801
Mineur	802
Presse	803
Preuve	804
Professions médicales ou paramédicales	805
Protection des consommateurs	806
Régimes matrimoniaux	807-808
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	809
Sécurité sociale	810 à 812
Sécurité sociale, accident du travail	813-814
Sécurité sociale, assurances sociales	815
Séparation des pouvoirs	816
Servitude	817
Société (règles générales)	818
Statut collectif du travail	819-820
Succession	821
Syndicat professionnel	822 à 824
Travail réglementation, contrôle de l'application de la législation	804
Urbanisme	825

\* 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.

# Jurisprudence

## Cour de cassation

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

Séance du 25 mars 2013

Titre et sommaire	Page 5
Avis	Page 5
Rapport	Page 6
Observations	Page 15

### Indemnisation des victimes d'infraction

*Procédure. - Offre d'indemnisation. - Acceptation par les représentants légaux du mineur victime. - Conditions. - Autorisation du juge aux affaires familiales. - Domaine d'application. - Étendue. - Détermination.*

Hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit.

#### AVIS

##### LA COUR DE CASSATION,

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 15 novembre 2012 par le tribunal de grande instance de Paris, reçue le 7 janvier 2013, dans une instance opposant Mme Jeannine X...-Y... au Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions, ainsi libellée :

« *Quelle est la nature du constat d'accord prévu par l'article 7065-1 du code de procédure pénale et un tel constat d'accord, lorsqu'il concerne un mineur, oblige-t-il ou non les représentants légaux de l'enfant à le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles ?* »

Sur le rapport de M. Chaumont, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Maitre, avocat général, entendu en ses conclusions orales ;

##### EST D'AVIS QUE :

Hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit.

N° F 12-70.019. - TGI Paris, 15 novembre 2012.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Chaumont, Rap., assisté de Mme Norguin, greffier en chef. - M. Maitre, Av. Gén.

# Rapport de M. Chaumont

## Conseiller rapporteur

### 1. - Rappel des faits, de la procédure et de la question posée

Anaël X..., née le 27 avril 1998, a été victime d'agressions sexuelles entre le 1<sup>er</sup> et le 31 août 2010.

Par ordonnance du 23 mai 2011, le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris a désigné une administratrice *ad hoc* pour exercer, au nom de cette victime, les droits reconnus à la partie civile.

Par jugement du 5 mars 2012, le tribunal correctionnel de Paris a déclaré M. Y... coupable d'agressions sexuelles aggravées en récidive et, statuant sur les intérêts civils, l'a condamné à verser la somme de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts à Anaël X...

Le 11 mai 2012, l'administratrice *ad hoc* a saisi la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI) de Paris.

Sa requête a été transmise par le greffe au Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI).

Le 2 juin 2012, aux termes d'un document intitulé « *constat d'accord* », le FGTI et l'administratrice *ad hoc* d'Anaël X... sont convenus du versement d'une indemnité « *fixée d'un commun accord à titre de transaction* » à 5 000 euros, l'administratrice *ad hoc* reconnaissant le FGTI « *déchargé à son égard de toutes obligations* » et s'engageant à « *reverser à cet organisme toute somme reçue au titre du même préjudice et notamment directement de la part de l'auteur des faits* ».

Le document précise que le détail de l'indemnité figure dans « *l'offre d'indemnité ci-jointe* »<sup>1</sup>.

Par décision du 15 novembre 2012, la présidente de la CIVI, saisie par le FGTI aux fins d'homologation du constat d'accord, a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

**« Quelle est la nature du constat d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale et un tel constat d'accord, lorsqu'il concerne un mineur, oblige-t-il ou non les représentants légaux de l'enfant à le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles ? »**

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

#### **2.1. - Recevabilité au regard des règles de forme**

Il résulte des énonciations de la décision de la CIVI et du dossier transmis à la Cour de cassation que la procédure de consultation, d'avis et de notification à l'égard des parties, du ministère public, du premier président et du procureur général près la cour d'appel, prescrite par les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile, a été respectée.

La demande paraît donc recevable en la forme.

Seul le FGTI a adressé des observations à la CIVI, par lettre datée du 24 octobre 2012.

#### **2.2. Recevabilité au regard des règles de fond**

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire dispose qu'« *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* ».

##### 2.2.1. Une juridiction de l'ordre judiciaire

Aux termes de l'article 706-4 du code de procédure pénale, la CIVI a le caractère d'une juridiction civile qui se prononce en premier ressort. C'est une juridiction de l'ordre judiciaire.

##### 2.2.2. Une question de droit

Est considérée comme répondant à cette exigence la question de pur droit. Ne peuvent donc donner lieu à avis les questions mélangées de fait, qui supposent l'examen de situations concrètes<sup>2</sup>.

En l'espèce, il peut être considéré que la nature du constat d'accord, et, en conséquence, la qualification de cet acte, est une question de droit au sens de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, posée de façon abstraite et portant sur des textes applicables au litige, et qu'il en est de même de celle consistant à savoir si la procédure d'autorisation du juge des tutelles doit être suivie.

##### 2.2.3. Une question nouvelle

Telle est le cas d'une question juridique non encore résolue par la Haute Cour<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cette offre n'est pas produite.

<sup>2</sup> Avis du 10 octobre 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 2.

<sup>3</sup> J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2009-2010, n° 24.32.



La Cour de cassation n'a jamais statué ou donné son avis sur l'application de l'article 706-5-1 du code de procédure pénale et, à ce jour, elle n'est saisie d'aucun pourvoi portant sur une question analogue à celle qui vous est soumise.

La question est donc nouvelle.

#### 2.2.4. Une question se posant dans de nombreux litiges

Si, selon un auteur, « *la Cour de cassation se refuse à contrôler effectivement l'existence de nombreux litiges* »<sup>4</sup>, il apparaît, pour ne pas s'en tenir exactement au libellé de la demande d'avis, que la question de l'intervention du juge des tutelles à l'occasion de la conclusion d'un accord avec le FGTI, lorsqu'un mineur est victime, est susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

#### 2.2.5. Une question présentant une difficulté sérieuse

##### 2.2.5.1. Pour présenter un caractère sérieux, une question de droit doit commander l'issue du litige<sup>5</sup>.

- Si votre Cour considère qu'elle est saisie de deux questions distinctes, consistant, d'une part, à savoir quelle est la nature du constat d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale et, d'autre part, à savoir si un tel constat, lorsqu'il concerne un mineur, oblige les représentants légaux de l'enfant à le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles, une difficulté est susceptible d'apparaître.

En effet, le président de la CIVI, saisi aux fins d'homologation d'un constat d'accord, peut se prononcer sur cette homologation sans avoir à statuer, au préalable, sur la nature de ce constat, ou, plus exactement, sur sa qualification.

Ce n'est que dans l'hypothèse où le constat d'accord concerne un mineur que ce magistrat peut être amené à s'interroger, sous les réserves qui seront exposées plus loin, sur la nature de cet acte pour déterminer si les représentants légaux doivent le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles.

La recevabilité de la première question, formulée de façon générale, est donc incertaine, en ce qu'elle ne commande pas de façon évidente l'issue du litige.

- Si vous considérez, au contraire, que les deux questions sont indissociables et qu'elles ne forment qu'un seul ensemble, la résolution de la seconde nécessitant qu'il soit répondu à la première dès lors que le régime applicable à un acte découle de sa qualification, la difficulté relative à la recevabilité qui vient d'être soulevée disparaît.

Il sera admis, pour la facilité de l'exposé, que la formation pour avis est saisie d'une seule question.

##### 2.2.5.2. Pour présenter un caractère sérieux, une question doit pouvoir donner lieu à des interprétations différentes d'égale pertinence.

Selon la doctrine, une difficulté est sérieuse lorsqu'elle peut « *raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond* »<sup>6</sup>, ou lorsque « *plusieurs solutions s'offrent raisonnablement avec une égale pertinence* »<sup>7</sup>, de sorte que la demande d'avis vise à prévenir une contrariété de jurisprudence.

Une difficulté n'est pas sérieuse, en revanche, si elle procède d'une méconnaissance du droit, soit que celui-ci comporte la solution recherchée, soit que les juges et les parties ont commis une erreur dans l'analyse juridique du litige et, en conséquence, dans l'élaboration de la question de droit ; il ne suffit donc pas qu'elle soit inédite<sup>8</sup>.

Il conviendra de dire si la difficulté présentée par la question est sérieuse, au regard des éléments de réponse suivants.

### **3. - Éléments de réponse à la question posée**

La demande d'avis conduit à définir ce qu'est le constat d'accord et à déterminer si les représentants légaux doivent le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles.

#### **3.1. Le constat d'accord de l'article 706-5-1 du code de procédure pénale : une procédure amiable innovante**

##### 3.1.1. Évolution législative

À l'occasion de l'examen en deuxième lecture à l'Assemblée nationale du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II, le rapporteur a présenté un amendement tendant à « *instituer une phase d'ordre amiable dans les procédures d'indemnisation des victimes d'infractions, dans le but d'accélérer les dossiers qui ne font pas l'objet de contestation* », en précisant que cette phase devait intervenir après la saisine de la CIVI, « *comme le souhaite d'ailleurs le Fonds de garantie, consulté sur ce point* »<sup>9</sup>.

Cet amendement, adopté sans discussion, dans sa rédaction initiale, par l'Assemblée nationale et par le Sénat, est devenu l'article 170 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui a inséré l'article 706-5-1 dans le code de procédure pénale.

<sup>4</sup> A.-M. Morgan de Ribery-Guillaud, *BICC* du 15 décembre 1993, communications, p. 14.

<sup>5</sup> Avis du 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.* 2007, Avis, n° 3 ; 20 octobre 2000, n° 02-00.014 et 02-00.015, *Bull.* 2000, Avis, n° 8.

<sup>6</sup> J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 24-33.

<sup>7</sup> Frédéric Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Chronique - XLIX, Dalloz* 1992, p. 247.

<sup>8</sup> F. Zénati, *op. cit.*

<sup>9</sup> Compte rendu intégral des débats, deuxième séance du 27 novembre 2003, article 68 bis A, déclarations de J.-L. Warsmann.

Il constitue l'étape la plus récente d'un long processus, débuté par la loi du 31 décembre 1951 créant le Fonds de garantie automobile, qui a conduit le législateur à « *se détourner du droit commun de la responsabilité civile pour transférer à la solidarité nationale la charge d'indemniser certaines catégories de victimes* »<sup>10</sup>.

Ainsi, pour éviter que des victimes d'infractions intentionnelles, dont les assurances de responsabilité excluaient la garantie, soient privées d'indemnisation lorsque l'auteur des faits était inconnu ou insolvable, la loi n° 77-194 du 3 janvier 1977, modifiée à plusieurs reprises<sup>11</sup>, a permis à ces victimes de bénéficier d'un secours dont le montant était cependant plafonné et accordé subsidiairement par des CIVI, créées dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.

Par ailleurs, à la suite de la multiplication des attentats dans les années 1980, la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 a institué un fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme, assurant à ces dernières une réparation intégrale de leur préjudice.

La loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions a opéré un rapprochement des deux régimes d'indemnisation, ouvrant la voie d'une réparation intégrale du préjudice subi par ces victimes, qui est désormais assurée par le fonds de garantie issu de la loi du 9 septembre 1986, devenu celui des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions<sup>12</sup>.

La loi du 9 mars 2004, complétée par le décret n° 2005-564 du 27 mai 2005, a redéfini le rôle du FGTI, qui n'était, jusqu'alors, que celui d'un simple organisme payeur des indemnités fixées par les CIVI<sup>13</sup>.

Désormais, c'est au FGTI qu'il revient, dans un premier temps, de déterminer et d'évaluer le préjudice subi par la victime, au cours d'une procédure amiable, obligatoire, rapide et préalable.

### 3.1.2. Économie de la procédure d'indemnisation, amiable et contentieuse

Il résulte des dispositions combinées des articles 706-3, 706-5-1, R. 50-8, R. 50-9, R. 50-12, R. 50-12-1 et R. 50-12-2 du code de procédure pénale que :

- toute personne de nationalité française ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction peut obtenir la réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à sa personne, à condition que ce préjudice présente un certain caractère de gravité ou qu'il résulte de certaines infractions limitativement énumérées par le premier de ces textes (dont les agressions sexuelles)<sup>14</sup> ;
- la CIVI<sup>15</sup> est saisie par une requête qui contient tous renseignements utiles à l'instruction de la demande d'indemnité, et notamment l'indication des atteintes à la personne du demandeur et du montant de l'indemnité réclamée devant la commission ;
- le secrétaire de la commission transmet sans délai copie de la requête et des pièces justificatives au FGTI ;
- celui-ci est tenu de présenter à la victime, dans les deux mois de la réception, une offre d'indemnisation qui indique l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice et le montant des indemnités qui reviennent à cette dernière ;
- en cas d'acceptation par la victime de l'offre d'indemnisation, le Fonds de garantie transmet au président de la commission une requête aux fins d'homologation du constat d'accord ;
- en cas d'homologation, il est conféré force exécutoire au constat ;
- en cas de refus motivé du Fonds ou de désaccord de la victime sur l'offre qui lui est faite (le silence conservé à l'expiration d'un délai de deux mois suivant la présentation valant désaccord), l'instruction de l'affaire par le président de la commission ou le magistrat assesseur se poursuit.

En cas d'échec de la procédure amiable, s'ouvre une procédure contentieuse devant la CIVI, selon un régime de réparation autonome qui répond à des règles qui lui sont propres (2<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 1992, pourvoi n° 91-12.662, *Bull.* 1992, II, n° 179), la commission devant fixer, en fonction des éléments de la cause, le montant de l'indemnité allouée, sans être tenue par l'évaluation de la juridiction de droit commun que la victime a pu saisir par ailleurs (2<sup>e</sup> Civ., 9 juin 1993, pourvoi n° 91-18.677, *Bull.* 1993, II, n° 201).

L'indemnisation du préjudice par la CIVI est cependant gouvernée par le principe de la réparation intégrale, qui exige de « *rétablir aussi exactement possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* » (ex. : 2<sup>e</sup> Civ., 9 juillet 1981, *Bull.* 1981, II, n° 156).

Ni la loi ni le décret ne prévoient l'intervention du juge des tutelles des mineurs à un moment quelconque de la procédure amiable. Il vous est demandé si ce magistrat doit autoriser le constat d'accord.

<sup>10</sup> V. Lasbordes de Virville, « Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infraction », *Revue Lamy droit civil*, avril 2007, étude 2509, p. 63.

<sup>11</sup> Lois n° 81-82 du 2 février 1981, n° 83-608 du 8 juillet 1983, n° 85-1407 du 30 décembre 1985.

<sup>12</sup> Le FGTI est doté de la personnalité civile (article L. 422-1, alinéa 2, du code des assurances), et sa gestion est confiée au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, qui est une personne morale de droit privé (article L. 421-2 du même code).

<sup>13</sup> Le FGTI est alimenté par une contribution forfaitaire de 3,30 euros prélevée sur chaque contrat d'assurance de biens souscrit auprès d'une entreprise opérant en France (article R. 422-4 du code des assurances et arrêté du 28 novembre 2008).

<sup>14</sup> L'article 706-14 permet également aux victimes de certaines infractions aux biens (vol, escroquerie notamment) d'obtenir la réparation de leur préjudice à condition de justifier d'une situation matérielle ou psychologique grave et de ressources inférieures à un plafond ; dans ce cas, l'indemnité est limitée au triple du montant mensuel de ce plafond.

<sup>15</sup> La CIVI, présidée par le juge délégué aux victimes (décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007), est composée de magistrats du siège du tribunal de grande instance et d'une ou plusieurs personnes s'étant signalées par l'intérêt qu'elles portent aux problèmes des victimes (article L. 214-2 du code de l'organisation judiciaire).

### 3.2. L'autorisation du juge des tutelles des mineurs

À titre liminaire, il convient de rappeler que :

- la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, complétée par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, a modifié certains aspects de l'administration légale des mineurs<sup>16</sup> ;

- l'article L. 213-3-1, 2°, du code de l'organisation judiciaire, issu de l'article 13-II, 2°, de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, entré en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011<sup>17</sup>, a transféré au juge aux affaires familiales la compétence en matière de tutelles des mineurs<sup>18</sup>.

Si autorisation il doit y avoir, c'est donc désormais au juge aux affaires familiales qu'il appartient de la délivrer.

#### 3.2.1. La possibilité d'une autorisation *a posteriori* ?

Le doyen Cornu définit l'autorisation comme « *la permission accordée par une autorité qualifiée à une personne d'accomplir un acte juridique* », ce qui implique que l'autorisation soit antérieure à cet acte<sup>19</sup>.

Cette antériorité est une constante du droit général des procédures sur requêtes, y compris le cas particulier des tutelles.

C'est ainsi que, dans un arrêt du 7 novembre 2006 (pourvoi n° 04-15.799, *Bull.* 2006, I, n° 460), la première chambre civile a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé qu'une souscription de parts de sociétés civiles de placement immobilier réalisée par l'administrateur légal d'un mineur sans l'accord préalable du juge des tutelles ne pouvait être régularisée au moyen d'une autorisation postérieure de celui-ci.

Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire dans le *rapport annuel de la Cour de cassation 2006*, qui a souligné qu'elle réaffirmait, « *plus d'un siècle après celui des chambres réunies du 22 mars 1897 (DP 1897, I, p. 277)*<sup>20</sup>, que l'autorisation donnée au représentant légal d'un mineur, pour être valable et garantir ses intérêts, devait être préalable à l'acte »<sup>21</sup>.

Cette jurisprudence a reçu l'approbation de la doctrine.

Un auteur précise que l'autorisation du juge des tutelles « *est une condition de fond à laquelle on ne peut pallier par le recours à la condition suspensive* »<sup>22</sup>. Un autre considère que « *le seul contrôle voulu par le législateur lorsqu'il met en place un système d'autorisation est un contrôle préventif ; l'autorisation est par nature préalable* », ce qui conduit à « *condamner le procédé, très répandu en pratique, des actes conclus sous la condition suspensive de l'autorisation du juge des tutelles (ou du conseil de famille)* »<sup>23</sup>. Un troisième souligne que « *l'autorisation du juge est (selon l'expression de M. Massip) un élément légal de la validité de l'acte et non une simple approbation a posteriori* », « *le juge ne devant pas être mis devant le fait accompli* », même si, en pratique, « *les parties [sont] persuadées dans nombre de cas que l'accord du juge possédera un effet rétroactif et validera l'opération a posteriori* »<sup>24</sup>.

À défaut de cette autorisation, les actes faits par le représentant légal du mineur sont atteints d'une nullité relative qui résulte du dépassement de ses pouvoirs ; elle peut toutefois disparaître, soit par la confirmation de l'acte, soit par la prescription de l'article 1304 du code civil (assemblée plénière, 28 mai 1982, pourvoi n° 79-13.660, *Bull.* 1982, Ass. plén., n° 3).

La demande d'avis se heurte, en conséquence, à un obstacle, puisqu'elle vous interroge sur le point de savoir si les représentants légaux d'un mineur sont obligés de soumettre à l'autorisation du juge des tutelles le constat d'accord dont ils sont convenus avec le FGTL.

Or, si une telle autorisation est requise, elle doit être délivrée en amont de l'acte, c'est-à-dire avant que les représentants légaux n'acceptent l'offre d'indemnisation du FGTL, et non après que l'accord est conclu et constaté.

La demande peut-elle être reformulée ?

S'agissant des questions prioritaires de constitutionnalité, vous admettez qu'une reformulation est possible par le juge « *à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification* », mais qu'« *il ne lui appartient pas d'en modifier l'objet et la portée* » (3<sup>e</sup> Civ., 13 juillet 2011, QPC n° 11-40.026, *Bull.* 2011, III, n° 135)<sup>25</sup>.

En l'espèce, la reformulation de la demande d'avis consisterait à introduire la notion d'antériorité de l'autorisation du juge aux affaires familiales par rapport au constat d'accord. Si votre formation l'admettait, il y aurait lieu de déterminer dans quelles hypothèses l'autorisation du juge des tutelles est obligatoire.

<sup>16</sup> Guy Raymond, « Administration légale et tutelle », *Rep. Civ. Dalloz*, n° 1.

<sup>17</sup> Sur l'entrée en vigueur de l'article 13-II, 2°, voir les circulaires de la DSJ du 4 août 2009 et du 22 juin 2010.

<sup>18</sup> Article L. 213-3-1, 2°, du code de l'organisation judiciaire : le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît de l'administration et de la tutelle des mineurs.

<sup>19</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 95, PUF.

<sup>20</sup> *Bull.* 1897, chambre réunies, n° 44.

<sup>21</sup> *Rapport annuel 2006*, quatrième partie, jurisprudence de la Cour, « Le droit des personnes et de la famille, incapacités ».

<sup>22</sup> Jean-Marie Plazy, *JCP 2008*, édition N, n° 13, 1161, note sous CA Riom du 4 octobre 2007.

<sup>23</sup> Claire Farge, *revue Droit et patrimoine*, 2000, n° 85, p. 78.

<sup>24</sup> Jérôme Casey, *Revue juridique personnes et famille*, n° 3, mars 2007.

<sup>25</sup> Le premier président de la Cour de cassation, s'exprimant devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, avait déclaré que « *dans la mesure où le juge n'aurait pas le pouvoir de relever d'office une question de constitutionnalité, il ne devrait pas davantage avoir celui de reformuler une question posée par une partie. S'il peut envisager de réécrire, dans un français plus clair, une question maladroitement formulée, le juge ne saurait cependant en dénaturer le sens dans la mesure où la loi lui fait obligation d'en vérifier la recevabilité au regard des questions de fond qu'elle pose* » in rapport n° 1898 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, p. 186.

### 3.2.2. L'exigence d'une autorisation

Dans chacun des régimes de représentation du mineur (administration légale pure et simple ou sous contrôle judiciaire, tutelle), certains actes ne peuvent être accomplis par le représentant légal qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Il en est de même lorsqu'un administrateur *ad hoc* est nommé, à l'occasion ou non d'une procédure, en raison de l'opposition d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux (1<sup>re</sup> Civ., 8 mars 1988, pourvoi n° 86-16.153, *Bull.* 1988, I, n° 63).

Dans l'administration légale pure et simple, même d'un commun accord, les parents ne peuvent renoncer à un droit pour le mineur sans y être autorisés par le juge des tutelles (article 389-5, alinéa 3, du code civil).

Ils peuvent, en revanche, conclure seuls des actes de disposition.

Ils peuvent également transiger sans y être autorisés (articles 389-5, alinéa premier, 505 et 506 du code civil), excepté en matière d'indemnisation par un assureur du préjudice résultant d'un accident de la circulation (article L. 211-15 du code des assurances) et d'indemnisation par le FGTI du dommage causé par un acte de terrorisme (article L. 422-2 du même code, qui renvoie expressément à l'article L. 211-15) puisque, dans ces cas, l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire.

À défaut d'accord entre les parents, cette autorisation est nécessaire pour les actes de disposition et pour les transactions (articles 389-5, alinéa 2, 505, alinéa premier, et 506 du code civil).

Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, dans la tutelle ou lorsqu'un administrateur *ad hoc* est désigné, l'administrateur ou le tuteur ne peut conclure un acte de disposition ni transiger sans l'autorisation du juge des tutelles (articles 389-6 et 505, alinéa premier, et 506).

Ainsi, pour savoir si le juge aux affaires familiales doit autoriser les représentants légaux de l'enfant à conclure un accord avec le FGTI, il y a lieu de déterminer si ce constat doit être qualifié de transaction ou d'acte de disposition et s'il constitue une renonciation à un droit.

#### 3.2.2.1. Constat d'accord et transaction

Tout d'abord, il peut être relevé que la loi a qualifié de « *constat d'accord* », et non de « *transaction* », l'accord conclu entre la victime et le Fonds d'indemnisation (article 706-5-1 du code de procédure pénale), alors que, dans les hypothèses précitées d'indemnisation suite à un accident de la circulation, ou un acte de terrorisme, le législateur a qualifié de transaction l'accord passé entre la victime et, selon le cas, l'assureur ou le FGTI.

De même, dans la procédure d'indemnisation des victimes du VIH, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a pris soin de préciser que l'acceptation de l'offre de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) valait « *transaction au sens de l'article 2044 du code civil* » (article L. 1142-14 du code de la santé publique).

Ajoutons que le concept juridique de « constat d'accord », distinct de celui de transaction, n'est pas inconnu en droit positif. Il est utilisé en matière de résolution amiable des conflits (articles L. 231-3 du code de l'organisation judiciaire, 131, 833 et 1540 du code de procédure civile, R. 1-2-10 du code des postes et communications électroniques) et par la jurisprudence (2<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> février 2001, pourvoi n° 99-13.600, à propos du constat d'accord d'un conciliateur judiciaire).

Relevons également que cette qualification légale, transaction ou constat d'accord, s'impose au juge, comme l'illustre l'arrêt de la première chambre civile du 20 janvier 2010 (pourvoi n° 08-19.627, *Bull.* 2010, I, n° 13).

Une cour d'appel avait jugé que l'accord des parties sur le montant des sommes dues au titre des frais de tierce personne à un majeur sous tutelle à la suite d'un accident de la circulation n'était pas une transaction, la victime n'ayant pas renoncé à un droit, ni fait aucune concession.

Cette décision a été cassée, au visa des articles L. 21-15 du code des assurances et 1131 du code civil, au motif que « *la loi du 5 juillet 1985 instituant un régime d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation, d'ordre public, dérogeant du droit commun, qualifie de transaction la convention qui se forme entre la victime et l'assureur, de sorte que cet accord devait être soumis à l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles* »<sup>26</sup>.

Enfin, si le constat d'accord de l'article 706-5-1 du code de procédure pénale se rapproche de la transaction, définie par l'article 2044 du code civil comme « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »<sup>27</sup>, il s'en distingue sensiblement en ce qu'il s'inscrit dans un processus judiciaire dont il n'est qu'une étape puisque, après la phase amiable et obligatoire organisée sous l'égide de la CIVI, il doit être soumis pour homologation au président de cette juridiction et qu'il n'a pas, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, à l'inverse de ce que prévoit, pour la transaction, l'article 2052 du code civil.

C'est, du reste, la position qu'exprime le FGTI dans ses observations adressées à la CIVI, en soutenant qu'à la différence d'une transaction, le constat d'accord est dénué, en lui-même, de toute conséquence juridique, puisque seul le constat homologué a force exécutoire et contraint le Fonds de garantie au paiement.

Il peut, en conséquence, être avancé que le constat d'accord n'est pas une transaction.

<sup>26</sup> Dans le même sens : 2<sup>e</sup> Civ., 16 novembre 2006, pourvoi n° 05-18.631, *Bull.* 2006, II, n° 320.

<sup>27</sup> Ce qui peut expliquer l'usage de ce mot dans le constat d'accord qui a servi de support à la présente demande d'avis.

### 3.2.2.2. Constat d'accord et renonciation à un droit

La question de savoir si, en acceptant l'offre du FGTI, la victime renonce à un droit est plus délicate.

Certes, un auteur relève que « *la renonciation à un droit a été entendue de manière extensive par la jurisprudence* »<sup>28</sup>.

De plus, il peut être admis que les faits dont le mineur a été victime ont fait naître dans son patrimoine le droit d'obtenir, devant la CIVI, la réparation intégrale de son préjudice, et que le représentant légal renonce pour lui, de façon anticipée, à ce droit en acceptant l'offre du Fonds.

C'est le sens d'un arrêt ancien de la chambre mixte du 29 janvier 1971 (*Bull.* 1971, Ch. mixte, n° 34), qui a cassé une décision ayant admis qu'un administrateur légal, agissant avec le consentement de son conjoint, pouvait signer, sans l'autorisation du juge des tutelles, un acte intitulé « *arrangement amiable* », constatant la renonciation des représentants légaux d'une mineure victime de viols à toutes autres indemnités et dédommagements que ceux convenus, et entraînant l'extinction de l'action civile.

La haute juridiction a jugé que « *tout en se présentant comme une transaction, l'acte constituait une renonciation à un droit au sens de l'article 389-5, alinéa 3, du code civil et que sa validité était subordonnée à l'autorisation du juge des tutelles* »<sup>29</sup>.

Commentant cet arrêt, un auteur a indiqué qu'une « *évaluation conventionnelle forfaitaire comportait d'abord et avant tout renonciation à cette garantie que constitue le recours à la justice en vue d'une évaluation objective* »<sup>30</sup>.

Cependant, à la différence de cette renonciation « sèche », dans le cas de l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, l'abdication qui résulte de l'acceptation de l'offre du FGTI est soumise à la condition de l'homologation du constat d'accord par le président de la CIVI.

Si cette homologation est refusée, « *l'instruction se poursuit* », selon les termes de l'article 706-5-1, alinéa 4, et la victime dispose à nouveau de son droit d'action devant la CIVI, qu'elle peut saisir d'une demande d'indemnité augmentée, le cas échéant, dans son *quantum*.

La CIVI retrouvera son rôle d'origine en fixant l'indemnité revenant à la victime, dont le FGTI assurera le règlement.

Il n'en reste pas moins que si l'homologation est prononcée, la victime ne pourra plus agir contre le FGTI.

Mais la question reste posée de savoir si une renonciation sous condition est une renonciation au sens de l'article 389-5 du code civil.

Il appartiendra à votre formation de la trancher pour dire si, dans l'administration légale pure et simple, lorsque les parents agissent d'un commun accord, l'autorisation judiciaire est requise.

Une autre question reste en suspens.

L'article 706-8 du code de procédure pénale prévoit que si des poursuites pénales ont été engagées et que la juridiction statuant sur les intérêts civils alloue des dommages-intérêts d'un montant supérieur à l'indemnité accordée par la commission, l'article 706-8 du code de procédure pénale permet à la victime de demander un complément d'indemnité.

Mais la victime le peut-elle lorsqu'un constat d'accord a été conclu et homologué ?

Le texte ne se réfère qu'à l'indemnité accordée par la commission, ce qui paraît impliquer qu'un jugement de la CIVI allouant une indemnisation a été rendu, et pas seulement une décision d'homologation.

Il y aurait donc, dans cette situation, une autre abdication potentielle.

Sur ce point, les juges du fond apparaissent divisés : la cour d'appel de Riom, dans un arrêt du 15 mai 2012 (RG n° 11/011999), a débouté une victime de sa demande d'indemnité, alors que la cour d'appel de Rennes, dans une décision du 9 janvier 2013 (RG n° 11/05777), y a fait droit en retenant que « *les dispositions qui permettent de remettre en cause une décision définitive de la CIVI précédemment intervenue s'appliquent également nécessairement à l'homologation par le président de la CIVI d'un accord intervenu entre les victimes et le Fonds de garantie* »<sup>31</sup>, ce qui démontre l'existence d'une difficulté d'interprétation.

### 3.2.2.3. Constat d'accord et acte de disposition

Aux termes de l'article 496 du code civil, issu de la loi du 5 mars 2007, sont regardés comme des actes de disposition ceux qui engagent le patrimoine du mineur « *de manière durable et substantielle* ».

Ce texte renvoie à un décret en Conseil d'État la charge de fixer la liste de ces actes.

Cette liste est établie par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle et en tutelle.

Le texte réglementaire ajoute à la définition légale en disposant que « *constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire* » (article 2, alinéa premier).

Dans une première annexe, seconde colonne, le décret énumère la liste des actes « *regardés comme actes de disposition* » et, dans une seconde annexe, seconde colonne, il dresse « *une liste non exhaustive d'actes qui*

<sup>28</sup> Guy Raymond, *op. cit.*, n° 94.

<sup>29</sup> Dans sa rédaction alors applicable, cet article prévoyait que l'administrateur légal ne pouvait, même avec le consentement de son conjoint, renoncer pour le mineur à un droit sans l'autorisation du juge des tutelles.

<sup>30</sup> *RTD civ.* 1971, 689, obs. Hébraud.

<sup>31</sup> Ces deux arrêts sont diffusés sur la base de données *Jurica*.

sont regardés comme des actes de disposition, à moins que les circonstances d'espèce ne permettent pas au tuteur de considérer qu'ils répondent aux critères de l'alinéa premier en raison de leurs faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie ».

Notre collègue Thierry Fossier souligne que « la chancellerie et le Conseil d'État ont décliné de la sorte les mots "durable et substantielle" que comporte l'article 496 [et qu'] ils ont tenté de regrouper les trois critères fondamentaux (juridique : altération des prérogatives - et économiques : réduction de valeur, modification de contenu) que proposait la doctrine »<sup>32</sup>.

En dépit de cette clarification, un auteur estime que les critères dégagés « sont encore trop flous pour permettre de déterminer avec exactitude à quel type d'acte le représentant est confronté » et que « la portée des annexes n'est pas claire », puisque reste posée la question de savoir si, à l'inverse de l'annexe II, l'annexe I est exhaustive<sup>33</sup>.

Un autre auteur relève également cette ambiguïté<sup>34</sup>, tandis que M. Massip, qui estime que « les tribunaux en présence d'un acte qui ne figurerait dans aucun des deux tableaux pourraient toujours décider que cet acte est d'administration ou de disposition puisque la liste de la deuxième annexe n'est pas exhaustive »<sup>35</sup>, dénonce tout de même les « regrettables incertitudes qui découlent du décret de 2008 »<sup>36</sup>.

Quoi qu'il en soit, on observera qu'aucune des annexes n'inclut le constat d'accord, alors que l'annexe I vise la transaction par référence à l'article 506 du code civil et, depuis un ajout opéré par le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009, « tout acte de procédure qui emporte perte du droit d'action », ce qui recouvre les cas d'acquiescement à un jugement et de désistements (d'action et d'appel).

Ne peut-il être avancé, malgré tout, qu'en acceptant l'offre du FGTI, le représentant légal « engage le patrimoine de la personne protégée de manière durable et substantielle », et, plus précisément, « par une altération durable des prérogatives de son titulaire », ne serait-ce que parce qu'une telle acceptation implique une renonciation anticipée au droit d'action et, le cas échéant, une perte de chance d'amélioration de son patrimoine ?

Une telle affirmation, si elle paraît convaincante, doit cependant être formulée avec prudence compte tenu, comme cela a été évoqué précédemment, du fait que le constat d'accord est soumis à la condition de l'homologation d'un juge et, surtout, de l'absence de jurisprudence, les dispositions de l'article 496 du code civil et du décret du 22 décembre 2008 et leur délicate articulation n'ayant jamais été livrées à l'interprétation de votre Cour.

Répondre à la question de la nécessité de l'autorisation du juge aux affaires familiales ne dispense pas de s'interroger sur son opportunité au regard des rôles respectifs de ce magistrat et du juge de l'homologation.

### 3.3. Juge aux affaires familiales et juge de l'homologation, des rôles complémentaires ?

#### 3.3.1. Les dangers potentiels de la procédure amiable

Lors du colloque organisé à la Cour de cassation le 20 janvier 2012 à l'occasion des vingt ans du FGTI, Mme le professeur Porchy-Simon a mis en exergue l'aggravation du traumatisme des victimes d'infraction par le sentiment de n'avoir pas été victimes de la fatalité, mais d'une intention « particulièrement insupportable car le dommage a été voulu ».

Elle a mis en lumière le rôle singulier du FGTI, à qui la loi a confié la charge tout à la fois d'identifier et d'évaluer les préjudices de la victime et de les indemniser, tout en soulignant que la loi du 9 mars 2004 avait aligné ainsi ses prérogatives sur celles de ses homologues (Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, ONIAM) et qu'elle avait permis une accélération de la procédure d'indemnisation.

Mais elle s'est fait l'écho, de même qu'un autre éminent professeur<sup>37</sup>, des critiques adressées à ces organismes qui, lorsqu'ils cumulent les fonctions d'évaluation et de règlement, ont tendance à minimiser les préjudices, et elle a souligné le déséquilibre existant entre, d'une part, un service spécialisé et aguerri, et, d'autre part, une victime fragilisée, ignorant les barèmes et ses droits et qui n'est pas en mesure de négocier une juste indemnité.

Des insuffisances concernant la procédure d'indemnisation peuvent également être relevées.

Ainsi, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire et les textes ne prévoient aucune information spécifique de la victime.

De plus, aucune sanction n'est organisée en cas d'offre insuffisante ou tardive du FGTI, et la victime ne dispose pas de la faculté de dénoncer l'accord, au contraire de ce que prévoit la loi en matière d'accidents de la circulation, d'accidents médicaux et d'actes de terrorisme (articles L. 211-13, L. 211-14, L. 215-16, L. 422-2 du code des assurances et L. 1142-14 du code de la santé publique).

Précisons toutefois que, s'agissant du FGTI, les différences qui existent selon qu'il agit à la suite d'un acte de terrorisme ou d'une infraction pénale peuvent s'expliquer par la circonstance que, dans le premier cas, il lui incombe également la charge d'assister les victimes dans la constitution de leur dossier d'indemnisation et

<sup>32</sup> Thierry Fossier, « Acte de gestion du patrimoine des personnes protégées - à propos du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 », *JCP* 2009, éd. G., n° 3, 14 janvier 2009, act. 20.

<sup>33</sup> Ingrid Maria, « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées - Approche critique du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 », *revue Droit de la famille*, n° 10, octobre 2009, étude 31.

<sup>34</sup> Nathalie Peterka, *Juris-Classeur notarial*, fasc. 40 : gestion du patrimoine des personnes en tutelle.

<sup>35</sup> J. Massip, *op. cit.*, n° 636.

<sup>36</sup> J. Massip, *JCP* 2012, éd. N, n° 11, 16 mars 2012, 1134, note sous 1<sup>er</sup> Civ., 18 mai 2011.

<sup>37</sup> Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, « *Droit du dommage corporel* », Précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, n° 855.

de déterminer le montant de l'indemnité (articles L. 422-2, R. 422-6 et R. 422-8 du code des assurances) et, surtout, par le fait qu'au terme de la procédure, qui ne comprend qu'une seule phase, c'est une transaction qui est conclue.

Notre collègue Mme Caron-Dégliise, intervenant également au cours du colloque du 20 janvier 2012, a mis également en évidence la nécessaire protection des victimes les plus vulnérables, en mettant l'accent sur les difficultés qu'elles peuvent éprouver pour apprécier les propositions faites par le Fonds de garantie.

Dans ce contexte, le seul contrôle judiciaire prévu par la loi au terme de la négociation entre le Fonds de garantie et la victime revêt une particulière importance.

### 3.3.2. L'étendue du contrôle exercé par le juge homologateur

L'article 705-5-1 du code de procédure pénale est peu disert, puisqu'il dispose seulement qu'« en cas d'acceptation par la victime d'une offre d'indemnisation, le Fonds de garantie transmet le constat d'accord au président de la commission d'indemnisation aux fins d'homologation ».

L'article R. 50-12-2 du même code est un peu plus précis, puisqu'il prévoit qu'« en cas d'homologation », « il est conféré force exécutoire au constat », ce qui permet d'en déduire qu'un refus d'homologation est possible.

Le laconisme des textes laisse en suspens plusieurs questions qui se sont déjà posées à propos de la décision, prévue par l'ancien article 1441-4 du code de procédure civile, conférant force exécutoire à la transaction, et qui, après d'âpres controverses doctrinales<sup>38</sup>, ont été progressivement résolues par la jurisprudence au terme de débats juridiques approfondis.

Quelle est la nature de cette décision ? De quels recours relève-t-elle ? Quelle est la portée du contrôle du juge ?

La deuxième chambre civile a jugé, dans un premier arrêt, que l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4<sup>39</sup> était « une ordonnance sur requête au sens de l'article 812, alinéa premier, soumise aux recours prévus par l'article 496 du même code » (24 mai 2007, pourvoi n° 06-11.259, *Bull.* 2007, II, n° 133), puis, dans un second temps, elle a approuvé une décision ayant énoncé que « lorsque le président du tribunal de grande instance statue en application de l'article 1441-4 du code de procédure civile, son contrôle ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité avec l'ordre public et aux bonnes mœurs » (26 mai 2011, pourvoi n° 06-19.527, *Bull.* 2011, II, n° 120).

Le raisonnement selon lequel l'attribution de la force exécutoire est « constitutive », puisque la force exécutoire ne préexiste pas à la décision du juge, laquelle n'est pas un simple enregistrement<sup>40</sup>, ce qui a conduit à retenir l'existence d'une véritable décision de justice, pourrait être repris à propos de la décision d'homologation du constat d'accord par le président de la CIVI.

Mais la question de l'étendue de son contrôle reste entière.

S'agit-il d'un contrôle formel et de légalité, ou approfondi et d'opportunité ?

Le doyen Cornu définit l'homologation comme « une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice »<sup>41</sup>.

À certaines occasions, comme dans le cas de l'homologation de la convention par laquelle des parents organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, le législateur prescrit au juge de vérifier que la convention préserve les intérêts de l'enfant et que le consentement a été donné librement (article 373-2-7 du code civil)<sup>42</sup>.

Dans d'autres hypothèses, il laisse au juge « le soin d'interpréter son silence »<sup>43</sup>.

Cette interprétation peut se faire à la lumière de l'article 25 du code de procédure civile, qui dispose que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité de requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle », ce qui paraît correspondre à la situation présente.

Des autorités doctrinales soulignent que deux conditions doivent être réunies pour que le juge manifeste son activité en matière gracieuse : que surgisse une situation dépourvue de caractère contentieux et que cette situation ne puisse produire effet sans l'intervention d'un magistrat chargé d'exercer un contrôle, par une autorisation, une homologation ou la constatation d'un accord.

Elles ajoutent que, dès lors, « le contrôle du juge est double : un contrôle de légalité, car il s'assure que les conditions objectives de la légalité de l'acte juridique qui lui est soumis sont réunies, et un contrôle de légitimité, d'opportunité ».

Elles distinguent ainsi l'acte juridictionnel, qui implique ce contrôle, comme le jugement d'expédient, de l'acte judiciaire, qui ne l'inclut pas, tel le « jugement » de donné-acte d'un accord, dont le juge ne peut apprécier le bien-fondé<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Voir, notamment Y. Desdevise, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables », *D.* 2000, p. 284.

<sup>39</sup> Cet article a été abrogé par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012.

<sup>40</sup> Voir l'analyse de T. Moussa dans son rapport sur le pourvoi n° 06-19.527 ayant donné lieu à l'arrêt de la deuxième chambre civile du 26 mai 2011, *Bull.* 2011, II, n° 120, et la note de H. Croze et de O. Fradin, *JCP* 2007, éd. G, II, 10172, sous 2<sup>e</sup> Civ., 24 mai 2007.

<sup>41</sup> G. Cornu, *op. cit.*, p. 426.

<sup>42</sup> L'article 232 du code civil confère également au juge aux affaires familiales le pouvoir de refuser l'homologation de la convention réglant les conséquences du divorce s'il constate qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

<sup>43</sup> C. Hugon, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *Petites Affiches*, 11 décembre 2003, n° 247, p. 4.

<sup>44</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 29<sup>e</sup> édition, n° 211 et 245.

D'autres auteurs considèrent également que l'homologation « *requiert un contrôle substantiel de l'acte* »<sup>45</sup>.

Par ailleurs, relevons que la chambre sociale, faisant application de l'article 131-12 du code de procédure civile<sup>46</sup>, a jugé que le magistrat « *n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties, mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles* »<sup>47</sup>.

Or, tant la médiation de l'article 131-12 que la procédure amiable de l'article 706-5-1 du code de procédure pénale s'inscrivent dans un processus judiciaire.

Il pourrait donc être soutenu, dans le prolongement de cette jurisprudence, que le contrôle que le président de la CIVI exerce à l'occasion de l'homologation du constat d'accord n'est pas purement formel, mais qu'il lui appartient de vérifier que l'intérêt de la victime est préservé, et plus particulièrement de veiller à ce que le principe de la réparation intégrale est respecté<sup>48</sup>.

C'est le souhait qu'a exprimé Mme Porchy-Simon, lors du colloque du 20 janvier 2012, compte tenu des insuffisances de la procédure qui ont déjà été relevées.

Il existe trop peu de décisions des juges du fond diffusées sur *Jurica* pour permettre une analyse pertinente de la jurisprudence, mais deux décisions méritent d'être citées : un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 2 décembre 2010 (RG n° 09/04660), qui retient que l'article R. 50-12-2 « *réserve implicitement la possibilité pour le président de la commission de ne pas homologuer l'accord intervenu par l'acceptation de l'offre d'indemnisation* » et celui de la cour d'appel de Chambéry du 7 juillet 2011 (RG n° 09/02097), qui énonce que « *le protocole d'accord qui a été régularisé préserve les intérêts des parties* », ce qui implique un contrôle d'opportunité.

Si le magistrat homologateur exerce un contrôle substantiel, l'intervention éventuelle du juge aux affaires familiales ne ferait-elle pas double emploi ?

### 3.3.3. Le rôle protecteur du juge aux affaires familiales

Dans le rapport qu'elle a remis au garde des sceaux le 30 juin 2008, la commission sur la répartition du contentieux présidée par M. Guinchard a souligné « *le lien étroit entre l'administration légale relevant du juge des tutelles et l'autorité parentale quant à la personne de l'enfant relevant en principe du juge aux affaires familiales* », et elle a émis l'avis que « *la distinction entre un juge des intérêts patrimoniaux et un juge de la personne ne semblait pas résister à la globalité des situations en cause et à l'évolution des missions du juge aux affaires familiales* ».

La commission a relevé également que, « *dans tous les cas, c'est l'intérêt de l'enfant qui guide le juge dans sa décision, qui sera d'autant plus aisée à prendre qu'il disposera d'une vision globale de la situation de l'enfant et de sa famille* »<sup>49</sup>.

Cette vision d'ensemble du juge aux affaires familiales, au-delà du simple aspect patrimonial, a été relevée par Mme Caron-Déglièse au cours de son intervention du 20 janvier 2012.

Celle-ci a également mis en exergue la capacité de ce magistrat à prendre en compte les intérêts spécifiques de la personne vulnérable, qu'elle soit mineure ou majeure, comme, par exemple, son projet de vie, et à apprécier au mieux le choix d'une indemnisation sous forme de rente plutôt qu'en capital.

Ceci le conduit, comme le relèvent des auteurs, à « *confronter le fait au droit* » et à exercer un contrôle de « *légalité, ne serait-ce que pour apprécier si l'on est bien en présence d'un acte qui requiert son autorisation, et d'opportunité, puisqu'il a la faculté de refuser l'autorisation qui lui est demandée. S'il l'accorde, il peut la subordonner à certaines conditions* »<sup>50</sup>.

Cette appréhension globale de la famille, qui fait défaut au président de la CIVI, lequel n'intervient que ponctuellement, et sous un angle précis, et l'exercice d'un contrôle étendu pourrait justifier l'insertion, dans le dispositif d'indemnisation amiable, d'une autorisation du juge aux affaires familiales.

Il pourrait être objecté cependant qu'une telle intervention rendrait plus complexe et plus lente la procédure<sup>51</sup>, ce qui irait à l'encontre de l'objectif de célérité affirmé par le législateur, qu'elle susciterait de nouvelles interrogations juridiques (par exemple, sur le contrôle du remploi des fonds versés par le FGTI) et qu'elle créerait des risques de divergences de décisions (en cas d'autorisation suivie d'un refus d'homologation ou, en présence de plusieurs victimes mineures et de pluralité de juges aux affaires familiales, en cas de divergences entre eux).

Il pourrait être opposé également que le juge aux affaires familiales, au contraire du président de la CIVI, n'est pas un spécialiste de l'indemnisation, dont il ne maîtrise pas les mécanismes ni ne connaît la jurisprudence applicable, qu'il est donc peu à même d'apprécier la justesse de l'offre du Fonds et que l'intervention de ce second magistrat dans une même procédure serait superfétatoire.

Mais ces objections pourraient paraître de peu de poids au regard de la protection de l'intérêt de l'enfant qu'est susceptible de garantir, comme cela a été soutenu, le juge aux affaires familiales.

<sup>45</sup> H. Croze, O. Fradin, note sous 2<sup>e</sup> Civ., 24 mai 2007, précité.

<sup>46</sup> Cet article dispose que « *le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent ; l'homologation relève de la matière gracieuse* ».

<sup>47</sup> Soc., 18 juillet 2001, pourvois n° 99-45.534 et n° 99-45.535, *Bull.* 2001, V, n° 279.

<sup>48</sup> Sur ce point, Mme V. Lasbordes de Virville (article précité) est réservée, mais estime que « *l'homologation par le président de la CIVI contribue dans une certaine mesure au respect du principe de l'intégralité de la réparation* », même si « *le contrôle judiciaire de l'équilibre de l'accord amiable apparaît relativement limité* ».

<sup>49</sup> Rapport de la commission sur la répartition du contentieux, p. 220 et 226.

<sup>50</sup> V. Larribau-Tourneyre et M. Azavant, « Administration légale et tutelle », *Rep. pr. civ. Dalloz*, juin 2012, n° 93.

<sup>51</sup> Le juge aux affaires familiales exerçant les fonctions de juge des tutelles des mineurs dispose d'un délai de trois mois pour statuer sur les requêtes qui lui sont adressées (article 1229 du code de procédure civile), mais aucune sanction n'est prévue en cas de dépassement de ce délai, comme, du reste, de ceux qui sont fixés à l'occasion de la procédure amiable devant la CIVI.



# Observations de M. Maître

## Avocat général

Par ordonnance du 15 novembre 2012, le président de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions de Paris saisissait la Cour de cassation, en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, de la demande d'avis suivante :

« *Quelle est la nature du constat d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale et un tel constat d'accord, lorsqu'il concerne un mineur, oblige-t-il ou non les représentants légaux de l'enfant à le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles ?* »

### **1. - Faits de la procédure ayant donné lieu à la demande d'avis**

Au cours du mois d'août 2010, Yusuf Y..., 31 ans, faisait subir diverses violences à caractère sexuel à la jeune Anaël X..., alors âgée de 12 ans, dont il était l'ami de la mère.

Renvoyé devant le tribunal correctionnel de Paris par ordonnance du juge d'instruction, Yusuf Y... était, par jugement contradictoire du 5 mars 2012, déclaré coupable du délit d'agression sexuelle imposée à un mineur de 15 ans en état de récidive légale et condamné à la peine de trois ans d'emprisonnement, dont un an avec mise à l'épreuve pendant cinq ans.

Sur constitution de partie civile de Jeanine Z...-A..., administrateur *ad hoc* de Anaël X..., le tribunal correctionnel condamnait l'auteur des faits au paiement de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts.

Par lettre du 7 mai 2012, l'administrateur *ad hoc* saisissait la présidente de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions de Paris (la CIVI) d'une demande d'indemnisation de la mineure Anaël X... d'un montant de 5 000 euros.

Le 23 mai 2012, le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions (le FGTI) acceptait d'indemniser le préjudice de la jeune fille sur les bases demandées.

L'accord ainsi intervenu donnait lieu à rédaction d'un écrit qui, sous le titre « constat d'accord », énonçait notamment :

« *L'indemnité revenant à Mlle Anaël X... est fixée, d'un commun accord, à titre de transaction, en réparation de tous dommages résultant des faits, à la somme de 5 000 euros dont le détail figure dans l'offre d'indemnité ci jointe* ».

Il était signé par les deux parties, FGTI et administrateur *ad hoc*, et était soumis, pour homologation, au président de la CIVI.

C'est dans ces conditions que ce magistrat, après avoir, selon les énonciations de la décision qu'il a rendue, régulièrement sollicité, conformément aux dispositions de l'article 1031-1 du code de procédure civile, les observations du ministère public et des parties, a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis formulée dans les termes ci-dessus rappelés.

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

Selon l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, une juridiction de l'ordre judiciaire peut solliciter l'avis de la Cour de cassation à la quadruple condition que la question porte sur une question de droit, qu'elle soit nouvelle, qu'elle présente une difficulté sérieuse et qu'elle se pose dans de nombreux litiges.

À ces quatre conditions fixées par la loi, la Cour de cassation en a ajouté une cinquième, consistant à exiger que la question posée conditionne l'issue du litige en cours.

Il doit être noté que la demande d'avis, bien que formulée en une seule et même phrase, comporte deux questions distinctes, dont la recevabilité devra, dès lors, être appréciée séparément.

S'il n'est pas contestable que les deux questions émanent bien d'une juridiction de l'ordre judiciaire et qu'elles portent, toutes deux, sur des problèmes de droit, leur conformité aux autres conditions de recevabilité doit être examinée de façon plus attentive.

a) Sur la première question : « *Quelle est la nature du constat d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale ?* »

Dans sa première partie, la demande d'avis soumise à la Cour porte, de façon explicite, sur la qualification de l'accord intervenu entre les parties, question qui, aux termes de l'article 12 du code de procédure civile, relève, en principe, de l'office du juge.

Il apparaît, en outre, que cette interrogation, considérée en elle-même, de façon indépendante, ne commande pas l'issue du litige.

Il semble donc que la Cour devra s'interroger sur la recevabilité de cette première question, en raison de son caractère d'ordre général et de son absence de lien direct avec l'issue du litige.

Ce n'est qu'en la reliant à la seconde question formulée, dont elle apparaît alors comme une sorte de prémisse, qu'elle prend un sens quant à l'issue du litige ; mais, ainsi agrégée, elle suit nécessairement le sort de la recevabilité de la question dont elle constitue un développement.

b) Sur la seconde question : « un tel constat d'accord, lorsqu'il concerne un mineur, oblige-t-il ou non les représentants légaux de l'enfant à le soumettre à l'autorisation du juge des tutelles ? »

À s'en tenir à ses termes précis, la question formulée est ambiguë, voire contradictoire.

En effet, elle porte sur l'obligation de solliciter une « autorisation » du juge des tutelles, pour un accord que la question présente comme déjà intervenu entre le représentant légal et le Fonds de garantie des victimes.

Or l'on sait qu'une autorisation, « permission accordée par une autorité qualifiée à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule »<sup>1</sup>, doit, évidemment, précéder l'acte qu'elle concerne et non le suivre.

Sinon, il s'agit d'une approbation, « consentement donné par une autorité supérieure conférant plein effet à l'acte émané d'une autorité soumise à son contrôle »<sup>2</sup>.

La question posée ne laisse pas place à l'interprétation, dans la mesure où elle se situe délibérément au moment où l'accord a été conclu et ne porte donc que sur la nécessité de son approbation, *a posteriori*, par le juge des tutelles.

Quant à la possibilité de substituer, dans le domaine de la protection du mineur, une approbation *a posteriori* à l'autorisation préalable requise par la loi, la Cour de cassation a, de très longue date, condamné une telle solution, approuvée en cela par une doctrine unanime, soulignant par exemple que « l'autorisation du juge est un élément légal de la validité de l'acte et non une simple approbation *a posteriori* », ou que l'acte passé sans l'accord du juge des tutelles n'a « aucune consistance juridique »<sup>3</sup>.

Dès lors, dans la forme sous laquelle elle est rédigée, la question posée ne peut être considérée ni comme nouvelle, dans la mesure où le problème évoqué a été résolu depuis fort longtemps, ni même comme sérieuse, puisque la solution apportée étant unanimement approuvée, elle ne peut pas raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond.

Sous la forme qu'elle revêt dans la demande d'avis qui est soumise à la Cour, la question posée ne peut donc, semble-t-il, qu'être jugée irrecevable.

Au vu de ce qui peut apparaître comme une erreur de rédaction, votre Cour doit-elle, néanmoins, envisager de modifier, de rectifier la question posée, pour lui redonner un contenu sans doute plus proche de celui initialement voulu par son auteur et dont l'intérêt juridique serait réel ?

Le peut-elle ?

Il ne semble pas que la Cour de cassation se soit explicitement prononcée sur une telle possibilité en matière de demande d'avis.

S'agissant du cas de la question prioritaire de constitutionnalité, le premier président de la Cour de cassation avait publiquement estimé que, dans la mesure où le juge n'avait pas le pouvoir de relever d'office une telle question, il ne devait pas davantage avoir le pouvoir de la reformuler.

S'il pouvait envisager de réécrire, dans un français plus clair, une question maladroitement formulée, il ne pouvait en dénaturer le sens, dans la mesure où la loi lui faisait obligation d'en vérifier la recevabilité au regard des questions de fond qu'elle pose<sup>4</sup>.

Or, transformer une question portant sur la nécessité de faire approuver par le juge des tutelles un accord déjà conclu en interrogation sur l'obligation de solliciter l'autorisation de ce juge pour conclure un tel accord ne consiste pas à se livrer à une simple correction de la question pour des raisons de grammaire ou de syntaxe, mais aboutit à en modifier le sens et la portée jusqu'à la dénaturer.

Une telle possibilité devrait donc être exclue et votre Cour ne devrait pouvoir que constater l'irrecevabilité de la question telle que formulée.

Si votre Cour estimait cependant devoir procéder à une révision en forme de réécriture de la demande d'avis, elle devrait alors répondre à l'interrogation suivante :

« Les représentants légaux d'un mineur doivent-ils solliciter l'autorisation du juge des tutelles pour conclure l'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale ? »

La question ainsi posée porte non seulement sur un problème de droit, est nouvelle et sérieuse, mais aussi, semble-t-il, satisfait à la dernière condition posée par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, en ce qu'elle se pose dans de nombreux litiges<sup>5</sup>.

### **3. - Sur le fond de la demande d'avis**

La réponse au problème posé passe par une analyse des principes qui gouvernent l'indemnisation des victimes d'infractions par la CIVI (A), puis par l'examen des conséquences de la spécificité de cette procédure lorsque la victime est un mineur sous administration légale (B).

<sup>1</sup> Sous « autorisation », *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, Quadrige, PUF, 9<sup>e</sup> édition, p. 107.

<sup>2</sup> Même ouvrage, p. 76.

<sup>3</sup> Commentaire J. Casey sous 1<sup>er</sup> Civ., 7 novembre 2006, dans *Revue juridique personnes et famille*, mars 2007, p. 13.

<sup>4</sup> M. Vincent Lamanda, cité dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2010, p. 474-475.

<sup>5</sup> Voir sur ce point les éléments statistiques et pratiques fournis par le FGTI contenus dans le document annexé aux présentes conclusions.

## A. - L'indemnisation des victimes d'infractions par la CIVI

Le régime de l'indemnisation des victimes d'infractions s'est construit par strates depuis la loi du 3 janvier 1977 pour aboutir à sa forme actuelle.

Il a connu d'importantes modifications, notamment par la loi du 6 juillet 1990 qui a créé le « Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions », lequel a longtemps joué le seul rôle de « payeur » des indemnités décidées par la commission d'indemnisation des victimes d'infractions.

Cet ensemble a été sensiblement modifié par la loi du 9 mars 2004 qui a mis en place, préalablement à la saisine de la CIVI, une phase qualifiée par d'aucuns « *d'amicable* » ou de « *transactionnelle* » et qui, dans l'esprit du législateur, avait pour premier objectif d'accélérer la procédure d'indemnisation des victimes et d'alléger la charge des CIVI.

Les règles applicables à cette phase préalable, non judiciaire, sont connues :

- formulation d'une demande d'indemnisation adressée par la victime à la CIVI ;
- transmission par la CIVI de cette demande au FGTI, qui dispose de deux mois pour présenter à la victime une offre d'indemnisation ou lui notifier par décision motivée qu'il en refuse le principe ;
- en cas d'acceptation par la victime de l'offre, signature par les parties d'un « constat d'accord ».

L'intervention du juge reprend, dès la fin de cette partie de la procédure, dans les trois cas qui peuvent se présenter :

- refus motivé du Fonds de garantie ;
- désaccord de la victime sur l'offre qui lui est faite, ces deux premières occurrences entraînant la poursuite de l'instruction de l'affaire par le président ou le magistrat assesseur, selon la procédure juridictionnelle de la commission ;
- si un accord a été conclu, la loi fait obligation au FGTI de le transmettre au président de la CIVI pour « homologation ».

Si l'ensemble de la doctrine s'est félicité de l'accélération de la procédure d'indemnisation des victimes par le recours à la phase « amiable » mise en place par la loi de 2004, nombre de commentateurs ont souligné les risques de cette déjudiciarisation.

C'est ainsi qu'ont été mis en avant la solitude, la fragilité et le manque d'informations de la victime face à un Fonds de garantie parfois présenté comme pouvant faire une offre « *manifestement insuffisante au regard de ce qui aurait pu être obtenu par la voie classique du contentieux* »<sup>6</sup>.

Des auteurs ont, de même, émis l'idée que la réforme ainsi intervenue pouvait « *avoir un effet pervers sur l'évaluation des indemnités, l'expérience ayant montré que les fonds-payeurs sont toujours enclins à minimiser les préjudices* »<sup>7</sup>.

Dès lors, se pose avec plus d'acuité la question de la nature et de la portée de l'homologation demandée au président de la CIVI et des pouvoirs de ce magistrat face au constat d'accord intervenu entre les parties.

Certains, s'appuyant sur la lettre du texte de l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, qui prévoit qu'en « *cas d'acceptation par la victime de l'offre d'indemnisation, le fonds de garantie transmet le constat d'accord au président de la commission d'indemnisation aux fins d'homologation* », se sont, en effet, interrogés sur la possibilité même pour le président de la CIVI de refuser une telle homologation<sup>8</sup>.

Pourtant, comme le souligne le même auteur, l'article R. 50-12-2 du même code paraît réserver une telle possibilité :

« *Le président de la commission est saisi par le fonds d'une requête aux fins d'homologation du constat d'accord. En cas d'homologation, il est conféré force exécutoire au constat...* »

En revanche, la nature et l'importance du contrôle opéré par le juge lors de cette procédure d'homologation sont plus discutées : s'agit-il d'un simple contrôle de légalité au cours duquel le juge va se borner à vérifier la validité juridique de la procédure, ou doit-il exercer aussi un contrôle d'opportunité le conduisant à apprécier le caractère équitable de l'accord qui lui est soumis ?

Au-delà du cas de l'intervention du président de la CIVI dans la situation juridique qui intéresse la présente demande d'avis, force est de constater que la question de la nature et de la portée de l'intervention du juge en matière d'homologation divise doctrine<sup>9</sup> et jurisprudence depuis de longues années.

Il faut cependant relever, néanmoins, qu'à l'heure actuelle, une majorité d'auteurs, raisonnant dans le cadre de la procédure gracieuse et de la définition de l'office du juge que donne l'article 25 du code de procédure civile, opte pour la solution d'un double contrôle, portant sur la légalité et sur l'opportunité de l'acte soumis au juge<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> « Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infraction », V. Lasbordes de Virville, *Revue Lamy, droit civil*, avril 2007, p. 69, n° 16.

<sup>7</sup> *Précis Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., n° 855, p. 905.

<sup>8</sup> Par exemple, *Précis Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, ouvrage cité, n° 855, p. 906.

<sup>9</sup> C. Hugon, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *Petites Affiches*, 11 décembre 2003, n° 247, p. 4.

<sup>10</sup> D. Le Ninivin, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 116, « Matière et procédure gracieuses », n° 105.

D'autres rejoignent cette conclusion en estimant qu'homologuer n'est pas simplement attribuer la force exécutoire et que « *l'homologation requiert du juge un contrôle substantiel de l'acte* » qui ne leur paraît pas obligatoire pour conférer la force exécutoire<sup>11</sup> ou que le terme d'homologation est pertinent lorsque le juge « *exerce un véritable contrôle des intérêts en présence* »<sup>12</sup>.

L'exercice de ce contrôle est parfois expressément mentionné dans certaines décisions qui constatent, par exemple, que le protocole d'accord régularisé « *préserve les intérêts des parties* »<sup>13</sup>.

Mais si, alors, on admet que le président de la CIVI exerce ce double contrôle sur le constat d'accord intervenu entre les parties et qu'à l'issue de cette vérification, il accorde à cet acte l'homologation assortie de la force exécutoire, quelle portée faut-il donner à une telle homologation, quelle conséquence en résulte-t-il pour les parties ?

La question se pose principalement pour l'application éventuelle des dispositions de l'article 706-8 du code de procédure pénale, qui prévoit que :

« *Lorsque la juridiction statuant sur les intérêts civils a alloué des dommages-intérêts d'un montant supérieur à l'indemnité accordée par la commission, la victime peut demander un complément d'indemnité. Elle doit présenter sa demande dans le délai d'un an après que la décision statuant sur intérêts civils est devenue définitive* ».

La victime rencontrant une telle situation alors qu'elle a signé un constat d'accord avec le FGTI, constat qui a reçu l'homologation du président de la CIVI, peut-elle saisir à nouveau la commission sur la base du texte ci-dessus évoqué pour obtenir un complément d'indemnisation de sa part ?

La question divise les cours d'appel :

- certaines répondent par l'affirmative en estimant que l'article 706-5-1 du code de procédure pénale n'opère pas de distinction entre l'homologation par le président de la CIVI et la décision de la commission statuant selon la procédure contentieuse<sup>14</sup> ;

- d'autres, au contraire, rejettent une telle possibilité en considérant que la CIVI n'a pas statué sur l'indemnisation de la victime et ne lui a pas accordé d'indemnité, mais que le président de cette juridiction a simplement homologué un accord qui a donné force exécutoire à la transaction, laquelle a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée<sup>15</sup>.

Il semble que le texte même de l'article 706-8 du code de procédure pénale conforte la seconde des deux interprétations ci-dessus évoquées.

En effet, le texte en cause soumet la possibilité pour la victime de réclamer un complément d'indemnité au seul cas où la juridiction statuant sur intérêts civils a alloué des dommages-intérêts d'un montant supérieur à « *l'indemnité accordée par la commission* ».

Or, comme le relève justement la cour d'appel de Dijon dans la décision évoquée (voir note 15), en cas d'homologation du constat d'accord, ça n'est pas la commission qui a fixé l'indemnité, mais son président qui a homologué et donné force exécutoire à un accord conclu entre les parties, lequel, ayant entre elles l'autorité de la chose jugée, ne peut plus être remis en cause.

Dès lors, il y a lieu de considérer qu'en signant le constat d'accord avec le FGTI, la victime renonce, sous réserve de l'homologation de cette décision par le président de la CIVI, d'une part, à voir la commission se saisir en la procédure ordinaire pour fixer son indemnité initiale, d'autre part, à s'adresser à elle ultérieurement pour se voir attribuer un complément d'indemnisation au cas où la juridiction saisie au fond lui accorderait une indemnité supérieure à celle objet de l'accord avec le Fonds de garantie.

## **B. - Le cas du mineur victime demandeur à indemnisation devant la CIVI**

« *Privé de toute capacité juridique, quel que soit le régime de protection mis en place, l'enfant sera représenté pour l'accomplissement des actes le concernant* »<sup>16</sup>.

Sa représentation obéit à des règles générales, tandis que des textes spécifiques régissent le domaine plus particulier de la gestion du patrimoine du mineur protégé.

Aux termes de l'article 388-3, alinéa premier, du code civil, le juge des tutelles et le procureur de la République « *exercent une surveillance générale des administrations légales et des tutelles de leur ressort* ».

Au-delà de cette mission d'ordre général, plusieurs textes viennent préciser dans quels cas l'intervention du juge des tutelles, dont les fonctions à l'égard des mineurs sont désormais exercées par le juge aux affaires familiales, est plus particulièrement nécessaire dans le fonctionnement de l'administration légale, qu'elle soit pure et simple ou sous contrôle judiciaire.

Il résulte ainsi de la combinaison des articles 389-5, 389-6, 389-7, 496 et 504 à 506 du code civil que les pouvoirs de l'administrateur légal sont essentiellement définis par référence à ceux du tuteur (articles 389-5, 389-6 et 389-7 du code civil) et qu'ils obéissent aux règles suivantes :

- dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble tous les actes que le tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ;

<sup>11</sup> H. Croze et O. Fradin, « Transaction et force exécutoire », *Dalloz* 2006, Thèmes et commentaires, p. 99-100, n° 16 à 19.

<sup>12</sup> N. Fricero, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *Revue juridique personnes et famille*, janvier 2010, p. 8.

<sup>13</sup> CA Chambéry, 7 juillet 2011, FGTI/X..., RG n° 09/02097.

<sup>14</sup> CA Rennes, 9 janvier 2013, RG n° 11/05777, CA Douai, 5 juillet 2012, RG n° 11/00850, ou CA Lyon, 2 décembre 2010, RG n° 09/4660.

<sup>15</sup> CA Dijon, 1<sup>er</sup> février 2012, RG n° 10/01738, ou CA Riom, 15 mai 2012, RG n° 11/01999.

<sup>16</sup> *Juris-Classeur Procédure civile*, « Administration légale et tutelle des mineurs », Melina Douchy-Oudot, fasc. 937, p. 3.

- ce n'est qu'en cas de désaccord entre eux ou dans six cas expressément prévus par la loi que l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire (article 389-5 du code civil) ;
- pour ce qui concerne l'administration légale sous contrôle judiciaire, l'administrateur légal ou l'administrateur *ad hoc* doit avoir l'autorisation du juge des tutelles pour accomplir tous les actes pour lesquels le tuteur lui-même aurait besoin d'une autorisation ; ils peuvent faire seuls les autres actes (article 389-6 du code civil).

Le code civil précise, en outre, que :

- le tuteur accomplit seul les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion des biens du mineur protégé (article 504, alinéa premier) ;
- il peut agir seul en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée (article 504, alinéa 2) ;
- il ne peut, en revanche, sans autorisation, ni faire des actes de disposition au nom du mineur protégé (article 505), ni transiger ou compromettre pour lui (article 506).

Enfin, l'article 496, qui énonce que « *le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine* », prévoit, dans son dernier alinéa, que la liste des actes qui sont regardés comme des actes d'administration relatifs à la gestion courante du patrimoine et comme des actes de disposition qui engagent celui-ci de manière durable et substantielle est fixée par décret.

C'est l'objet du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, qui :

- d'une part, définit les actes d'administration comme « *les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal* » et les actes de disposition comme ceux qui « *engagent le patrimoine de la personne protégée pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire* » ;

- d'autre part, dans son annexe 1, classe plus particulièrement :

dans les actes d'administration :

- toute action en justice relative à un droit patrimonial de la personne sous tutelle (colonne 1, § VI) ;

dans les actes de disposition :

- toute action en justice relative à un droit extrapatrimonial de la personne sous tutelle (colonne 2, § VI) ;
- transaction et compromis et clause compromissoire au nom de la personne protégée (colonne 2, § IX).

Rapportées à la question posée, que faut-il retenir de ces règles ?

Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire ou l'administration *ad hoc* ainsi que dans l'administration légale pure et simple en cas de désaccord des parents, l'administrateur légal du mineur ne peut effectuer seul, sans autorisation, les actes suivants :

- une transaction ou un compromis au nom du mineur ;
- tout acte de disposition défini par la combinaison des articles 496 du code civil et premier du décret du 22 décembre 2008, complété par l'annexe 1 de ce dernier texte.

Dans l'administration légale pure et simple, même dans le cas de parents agissant d'un commun accord, comme, *a fortiori*, dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, les représentants légaux du mineur ne peuvent effectuer sans autorisation :

- les actes expressément interdits par l'article 389-5, alinéa 3, du code civil, dont la renonciation à un droit.

La signature du protocole d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale recoupe-t-elle une de ces trois situations juridiques ?

#### a) *Le constat d'accord est-il une transaction ?*

Plusieurs auteurs qui parlent, s'agissant de la procédure amiable préalable, de « *phase transactionnelle* » s'interrogent néanmoins sur l'assimilation qui peut être faite entre ce constat d'accord et une véritable transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

Certains l'écartent, parlant de « *commodité* »<sup>17</sup>, voire de « *abus de langage* »<sup>18</sup>, tandis que d'autres estiment au contraire que l'accord intervenu entre Fonds et victime doit « *s'analyser en une transaction produisant un effet extinctif et pouvant être assortie de la force exécutoire, non pas en application de l'article 1441-4 du nouveau code procédure civile, mais en vertu de l'article R. 50-12-2 du code de procédure pénale* »<sup>19</sup>.

Il semble cependant que la notion de transaction doive, dans ce cas, être écartée pour deux séries de raisons :

- en premier lieu, sans doute, parce qu'à la différence de ce que la loi prévoit expressément pour d'autres systèmes d'indemnisation amiable mettant en cause d'autres fonds de garantie, les textes qui régissent cette procédure n'emploient pas le terme de transaction, auquel ils substituent celui, sans connotation juridique particulière, de « *constat d'accord* »<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> « Réforme de 2004 et indemnisation transactionnelle », contribution au colloque FGTI, 20 janvier 2012, Stéphanie Porchy-Simon, sous n° 13.

<sup>18</sup> Transaction et droit de l'indemnisation *in* « La transaction dans toutes ses dimensions », Stéphanie Porchy-Simon, *Dalloz*, thèmes et commentaires n° 17, p. 118 et 119.

<sup>19</sup> « Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infraction », précité, V. Lasbordes de Virville, *Revue Lamy droit civil*, avril 2007, p. 68, n° 13.

<sup>20</sup> Articles L. 421-1 et L. 421-3 du code des assurances pour le FGAO, article L. 422-2 du code des assurances, renvoyant à l'article L. 211-15 du même code, pour le FGTI, indemnisant les victimes d'actes de terrorisme, article L. 3122-3 du code de la santé publique pour les victimes du VIH, article L. 1142-14 du code de la santé publique pour les victimes d'accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales, article 53, IV, alinéa 3, de la loi du 23 décembre 2000 pour les victimes de l'amiante.

Ensuite et surtout, parce que la Cour de cassation, approuvée en cela par de nombreux auteurs, a, de façon constante, lié la qualification de transaction entre deux parties à l'existence, de la part de chacune d'entre elles, de concessions réciproques dont elle contrôle, sinon la proportion, du moins la réalité et la réciprocité.

Or, dans la phase d'indemnisation amiable du processus, le FGTI, qui, faut-il le rappeler, répond à une demande formulée par la victime à la CIVI, donne, dans l'hypothèse la plus favorable au demandeur, son accord au montant sollicité, ou propose une somme inférieure.

Dans ces conditions, on ne voit pas de quelle concession faite à l'autre partie le Fonds peut se prévaloir, ni d'ailleurs, si sa demande initiale est acceptée, celle que la victime peut invoquer.

Il apparaît, dès lors, que l'accord intervenu entre les parties ne puisse être juridiquement qualifié de transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

*b) Le constat d'accord caractérise-t-il un acte de disposition ?*

Le décret du 22 décembre 2008 a :

- d'une part, complété, dans ses articles 1 et 2, la définition que donne l'article 496 du code civil des actes d'administration et des actes de gestion ;

- d'autre part, énuméré, dans son annexe 1, une liste d'actes nécessairement classés dans une ou l'autre de ces deux catégories et, dans son annexe 2, une autre liste, non exhaustive celle-là, d'actes pouvant être classés comme actes d'administration ou de disposition, en fonction des circonstances de l'espèce.

L'imprécision, l'ambiguïté, les imperfections de ce décret ont été abondamment soulignées et commentées par la doctrine au moment de sa publication<sup>21</sup>.

Le « constat d'accord » visé à l'article 706-5-1 du code de procédure pénale n'apparaît, en tant que tel, ni dans l'annexe 1, en principe limitative, ni dans l'annexe 2, qualifiée d'exhaustive, du décret.

Par ailleurs, si l'on exclut, comme nous venons de le voir, la qualification de « transaction » pour un tel acte, il n'est assimilable à aucun de ceux qui y sont cités.

Certes, pourrait-on s'interroger sur les dispositions du paragraphe VI, colonne 1, de l'annexe 1 du décret, qui prévoit que constitue un acte d'administration « toute action en justice relative à un droit patrimonial de la personne en tutelle », tandis que la colonne 2 de la même annexe classe dans les actes de disposition « toute action en justice relative à un droit extrapatrimonial de la personne en tutelle ».

Et considérant, de prime abord, que la demande d'indemnisation présentée au nom du mineur devant la CIVI est une action relative à un droit patrimonial, on devrait voir dans la conduite de cette action un acte d'administration.

Mais, outre que la distinction entre les actions en justice à caractère patrimonial et celles à caractère extrapatrimonial est parfois qualifiée de « délicate, notamment lorsque l'action en justice met en jeu des intérêts personnels qui se traduisent en argent »<sup>22</sup>, un tel classement paraît en contradiction avec celui auquel semble aboutir la définition générale du paragraphe premier du décret du 22 décembre 2008.

Ce texte prévoit, en effet, que :

« Constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ».

Or, la signature d'un constat d'accord va, sous réserve d'homologation par le président de la CIVI, fixer définitivement le montant d'une indemnisation au montant offert par le Fonds de garantie et accepté par le représentant légal du mineur, avec le risque, souligné par certains auteurs, que le préjudice réel ait été « minimisé » et l'offre évaluée de façon « manifestement insuffisante au regard de ce qui aurait pu être obtenu par la voie classique du contentieux » (voir *supra*, notes 6 et 7).

Un tel accord, susceptible de réduire dans des proportions parfois très importantes<sup>23</sup> le montant de l'indemnisation à laquelle le mineur aurait pu prétendre, ne constitue-t-il pas, dès lors, un acte engageant le patrimoine de la personne protégée par une modification importante de son contenu au sens de l'article premier du décret du 22 décembre 2008 ?

Une telle conception paraît s'imposer d'autant plus que la perception d'une indemnisation en tant que victime d'une infraction pénale constituera, pour nombre de mineurs, non une « modification » de leur patrimoine, souvent jusque-là réduit à sa plus simple expression, mais sa constitution initiale, toute minoration ou majoration étant, dès lors, proportionnellement importante (le cas d'espèce de la présente demande d'avis, dans lequel une fillette de 12 ans peut percevoir une somme de 5 000 euros, étant, sans doute, une illustration d'une telle situation).

<sup>21</sup> Voir notamment « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées. Approche critique du décret du 22 décembre 2008 », Ingrid Maria, *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2009, études n° 31, ou « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées - À propos du décret du 22 décembre 2008 » *JCP*, édition générale, 14 janvier 2009, actualités n° 20, ou « Personnes protégées - Qualification des actes de gestion du patrimoine - décret du 22 décembre 2008 », Anne-Marie Leroyer, *RTD civ.* 2009, chron., p. 180.

<sup>22</sup> Nathalie Peterka, *Juris-Classeur Notarial*, « Gestion du patrimoine des personnes en tutelle - gestion patrimoniale - actes du tuteur », fasc. n° 40, paragraphe n° 70.

<sup>23</sup> Voir notamment l'étude statistique citée par V. Lasbordes de Virville (*opus cité*, p. 69) révélant « une différence entre les procédures transactionnelles et judiciaires, tant en ce qui concerne l'appréciation du préjudice que le montant de l'indemnisation... de 45 % pour les montants versés pour les accidents graves et de 60 % pour les accidents légers », ou l'appréciation de Mme Neher Schraub, praticien, qui estime que les « montants alloués par voie de transaction sont inférieurs de moitié, voire parfois des deux tiers » aux sommes que la juridiction aurait accordé dans les mêmes circonstances - cité dans « Transaction et droit de l'indemnisation », S. Porchy-Simon, *opus cité*, p. 114, n° 8.

Au terme de cette analyse, et si donc l'on considère que le constat d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale constitue un acte de disposition, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et l'administrateur *ad hoc* devraient obligatoirement obtenir l'autorisation préalable du juge des affaires familiales faisant fonction de juge des tutelles des mineurs pour signer un tel acte au nom du mineur protégé.

Une telle autorisation serait également nécessaire dans l'administration légale pure et simple, si les parents du mineur ne sont pas d'accord l'un avec l'autre.

c) *Le constat d'accord entraîne-t-il renonciation à un droit ?*

L'article 389-5 du code civil, qui énonce que « *Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. À défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles* », prévoit, dans son alinéa 3, que « *Même d'un commun accord, les parents ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter d'emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles* ».

Cette disposition, qui n'est pas expressément reprise pour l'administration légale sous contrôle judiciaire, semble cependant devoir lui être, *a fortiori*, applicable<sup>24</sup>.

Il serait, en effet, paradoxal que l'administrateur légal sous contrôle judiciaire, qui doit solliciter l'autorisation du juge des tutelles pour accomplir certains actes que, dans la représentation légale pure et simple, les parents, agissant d'un commun accord, peuvent effectuer seuls, ait, dans le même temps, le pouvoir d'accomplir, sans la moindre autorisation, les actes visés à l'article 389-5 du code civil, pour lesquels ce texte oblige ces parents, même d'un commun accord, à demander l'assentiment préalable du juge des tutelles.

La Cour de cassation a été amenée à plusieurs reprises à interpréter cette notion de renonciation à un droit au sens de l'article 389-5 du code civil.

C'est ainsi qu'elle a, par trois arrêts déjà anciens, affirmé que l'acquiescement à une décision n'ayant accueilli que partiellement la demande formée par le représentant légal au nom de son enfant mineur, décision emportant renonciation au droit de faire appel de la décision rendue et au droit de réclamer la réparation de l'entier préjudice subi par l'enfant, ne pouvait être donné qu'avec l'autorisation du juge des tutelles<sup>25</sup>.

De façon plus explicite encore, la chambre mixte de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 29 janvier 1971, décidé que la renonciation faite, par les parents d'une mineure victime de viols, dans un acte intitulé « *arrangement amiable* » et contre remise par les auteurs d'une certaine somme, « *à toutes autres indemnités et dédommagements en réparation du préjudice moral et matériel subi par leur fille* », tout en se présentant comme une transaction, constituait « *une renonciation à un droit au sens de l'alinéa 3 de l'article 389-5 du code civil* » et que sa validité « *était subordonnée à l'autorisation du juge des tutelles* »<sup>26</sup>.

Qu'il s'agisse d'un acquiescement à une décision de justice dans les trois premiers arrêts cités ou d'un accord amiable qualifié de transaction dans le quatrième, la Cour de cassation retient avant tout que le représentant légal du mineur concerné renonce, par ces actes, au droit de réclamer la réparation de l'entier préjudice de l'enfant, en appel dans la première hypothèse ou devant la juridiction saisie au fond dans la seconde.

Cette solution paraît devoir être transposée au cas évoqué par la demande d'avis.

Ainsi que cela a été souligné dans la première partie des présents développements, la signature du « *constat d'accord* » par le représentant légal du mineur peut entraîner, selon les circonstances de fait, une double renonciation à un droit :

- en premier lieu, celui de voir la commission d'indemnisation des victimes d'infractions, juridiction civile, évaluer et fixer le montant de l'indemnité, le cas échéant à une somme supérieure à celle offerte par le Fonds de garantie (le cas d'espèce sous-tendant la présente demande d'avis et dans lequel l'offre du FGTI correspond exactement à la demande présentée par la victime ne devant pas exclure du raisonnement les autres possibilités dans lesquelles le Fonds fait une offre inférieure à la demande que celle-ci a formulée) ;

- en second lieu, celui consacré par l'article 706-8 du code de procédure pénale, qui permet à la victime à qui la juridiction, statuant ultérieurement sur intérêts civils, aurait alloué des dommages-intérêts d'un montant supérieur à « *l'indemnité accordée par la commission* » de demander un complément d'indemnité.

Dès lors, il apparaît que la signature du constat d'accord par le représentant légal du mineur, que l'on se situe dans l'administration légale pure et simple ou dans l'administration sous contrôle judiciaire, constitue une renonciation à un droit au sens de l'article 389-5 du code civil et qu'en conséquence, l'autorisation du juge des tutelles du mineur, en l'occurrence et désormais le juge aux affaires familiales, soit nécessaire à l'accomplissement d'un tel acte.

Aux termes de ces développements, j'ai l'honneur de conclure à ce que la Cour dise n'y avoir lieu à avis, la question posée telle que formulée n'étant ni nouvelle ni sérieuse.

Si la Cour décidait de modifier la formulation de la question posée en s'interrogeant sur le point de savoir si les représentants légaux d'un mineur doivent solliciter l'autorisation du juge des tutelles pour conclure l'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, je conclus à ce qu'il soit répondu par l'affirmative à la demande d'avis ainsi présentée.

<sup>24</sup> Voir sur ce point l'opinion implicite de M. J. Massip dans « *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs* », *Defrénois*, Lextenso éditions, mai 2009, n° 649, *in fine*.

<sup>25</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 6 décembre 1988, pourvoi n° 87-13.759, *Bull.* 1988, I, n° 342 (rejet) ; 1<sup>re</sup> Civ., 3 mars 1992, pourvoi n° 90-11.088, *Bull.* 1992, I, n° 73 (cassation) ; 1<sup>re</sup> Civ., 13 avril 1992, pourvoi n° 90-16.686.

<sup>26</sup> Ch. mixte, 29 janvier 1971, pourvoi n° 67-93.320, *Bull.* 1971, Ch. mixte, n° 1, p. 1 (cassation).

### **Annexe aux conclusions de l'avocat général sur la demande d'avis n° 1200019**

Par courriel en date du 25 février 2013, une demande de renseignements d'ordre statistique et pratique a été adressée, avec l'accord du président du Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, à la directrice de cet organisme.

Les éléments de réponse ont été fournis par message électronique du 7 mars 2013 et sont reportés ci-dessous, à la suite du texte des questions posées.

Le Fonds de garantie précise néanmoins, préalablement, que les éléments de réponse fournis sont « *pour certains légèrement approximatifs* » et ajoute :

« *En effet, la question des constats d'accord et des refus d'homologation, qui a fait l'objet d'un suivi très attentif lors de la réforme de la procédure en 2004, n'est plus suivie aujourd'hui qu'en termes de pourcentages : 22 573 décisions de CIVI en 2012 au total, dont 9 689 décisions d'homologation (une même décision peut générer plusieurs règlements, à titre d'exemple, un enfant mineur qui perd ses deux parents percevra deux règlements distincts car il est ayant droit de deux victimes distinctes)* ».

#### **1<sup>re</sup> question :**

Nombre de constats d'accord signés, par an, par le FGTI avec le représentant légal d'une victime mineure ?

#### **Réponse :**

2 153 règlements sur constat d'accord homologués concernent des mineurs, sur un total de 11 396 règlements sur constat d'accord pour 2012.

#### **2<sup>e</sup> question :**

Nombre des refus d'homologation opposés par les présidents de CIVI pour cause d'insuffisance de l'indemnisation offerte ?

#### **Réponse :**

18 à 19 par an environ.

#### **3<sup>e</sup> question :**

Nombre des refus opposés par un juge des tutelles des mineurs (ou JAF depuis la réforme) d'autoriser la signature du protocole d'accord (avec indication du motif s'il est connu...) ?

#### **Réponse :**

Aucun<sup>27</sup>.

#### **4<sup>e</sup> question :**

Nombre et pourcentage des CIVI exigeant l'intervention du juge des tutelles des mineurs pour autoriser la signature du constat d'accord par rapport à celles ne la réclamant pas ?

#### **Réponse :**

9/161 et certaines CIVI, dont Marseille, ont pour pratique de faire homologuer les constats d'accords relatifs à des mineurs par la CIVI elle-même, et non son président.

#### **5<sup>e</sup> question :**

Modifications éventuellement constatées (sens ou nature de l'intervention, délais, etc.) depuis que les fonctions de juge des tutelles mineurs sont exercées par le JAF ?

#### **Réponse :**

Pas de modifications constatées, d'une manière générale, les délais relatifs à l'intervention du juge des tutelles sont de trois à six mois.

---

<sup>27</sup> Le FGTI précise que, ne tenant pas de statistiques relatives au chiffre demandé dans cette question, la réponse a été faite à partir d'une consultation de responsables régionaux du Fonds. Par ailleurs, il ne peut être exclu que d'éventuels refus d'autorisation par le juge des tutelles des mineurs puissent ne pas être portés à la connaissance du FGTI.



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

N° 767

### *Question prioritaire de constitutionnalité*

Code de la construction et de l'habitation. - Article L. 441-4, dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006. - Égalité devant la loi. - Égalité devant les charges publiques. - Individualisation des peines. - Articles 6, 8 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel. - Caractère sérieux. - Défaut.

Attendu qu'à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 3 mai 2012 par la cour d'appel de Versailles dans le litige l'opposant à la société Codelog, M. X... a, par mémoire distinct et motivé, présenté une question prioritaire de constitutionnalité soutenant que l'article L. 441-4 du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, est contraire au principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et au principe d'égalité devant les charges publiques, institué par l'article 13 de cette même Déclaration, et, subsidiairement, au principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

Mais attendu, en premier lieu, que la question, 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 ;

Attendu, en deuxième lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors, d'abord, que les articles L. 441-3 et L. 441-4 du code de la construction et de l'habitation critiqués n'opèrent à l'évidence aucune discrimination entre les locataires d'un logement entrant dans le champ d'application de cette loi et qui remplissent les conditions financières qu'elle définit, qu'ensuite, ils répondent à un motif d'intérêt général de justice sociale, qu'enfin, leur mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ;

Attendu, en troisième lieu, que le dispositif du supplément de loyer de solidarité, ne prévoyant pas de sanction ayant le caractère d'une punition, n'est pas soumis aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

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

#### **Par ces motifs :**

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

**3<sup>e</sup> Civ. - 6 février 2013.**

*NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 12-22.136. - CA Versailles, 3 mai 2012.

M. Terrier, Pt. - Mme Pic, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Jacoupy, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 4, avril 2013, commentaire n° 108, p. 17, note Christelle Coutant-Lapalus (« Supplément de loyer de solidarité : refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité »).*

N° 768

### *Question prioritaire de constitutionnalité*

Livre des procédures fiscales. - Article L. 135 B, alinéa premier. - Droit de propriété. - Principe d'égalité. - Droit au procès équitable. - Articles 2 et 17, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel. - Caractère sérieux. - Défaut.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

*« L'alinéa premier de l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 17 (droit de propriété), 6 (principe d'égalité) et 16 (droit au procès équitable) de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que la Constitution garantit ? »*

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 qu'il résulte de l'article L. 213-4 du code de l'urbanisme et de la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation que le propriétaire de biens sur lesquels un droit de préemption urbain est exercé dispose des droits ouverts par l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales ;

Qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ;

#### **Par ces motifs :**

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

**3<sup>e</sup> Civ. - 13 février 2013.**

*NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 12-40.096. - TGI Beauvais, 27 novembre 2012.

M. Terrier, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén.

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

#### ARRÊTS DES CHAMBRES

N<sup>o</sup> 769

#### *Accident de la circulation*

Indemnisation. - Paiement par l'assureur pour le compte de qui il appartiendra. - Opposabilité des exceptions par l'assureur. - Opposabilité au Fonds de garantie. - Conditions. - Portée.

L'assureur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation, qui a payé pour le compte de qui il appartiendra et qui agit en application de l'article R. 421-8 du code des assurances, doit, pour rendre opposable au FGAO la décision à intervenir, avoir procédé à l'envoi des lettres recommandées avec demande d'avis de réception prévues par l'article R. 421-5 du même code.

**2<sup>e</sup> Civ. - 7 février 2013.**

*CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI*

N<sup>o</sup> 11-26.383. - CA Angers, 13 septembre 2011.

Mme Flise, Pt. - Mme Fontaine, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n<sup>o</sup> 7, 21 février 2013, Actualité / droit civil, p. 433 (« FGAO : exception de non-assurance et procédure d'information »).*

N<sup>o</sup> 770

#### *Appel correctionnel ou de police*

Appel correctionnel. - Appel de la partie civile. - Appel de la partie civile seule. - Appel de l'administration des impôts. - Demande tendant au prononcé de la solidarité avec le redevable de l'impôt fraudé. - Demande écartée en première instance. - Exclusion. - Portée.

Il résulte de l'article 1745 du code général des impôts que, lorsque les juges prononcent une condamnation pour fraude fiscale en application des articles 1741, 1742 et 1743 du même code, l'administration fiscale, partie civile, est recevable, y compris sur son seul appel, à demander que soit prononcée la solidarité du condamné avec le redevable légal des impôts fraudés.

**Crim. - 16 janvier 2013.**

*CASSATION*

N<sup>o</sup> 12-82.546. - CA Bordeaux, 2 décembre 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Bloch, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, avril 2013, Jurisprudence, p. 214 à 216, note Philippe Belloir (« Les précisions utiles de la chambre criminelle sur le régime juridique du référé-liberté »).*

N<sup>o</sup> 771

#### *Appel correctionnel ou de police*

Appel du prévenu. - Appel limité. - Appel limité aux intérêts civils. - Désistement. - Arrêt statuant sur les intérêts civils. - Confirmation de la condamnation prononcée en première instance. - Absence de grief.

Un prévenu ne saurait se faire un grief de ce que la cour d'appel a statué sur les intérêts civils dont elle n'était pas saisie, dès lors que l'arrêt attaqué, en ce qu'il a confirmé le jugement en toutes ses dispositions civiles, n'a pas aggravé la condamnation, devenue définitive, prononcée en première instance et que, nonobstant le désistement d'appel, la cour d'appel pouvait allouer à la partie civile une indemnité fondée sur l'application de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

**Crim. - 29 janvier 2013.**

*REJET*

N<sup>o</sup> 12-83.856. - CA Montpellier, 9 mai 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Fossier, Rap. - M. Mathon, Av. Gén.

N<sup>o</sup> 772

#### *Architecte entrepreneur*

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Garanties légales. - Domaine d'application. - Exclusion. - Dallages.

Les dallages ne constituant pas des éléments d'équipement soumis à la garantie de bon fonctionnement de l'article 1792-3 du code civil, la demande en réparation des désordres les affectant, lorsqu'ils ne rendent pas l'ouvrage impropre à sa destination ou n'affectent pas sa solidité, ne peut être fondée, avant comme après réception, que sur la responsabilité contractuelle de droit commun.

**3<sup>e</sup> Civ. - 13 février 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N<sup>o</sup> 12-12.016. - CA Amiens, 10 novembre 2011.

M. Mas, Pt (f.f.). - M. Pronier, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Bouloche, SCP Gadiou et Chevallier, SCP Roger et Sevaux, SCP Vincent et Ohl, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, *Actualité / droit civil*, p. 497 (« *Contrat d'entreprise [garantie de bon fonctionnement] : élément d'équipement* »). Voir également la Revue de droit immobilier, urbanisme, construction, n° 4, avril 2013, *Chroniques - Responsabilité et assurance des constructeurs*, p. 220 à 223, note Cyrille Charbonneau (« *Responsabilité pour les désordres affectant le second œuvre : un doute à écarter* »).

N° 773

### *Atteinte à l'autorité de l'État*

Atteinte à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique. - Abus d'autorité dirigé contre l'administration. - Échec à l'exécution de la loi. - Applications diverses. - Maire ayant donné l'ordre à des policiers municipaux de ne pas rendre compte d'une infraction à l'officier de police judiciaire compétent.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer établi le délit prévu par l'article 432-1 du code pénal, retient que le prévenu, en sa qualité de maire, a fait échec à l'application de l'article 21-2 du code de procédure pénale en donnant l'ordre à des policiers municipaux placés sous son autorité de ne pas rendre compte à l'officier de police judiciaire compétent d'un délit commis sur le territoire de la commune, peu important que l'interpellation de la personne mise en cause pour ce délit ait eu lieu dans une commune voisine.

**Crim. - 5 février 2013.**

*IRRECEVABILITÉ ET REJET*

N° 12-80.081. - CA Paris, 14 décembre 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue *Droit pénal*, n° 4, avril 2013, *commentaires n° 54*, p. 33-34, note Michel Véron (« *Ordre de ne pas signaler une infraction et ordre de modifier la qualification de l'infraction* »), et ce même numéro, *commentaire n° 64*, p. 45-46, note Albert Maron et Marion Haas (« *Recours emmêlés* »).

N° 774

### *Atteinte à l'autorité de l'État*

Atteinte à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique. - Manquement au devoir de probité. - Prise illégale d'intérêts. - Éléments constitutifs. - Élément légal. - Personne chargée d'une mission de service public. - Définition.

Doit être regardée comme chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du code pénal, toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique.

Justifie en conséquence sa décision la cour d'appel qui déclare coupable de prise illégale d'intérêts le dirigeant de fait d'une association chargée de la gestion de mesures de protection judiciaire.

**Crim. - 30 janvier 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 11-89.224. - CA Nancy, 24 novembre 2011.

M. Louvel, Pt. - Mme Nocquet, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue *Actualité juridique Famille*, n° 4, avril 2013, *Jurisprudence*, p. 243 à 245,

note Thierry Verheyde (« *Possibilité de condamner pénalement pour prise illégale d'intérêts une personne chargée de l'exercice de mesures de protection judiciaire* »).

N° 775

### *1<sup>o</sup> Avocat*

Exercice illégal de la profession. - Éléments constitutifs. - Exercice à titre habituel (non).

### *2<sup>o</sup> Avocat*

Exercice illégal de la profession. - Peines. - Peine d'emprisonnement. - Conditions. - Récidive légale.

1<sup>o</sup> L'habitude n'est pas un élément constitutif du délit d'exercice illégal de la profession d'avocat, prévu et réprimé par les articles 4 et 72 de la loi du 31 décembre 1971.

Dès lors, justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer coupable de cette infraction un avocat radié du barreau, relève que ledit avocat a invoqué cette qualité pour assister une partie dans une procédure suivie devant le conseil de prud'hommes.

2<sup>o</sup> Selon l'article 72 de la loi susvisée, la personne déclarée coupable du délit d'exercice illégal de la profession d'avocat ne peut être condamnée à une peine d'emprisonnement que si la juridiction correctionnelle a relevé à son encontre la circonstance de récidive.

**Crim. - 5 février 2013.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 12-81.155. - CA Paris, 24 janvier 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 83-85, 24-26 mars 2013, *Jurisprudence*, p. 17 à 19, note Dominique Piau (« *L'exercice illégal de la profession d'avocat ou la "Peau de chagrin" à la lumière d'un rappel au règlement...* »). Voir également la revue *Droit pénal*, n° 4, avril 2013, *commentaire n° 53*, p. 32, note Michel Véron (« *Usurpation de fonctions* »), et ce même numéro, *commentaire n° 61*, p. 42, note Jacques-Henri Robert (« *Le quasi-monopole des avocats* »).

N° 776

### *Avocat*

Honoraires. - Contestation. - Absence de convention d'honoraires. - Critères de fixation. - Frais exposés. - Diligences accomplies par un collaborateur ou un juriste au sein d'un cabinet d'avocat.

Pour l'application de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 10 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005, les diligences accomplies par un collaborateur ou un juriste au sein d'un cabinet d'avocat constituent des frais exposés par l'avocat dans l'exercice de son mandat de représentation et d'assistance et doivent être prises en compte dans la détermination de ses honoraires.

**2<sup>o</sup> Civ. - 7 février 2013.**

*CASSATION*

N° 11-26.718. - CA Colmar, 19 septembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Breillat, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

N° 777

## Bail commercial

Cession. - Cession par le preneur âgé ou invalide. - Modalités. - Application à l'usufruitier du droit au bail commercial. - Conditions.

Les dispositions de l'article L. 145-51 du code de commerce sont applicables à l'usufruitier du droit au bail commercial qui est immatriculé au registre du commerce et des sociétés pour le fonds qu'il exploite dans les lieux loués et qui justifie de l'accord des nus-proprétaires pour la cession du bail.

### 3<sup>e</sup> Civ. - 6 février 2013.

CASSATION

N° 11-24.708. - CA Chambéry, 21 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Proust, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit des affaires, p. 432, note Yves Rouquet (« Cession-désécialisation : mise en œuvre par l'usufruitier »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 4, avril 2013, commentaire n° 110, p. 19, note Emmanuelle Chavance (« Sur les bénéficiaires de l'article L. 145-51 du code de commerce »), la Gazette du Palais, n° 109-110, 19-20 avril 2013, Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux, p. 21 à 23, note Charles-Edouard Brault (« L'usufruitier d'un fonds de commerce peut mettre en œuvre la cession avec désécialisation »), et la Revue des loyers, n° 936, avril 2013, Jurisprudence, p. 185-186, note Bertrand de Lacger (« La cession désécialisation profite à l'usufruitier »).*

N° 778

## Cassation

Pourvoi. - Pourvoi du ministère public. - Mémoire. - Production. - Délai. - Dépassement du délai légal. - Sanction. - Irrecevabilité.

Il résulte des dispositions de l'article 585-2 du code de procédure pénale que, sauf dérogation accordée par le président de la chambre criminelle, le mémoire du ministère public, lorsque ce dernier se pourvoit en cassation, doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard un mois après la date du pourvoi.

Est irrecevable comme tardif le mémoire du ministère public parvenu au greffe de la Cour de cassation le vendredi 11 mai 2012, alors que le pourvoi avait été formé le mercredi 10 avril 2012, dès lors que, lorsqu'un délai est exprimé en mois, il expire le jour du dernier mois qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai, lequel ne peut être prorogé qu'en application des dispositions de l'article 801 du code de procédure pénale.

### Crim. - 5 février 2013.

REJET

N° 12-83.577. - Juridiction de proximité de Paris 19, 6 avril 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Barbier, Rap. - M. Liberge, Av. Gén.

N° 779

## Cautionnement

Conditions de validité. - Acte de cautionnement. - Mention manuscrite prescrite par l'article L. 341-2 du code de la consommation. - Défaut. - Sanction. - Nullité relative. - Couverture par confirmation de l'acte nul.

La violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant, qui vaut confirmation au sens de l'article 1338 du code civil.

### Com. - 5 février 2013.

REJET

N° 12-11.720. - CA Montpellier, 25 octobre 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Levon-Guérin, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Bénabent, M<sup>e</sup> Copper-Royer, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit des affaires, p. 428, note Valérie Avena-Robardet (« Formalisme du cautionnement : sanction par la nullité relative »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 12, 21 mars 2013, Études et commentaires, n° 1174, p. 47 à 51, note Sophie Le Gac-Pech (« Des excès du formalisme informatif en matière de cautionnement »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4479, p. 15-16, note Ildo D. Mpindi (« Défaut des mentions concernant le cautionnement simple et solidaire : sanction par une nullité relative »), la Gazette du Palais, n° 79-80, 20-21 mars 2013, Chronique de jurisprudence de droit des sûretés, p. 15-16, note Marie Pierre Dumont-Lefrand (« De la place de la signature suivant la mention manuscrite... à la vigueur de la sanction pour défaut de mention manuscrite »), cette même revue, n° 102-103, 12-13 avril 2013, Chronique de jurisprudence de droit bancaire, p. 23-24, note Pauline Pailler (« Sanction du non-respect des mentions manuscrites »), la Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2013, commentaire n° 51, p. 50, note Dominique Legeais (« Sanction du non-respect du formalisme »), La Semaine juridique, édition générale, n° 16, 15 avril 2013, Jurisprudence, n° 440, p. 773 à 776, note Philippe Simler (« Une éclaircie dans le ciel agité des mentions manuscrites prescrites par le code de la consommation »), la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5037, p. 11-12, note Cécile Le Gallou (« Nullité : mieux vaut réfléchir avant d'agir »), ce même numéro, Actualités, n° 5048, p. 31-32, note Gaëlle Marraud des Grottes (« De la renonciation à la nullité pour défaut de mentions manuscrites »), et la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 5, mai 2013, commentaire n° 124, p. 75-76, note Guy Raymond (« De la valeur du formalisme exigé par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation »).*

N° 780

## 1<sup>o</sup> Circulation routière

Stationnement. - Infraction à la réglementation. - Procès-verbal de constatation. - Procès-verbal dématérialisé. - Atteinte aux droits de la défense (non).

## 2<sup>o</sup> Circulation routière

Stationnement. - Stationnement payant. - Paiement de la redevance. - Moyens de paiement. - Carte prépayée.

1<sup>o</sup> Les modalités de verbalisation instituées par l'article A. 37-10, devenu A. 37-15, du code de procédure pénale ne sont contraires à aucune disposition légale ou conventionnelle et ne privent pas le contrevenant de l'exercice des droits de la défense.

2<sup>o</sup> L'utilisation de la carte prépayée « Paris carte » constitue un moyen de paiement dépourvu d'incidence sur le montant de la redevance due par l'utilisateur et n'induit pas de discrimination tarifaire.

En conséquence, justifie sa décision la juridiction de proximité qui rejette l'exception de nullité de la procédure proposée par le prévenu et prise de la violation du principe d'égalité devant la loi, en ce que les automobilistes ne résidant pas à Paris et ne s'y

trouvant que de passage sont dans l'obligation de procéder à l'achat d'une carte prépayée pour régler le coût du stationnement de leur véhicule.

**Crim. - 5 février 2013.**

REJET

N° 12-83.633. - Juridiction de proximité de Paris 19, 17 janvier 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Barbier, Rap. - M. Desportes, Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 9, 7 mars 2013, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 568 (« Stationnement : validité de la carte prépayée Paris carte »).*

N° 781

## Compensation

Compensation légale. - Conditions. - Réciprocité des dettes entre les mêmes parties. - Défaut. - Obstacle. - Décision ayant l'autorité de chose jugée.

Ayant retenu, dans le dispositif du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une société unipersonnelle, que le tribunal a ouvert à son égard une procédure collective distincte de celle du débiteur personne physique, après avoir écarté toute confusion de leurs patrimoines par des motifs éclairant ce dispositif, la cour d'appel en a exactement déduit que l'autorité de chose jugée attachée à cette décision faisait obstacle à la compensation invoquée par une coopérative, en l'absence de la condition de réciprocité prévue à l'article 1289 du code civil, dans la mesure où le débiteur personne physique, créancier de la coopérative, ne pouvait être tenu pour son débiteur.

**Com. - 5 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 12-12.808 et 12-14.571. - CA Angers, 20 septembre 2011.

M. Gérard, Pt (f.f.). - M. Rémy, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit des affaires, p. 431 (« Compensation des créances : condition de réciprocité »). Voir également la Revue des sociétés, n° 3, mars 2013, Chronique de droit des entreprises en difficulté, p. 181, note Philippe Roussel Galle (« De l'absence de confusion des patrimoines au refus de la compensation légale »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 4/13, avril 2013, décision n° 360, p. 330-331.*

N° 782

## Concurrence

Transparence et pratiques restrictives. - Abus de dépendance économique. - Conditions. - Dépendance économique. - Définition.

L'état de dépendance économique se définit comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise.

**Com. - 12 février 2013.**

REJET

N° 12-13.603. - CA Paris, 17 novembre 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Mouillard, Rap. - M. Carre-Pierrat, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 4/13, avril 2013, décision n° 365, p. 333 à 335. Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 5, mai 2013, commentaire n° 114, p. 67-68, note Marie Malaurie-Vignal (« Notion d'état de dépendance économique »), et la Revue Lamy droit des affaires,*

*n° 81, avril 2013, Actualités, n° 4543, p. 45-46, note Joséphine de Romanet (« État de dépendance économique : la Cour de cassation maintient son interprétation restrictive »).*

N° 783

## Construction immobilière

Immeuble à construire. - Vente en l'état futur d'achèvement. - Vendeur. - Obligations. - Garantie des désordres intermédiaires. - Conditions. - Faute. - Caractérisation. - Défaut. - Cas. - Manquement à l'obligation de remettre un ouvrage exempt de vices.

Ne caractérise pas la faute d'un vendeur d'immeuble à construire une cour d'appel qui, pour retenir la responsabilité de celui-ci au titre de dommages intermédiaires, relève qu'il a manqué à son obligation de remettre à l'acquéreur un ouvrage exempt de vices.

**3<sup>e</sup> Civ. - 13 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-28.376. - CA Toulouse, 24 octobre 2011.

M. Mas, Pt (f.f.). - M. Pronier, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Bouillez, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Hémy et Thomas-Raquin, Av.

N° 784

## Contrat d'entreprise

Forfait. - Caractère forfaitaire. - Effets. - Tiers au contrat. - Obligation de réparation. - Exonération. - Exclusion.

Le caractère forfaitaire d'un marché ne peut exonérer de son obligation de réparer le préjudice le tiers au contrat d'entreprise dont l'erreur commise dans son étude préparatoire a conduit le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur à conclure un avenant pour supplément de prix.

**3<sup>e</sup> Civ. - 13 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-25.978. - CA Lyon, 6 septembre 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Andrich, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Bouloche, Av.

N° 785

## Contrat d'entreprise

Groupement d'entreprises. - Mandataire commun. - Responsabilité. - Faute d'exécution commise par le cotraitant. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Conditions. - Détermination.

Une cour d'appel qui relève que le cahier des clauses techniques particulières prévoit que la société, mandataire du groupement momentané d'entreprises, est « seule et personnellement responsable de l'ensemble des travaux, qu'ils soient exécutés par elle-même ou par ses cotraitants », « le mandataire se déclare solidaire vis-à-vis du maître de l'ouvrage de l'ensemble des entreprises constituant le groupement » et que l'engagement de ce mandataire énonce que « le mandataire est responsable, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, du parfait achèvement, de la qualité et du respect du prix des ouvrages » en déduit exactement que la société mandataire doit, ès qualités, répondre de la faute d'exécution commise par la société chargée du lot revêtement de façade.

**3<sup>e</sup> Civ. - 13 février 2013.**

REJET

N° 11-22.427. - CA Paris, 27 mai 2011.

M. Mas, Pt (f.f.) - M. Pronier, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Odent et Poulet, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Bouilloche, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Fabiani et Luc-Thaler, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier, urbanisme, construction, n° 4, avril 2013, Chroniques - Responsabilité et assurance des constructeurs, p. 223-224, note Philippe Malinvaud (« Responsabilité du mandataire commun pour faute d'un membre du groupement »).*

N° 786

## *Contrat de travail, durée déterminée*

Rupture. - Rupture anticipée. - Rupture illégale. - Action en justice engagée par le salarié antérieurement à la rupture. - Effets. - Présomption de causalité entre la rupture et l'action en justice. - Preuve contraire. - Charge. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Il résulte de l'article R. 1455-6 du code du travail que le juge des référés peut, même en l'absence de disposition l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur ; lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme, comme intervenue en dehors des cas prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, pour rejeter la demande de réintégration des salariés, retient qu'ils ne rapportaient pas la preuve que la rupture de leur contrat à durée déterminée constituait un trouble manifestement illicite en ce qu'elle serait en réalité une mesure de rétorsion de l'employeur découlant de l'action en requalification en contrat à durée indéterminée qu'ils avaient engagée, cette preuve ne pouvant résulter des seules modalités de rupture mises en œuvre par l'employeur ou d'une décision de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, alors qu'il résultait de ses constatations que la rupture anticipée des contrats à durée déterminée, qui ne reposait sur aucun des motifs prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, faisait suite à l'action en justice de chacun des salariés pour obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, ce dont il résultait qu'il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par les salariés, de leur droit d'agir en justice.

**Soc. - 6 février 2013.**

CASSATION

N° 11-11.740 et 11-11.742 à 11-11.748. - CA Nîmes, 7 décembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Delvolvé, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 265, p. 229-230. Voir également la revue Procédures, n° 4, avril 2013, commentaire n° 107, p. 21-22, note Alexis Bugada (« Référé prud'homal : réintégration du salarié sous CDD en cas d'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice pour obtenir la requalification en CDI »).*

**Note sous Soc., 6 février 2013, n° 786 ci-dessus**

Plusieurs salariés engagés par France Télécom depuis de nombreuses années dans le cadre de contrats à durée déterminée successifs avaient saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée. Quelques jours plus tard, leur employeur leur avait signifié par huissier, sur le lieu de travail, qu'il mettait fin de

manière anticipée à leur contrat en raison d'une « surestimation de l'augmentation des flux d'appels clients due à une baisse plus importante que prévue du taux de réitération clients », motif non prévu par l'article L. 1243-1 du code du travail, qui ne prévoit la rupture avant l'échéance du terme du contrat à durée déterminée qu'en cas de force majeure ou faute grave. Estimant que cette rupture intervenait en réaction à leur action en justice, les salariés ont saisi en référé la juridiction prud'homale pour faire cesser le trouble manifestement illicite et voir ordonner leur réintégration.

Alors que le conseil de prud'hommes avait accueilli les demandes, la cour d'appel a, au contraire, dit n'y avoir lieu à référé, au motif que les salariés ne démontraient pas que la rupture constituait une mesure de rétorsion prise par l'employeur à raison de l'action en justice qu'ils avaient engagée, appliquant le régime classique de la charge de la preuve, selon lequel il appartenait aux salariés, en leur qualité de demandeurs à l'action, d'apporter la preuve d'un trouble manifestement illicite.

La chambre sociale censure ce raisonnement et juge, au visa des articles L. 1121-1, L. 1243-1, R. 1455-6 du code du travail, des articles 1315 du code civil et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que l'irrégularité manifeste de la rupture du contrat à durée déterminée qui faisait suite à l'action en justice engagée par les salariés faisait présumer l'existence d'un rapport de causalité entre cette rupture abusive et l'action en justice, présomption qu'il appartenait à l'employeur de renverser en démontrant que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par les salariés, de leur droit d'agir en justice.

Le rattachement du droit d'agir en justice aux libertés et droits fondamentaux protégés par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (3<sup>e</sup> Civ., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-13.813, *Bull.* 2009, III, n° 117) permet ainsi d'instaurer un régime de la charge de la preuve garantissant l'effectivité du droit pour un salarié de saisir une juridiction en cours d'exécution de son contrat.

La chambre sociale reconnaît de manière constante au juge le pouvoir de prononcer la nullité d'un licenciement et d'ordonner la poursuite des relations contractuelles, même en l'absence de dispositions le prévoyant, en cas de violation d'une liberté fondamentale (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.735, *Bull.* 2001, V, n° 87 ; Soc., 31 mars 2004, pourvoi n° 01-46.960, *Bull.* 2004, V, n° 101 ; Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 03-46.339 ; Soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.913).

Dans certains cas, le législateur est en outre intervenu pour protéger le droit d'agir en justice des salariés. Il en va ainsi s'agissant du licenciement prononcé à la suite d'une action en justice intentée par le salarié sur le principe de la non-discrimination (article L. 1134-4 du code du travail). Il en va de même dans l'hypothèse d'une action en justice sur le fondement de l'égalité professionnelle entre les sexes (article L. 1143-3). Le licenciement consécutif à une action engagée par le salarié sur la base de ces dispositions est nul lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de l'action en justice.

La jurisprudence de la chambre sociale a d'ailleurs facilité, dans une telle hypothèse, la tâche probatoire du salarié, en précisant qu'il suffisait, pour que la nullité soit encourue, que le licenciement soit dépourvu de cause réelle et sérieuse et qu'il fasse suite à une action en justice fondée sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, sans qu'il soit nécessaire pour le salarié de prouver le lien de causalité entre l'action en justice et le licenciement (Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 99-41.661, *Bull.* 2000, V, n° 395). L'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement fait ici présumer de façon irréfragable l'existence de ce rapport de causalité entre la rupture et l'action en justice.

La chambre sociale, dans l'arrêt du 6 février 2013, s'inspire du même raisonnement, en créant toutefois une présomption simple de rapport de causalité, permettant à l'employeur de démontrer

que la rupture manifestement abusive du contrat à durée déterminée, puisqu'intervenue en dehors des cas limitativement prévus par la loi, est fondée sur un motif certes irrégulier, mais néanmoins étranger à l'action intentée par les salariés.

La postériorité de la rupture par rapport à l'action en justice des salariés et l'absence de preuve par l'employeur de ce que sa décision est motivée par des éléments étrangers à toute volonté de rétorsion permettent ainsi d'établir que la rupture a été prononcée en raison de l'action en justice et de faire cesser le trouble manifestement illicite qui en résulte par la réintégration des salariés.

N° 787

## Contrat de travail, exécution

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

Une clé USB, dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, est présumée utilisée à des fins professionnelles.

En conséquence, les dossiers et fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors la présence du salarié.

**Soc. - 12 février 2013.**

CASSATION

N° 11-28.649. - CA Rouen, 25 octobre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bouthors, SCP Roger et Sevaux, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 81-82, 22-23 mars 2013, Chronique de jurisprudence de droit du travail et de la protection sociale, p. 29-30, note Christophe Frouin (« L'employeur peut ouvrir la clé USB personnelle du salarié connectée à l'ordinateur professionnel »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 252, p. 221-222, la revue Communication, commerce électronique, n° 5, mai 2013, commentaire n° 62, p. 50-51, note Éric A. Caprioli (« Caractère privé d'une clé USB privée connectée à l'ordinateur professionnel »), et le Recueil Dalloz, n° 15, 25 avril 2013, Panorama - droit du travail : relations individuelles de travail, p. 1026 à 1040, spéc. p. 1026 à 1028, note Jérôme Porta (« Vie personnelle du salarié »).*

N° 788

## Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Formalités légales. - Lettre notifiant la sanction. - Envoi. - Fait fautif postérieur. - Portée.

L'envoi d'une lettre notifiant au salarié une sanction disciplinaire n'interdit pas à l'employeur de prononcer par la suite une nouvelle sanction pour des faits fautifs survenus après la date de cet envoi.

Viole en conséquence les articles L. 1232-1 et L. 1331-1 du code du travail la cour d'appel qui retient qu'il n'est pas démontré qu'à la date du 7 novembre 2007, à laquelle le salarié se voyait reprocher d'avoir commis des agissements fautifs, il avait reçu notification d'une première sanction par lettre du 5 novembre, de sorte qu'il n'est pas établi qu'il avait réitéré un comportement fautif déjà sanctionné.

**Soc. - 12 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 12-15.330. - CA Nîmes, 29 novembre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Deurbergue, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, M<sup>e</sup> Haas, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 284, p. 239-240. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 16, 16 avril 2013, Jurisprudence, n° 1171, p. 26 à 28, note Laurent Cailloux-Meurice (« La persistance d'un fait fautif après l'envoi d'une première sanction justifie un licenciement »).*

N° 789

## Contrat de travail, exécution

Maladie. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Suspension du contrat. - Terme. - Visite de reprise. - Déclaration d'aptitude. - Effets. - Réintégration dans l'emploi précédent ou un emploi similaire. - Prise en compte des préconisations du médecin du travail. - Nécessité. - Office du juge. - Portée.

Selon l'article L. 1226-8 du code du travail, si le salarié est déclaré apte par le médecin du travail, il retrouve son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente. Selon l'article L. 4624-1 du même code, le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles, telles que mutations ou transformations de poste, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, la résistance physique ou à l'état de santé des travailleurs. Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour débouter le salarié de ses demandes au titre du licenciement, retient qu'il ne saurait être reproché à l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, d'avoir proposé à l'intéressé, précédemment plombier-chauffagiste, des postes de type administratif et commercial technique compatibles avec son état de santé, sans caractériser l'impossibilité pour l'employeur de lui proposer son poste, si nécessaire aménagé, ou un emploi similaire, en tenant compte des préconisations du médecin du travail.

**Soc. - 6 février 2013.**

CASSATION

N° 11-28.038. - CA Aix-en-Provence, 13 octobre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Vallée, Rap. - M. Richard de la Tour, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 9, 25 février 2013, Actualités, n° 235, p. 419, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier (« Prise en compte par l'employeur des préconisations du médecin du travail »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 277, p. 234-235, et La Semaine juridique, édition sociale, n° 14, 2 avril 2013, Jurisprudence, n° 1148, p. 33-34, note Pierre-Yves Verkindt (« Avis du médecin du travail et reclassement du salarié victime d'un accident »).*

N° 790

## Contrat de travail, exécution

Responsabilité du salarié. - Responsabilité pécuniaire. - Mise en œuvre. - Faute. - Faute lourde. - Caractérisation. - Nécessité. - Portée.

La responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde.

Doit être censuré l'arrêt qui, pour condamner un salarié en situation irrégulière sur le territoire français au paiement d'une somme en réparation du préjudice subi par l'employeur, retient que l'intéressé ne conteste pas avoir délibérément trompé l'employeur sur son

identité et sa situation sur le territoire français et que son attitude a causé un préjudice certain à l'employeur, sans caractériser une faute lourde du salarié.

**Soc. - 13 février 2013.**  
**CASSATION PARTIELLE**

N° 11-23.920. - CA Reims, 3 novembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Sommé, Rap. - SCP Capron, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 154, note Caroline Dechristé (« Responsabilité pécuniaire du salarié en situation irrégulière »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/13, mai 2013, décision n° 413, p. 347-348.*

N° 791

**Contrat de travail, rupture**

Rupture conventionnelle. - Forme. - Convention signée par les parties. - Remise d'un exemplaire au salarié. - Nécessité. - Fondement. - Détermination. - Portée.

La remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, dans les conditions prévues par l'article L. 1237-14 du code du travail, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause.

Une cour d'appel qui constate que tel n'était pas le cas en déduit à bon droit que la convention de rupture était atteinte de nullité.

**Soc. - 6 février 2013.**  
**REJET**

N° 11-27.000. - CA Lyon, 23 septembre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Richard de la Tour, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Georges, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 9, 25 février 2013, Actualités, n° 234, p. 419, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Convention de rupture conventionnelle : chaque partie doit détenir un exemplaire »). Voir également la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 155 (« Rupture conventionnelle et remise d'un exemplaire de la convention »), cette même revue, n° 4, avril 2013, Chroniques, n° 258, p. 258 à 260, note François Taquet (« Les limites de la rupture conventionnelle »), la Gazette du Palais, n° 81-82, 22-23 mars 2013, Jurisprudence, p. 21-22, note Alain Sauret et Pierre-Louis Vignancour (« Rupture conventionnelle : du bon usage des principes civilistes »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 280, p. 236 à 238, La Semaine juridique, édition sociale, n° 15, 9 avril 2013, Jurisprudence, n° 1162, p. 29 à 31, note Marc Patin (« Conditions de validité de la convention de rupture »), et le Recueil Dalloz, n° 15, 25 avril 2013, Panorama - droit du travail : relations individuelles de travail, p. 1026 à 1040, spéc. p. 1039, note Pascal Lokiec (« Ruptures négociées »).*

**Note sous Soc., 6 février 2013, n° 791 ci-dessus**

Dans cette affaire, qui est à rapprocher de celle faisant l'objet de l'arrêt du 30 janvier 2013 relatif au consentement du salarié ayant conclu une rupture conventionnelle (Soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.332, en cours de publication), était posée pour la première fois à la Cour de cassation la question suivante : la convention de rupture doit-elle être établie, à peine de nullité, en deux exemplaires ?

Aux termes de l'article 1325, alinéa premier, du code civil, « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Selon la jurisprudence, l'inobservation de cette formalité

n'entraîne pas la nullité de l'acte lui-même, dont elle n'affecte que la force probante, de sorte qu'elle est sans portée dès lors que les parties ne contestent ni l'existence de la convention, ni ses termes (Soc., 30 mars 1994, pourvoi n° 91-44.468 ; Soc., 30 mars 1994, pourvoi n° 90-42.664).

Selon l'article L. 1237-14 du code du travail, à l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture.

La chambre sociale juge dans l'arrêt ici commenté que la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, dans les conditions prévues par l'article L. 1237-14 du code du travail, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause ; à défaut d'une telle remise, la convention de rupture est nulle.

Cet arrêt manifeste la volonté de la chambre sociale d'assurer l'effectivité des droits du salarié ayant conclu une convention de rupture.

N° 792

**Conventions internationales**

Accords et conventions divers. - Convention de La Haye du 25 octobre 1980. - Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. - Article 13, § b. - Non-retour de l'enfant. - Obligation d'ordonner le retour de l'enfant. - Exclusion. - Cas. - Exposition de l'enfant à un risque grave de danger physique ou psychique. - Caractérisation. - Défaut. - Applications diverses.

Il résulte de l'article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable. Selon l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dès lors, prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour aux États-Unis d'un enfant illicitement déplacé, relève que si les défaillances éducatives alléguées par la mère à l'encontre du père ne sont pas caractérisées, d'une part, il serait dommageable pour l'enfant, compte tenu de son très jeune âge, de remettre en cause son nouvel équilibre, d'autre part, son retour générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère, celle-ci étant enceinte et dans l'impossibilité de se déplacer à court terme, ce qui réitérerait pour l'enfant un traumatisme de séparation et un sentiment d'abandon.

**1<sup>re</sup> Civ. - 13 février 2013.**  
**CASSATION PARTIELLE**

N° 11-28.424. - CA Grenoble, 24 août 2011.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Le Cotty, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Vincent et Ohl, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, Actualité / droit civil, p. 498, note Inès Gallmeister (« Enlèvement international : appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 3, mars 2013, Jurisprudence, p. 185 à 187, note Alexandre Boiché (« Enlèvement international : la Cour de cassation refuse de suivre la jurisprudence Neulinger de la Cour européenne des droits de l'homme »), et la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5060, p. 47, note Élodie Pouliquen (« Appréciation du risque grave empêchant le retour d'un enfant déplacé illicitement »).*



N° 793

## Détention provisoire

Demande de mise en liberté. - Chambre de l'instruction saisie en application de l'article 148-4 du code de procédure pénale. - Délai imparti pour statuer. - Point de départ. - Détermination.

Le point de départ du délai de vingt jours que prévoit l'article 148-4 du code de procédure pénale doit être décompté à partir du lendemain du jour où la déclaration de demande de mise en liberté, formulée auprès du chef de l'établissement pénitentiaire et transmise au greffier de la juridiction, a été transcrite par celui-ci.

**Crim. - 16 janvier 2013.**

REJET

N° 12-87.085. - CA Paris, 9 octobre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Bayet, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 794

## Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Protocole d'accord préélectoral. - Validité. - Contestation. - Compétence judiciaire. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Un syndicat est recevable à contester un protocole préélectoral dont il soutient qu'il modifie la composition des collèges électoraux même lorsque l'autorité administrative a estimé que, le protocole préélectoral étant valide au sens de l'article L. 2314-3-1 du code du travail, elle n'avait pas compétence pour procéder, sur le fondement de l'article L. 2314-11, à la répartition des sièges et du personnel entre les collèges.

**Soc. - 13 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-25.468. - TI Sens, 27 septembre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 304, p. 251-252.*

N° 795

## 1<sup>o</sup> Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations préélectorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Protocole d'accord préélectoral. - Validité. - Contestation. - Compétence judiciaire. - Conditions. - Détermination. - Portée.

## 2<sup>o</sup> Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Vote physique. - Caractère d'ordre public. - Défaut. - Portée.

1<sup>o</sup> Sauf disposition légale différente, les clauses du protocole préélectoral sont soumises aux conditions de validité définies par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail.

Il s'ensuit que, lorsque le protocole d'accord préélectoral répond à ces conditions, il ne peut être contesté devant le juge judiciaire

qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral.

2<sup>o</sup> Si le vote physique est la règle en l'absence de dispositions conventionnelles dérogatoires, le recours au vote par correspondance pour les élections professionnelles n'est contraire à aucune règle d'ordre public.

**Soc. - 13 février 2013.**

REJET

N° 11-25.696. - TI Paris 12, 14 octobre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Fabiani et Luc-Thaler, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 155, note Alain Moulinier (« Protocole préélectoral : recours au vote par correspondance »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 303, p. 250-251, et la revue Droit social, n° 4, avril 2013, Actualités, p. 372-373, note Franck Petit (« L'assouplissement des conditions de recours au vote par correspondance »).*

**Note sous Soc., 13 février 2013, n° 795 ci-dessus**

Par cet important arrêt, la chambre sociale procède à une notable évolution en ce qui concerne les élections professionnelles dans les entreprises, en décidant de ne plus faire du recours au vote physique un principe d'ordre public mais seulement une règle supplétive, en l'absence de dispositions conventionnelles dérogatoires.

En effet, selon une jurisprudence ancienne, le vote physique s'imposait en priorité (Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n° 89-61.449, *Bull.* 1991, V, n° 16), et le principe selon lequel le vote par correspondance ne pouvait être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles était un principe général de droit électoral (Soc., 10 juin 1997, pourvoi n° 96-60.144, *RJS*, juillet 1997, n° 845 ; Soc., 5 avril 1994, pourvoi n° 93-60.340 ; Soc., 7 avril 1993, pourvoi n° 92-60.120). Étaient en conséquence censurés les jugements décidant qu'il y avait lieu de procéder à la généralisation du vote par correspondance en raison de circonstances exceptionnelles sans relever l'existence de telles circonstances pour l'ensemble du personnel de l'entreprise (Soc., 24 novembre 2004, pourvoi n° 03-60.436, *RJS*, février 2005, n° 182 ; Soc., 3 juillet 1991, pourvoi n° 90-60.532 ; Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n° 89-61.449, précité). Ainsi, le vote par correspondance devait être réservé à certaines catégories du personnel, en raison de circonstances particulières. C'était le cas des salariés ne travaillant pas le jour du vote ou en déplacement officiel pour leur travail autorisé par la direction (Soc., 14 février 1984, pourvoi n° 83-60.964, *Bull.* 1984, V, n° 66) ou des salariés travaillant la nuit, en repos ou en congé de maladie le jour du vote (Soc., 10 juin 1997, pourvoi n° 96-60.144, précité), ou des salariés accidentés, malades ou éloignés du fait de leur travail ou pour motifs légitimes (Soc., 20 juillet 1983, pourvoi n° 82-60.290, *Bull.* 1983, V, n° 458).

Toutefois, il est apparu nécessaire à la chambre de prendre en compte l'évolution des modes d'organisation du travail, favorisée notamment par les nouvelles technologies et le développement du télétravail, des bureaux virtuels, du « nomadisme » des salariés appelés à travailler dans des espaces partagés de façon temporaire. Par ailleurs, les études qui ont pu être faites montrent que, de façon générale, même si la situation diffère évidemment selon les entreprises, la possibilité du vote par correspondance exerce une influence positive sur le taux de participation des salariés aux élections professionnelles, notamment au premier tour des élections, où la possibilité de présenter des candidats est réservée aux organisations syndicales.

Dès lors, la chambre a décidé d'abandonner le caractère d'ordre public du recours au vote physique. Celui-ci ne constitue plus, en ce qui concerne les élections dans les entreprises, un principe

général de droit électoral, mais seulement une règle supplétive en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, ce qui ne permet pas toutefois à un employeur d'y recourir par une décision unilatérale sans accord collectif.

Enfin, cet arrêt s'inscrit dans un mouvement général initié par le législateur et les pouvoirs publics, et dont la Cour de cassation doit nécessairement tenir compte, consistant à donner aux partenaires sociaux une capacité accrue dans la négociation sociale et la définition de la norme en ce qui concerne les rapports sociaux. Il s'inscrit également dans l'objectif du législateur de donner aux organisations syndicales une nouvelle légitimité, tel qu'il résulte de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, ayant réformé les règles de la représentativité syndicale.

N° 796

## Élections professionnelles

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Délégation du personnel. - Désignation. - Contestation. - Procédure. - Convocation des parties. - Parties intéressées au litige. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Membres du collège désignatif. - Détermination.

Si les candidats aux élections des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) sont parties intéressées à l'action en contestation des résultats de ces élections et doivent être convoqués à l'instance, il n'en est pas de même des membres du collège désignatif.

**Soc. - 13 février 2013.**

*IRRECEVABILITÉ ET CASSATION*

N° 11-26.053. - TI Amiens, 25 octobre 2011.

M. Béraud, Pt (f.f.). - Mme Salomon, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 305, p. 252-253. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 14, 2 avril 2013, Jurisprudence, n° 1151, p. 36-37, note Jean-Benoît Cottin (« Les membres du CHSCT ne peuvent contester l'élection »).*

N° 797

## Enseignement

Enseignement privé. - Établissement. - Établissement lié à l'État par un contrat d'association. - Enseignant. - Statut. - Agent public. - Absence de contrat de travail avec l'établissement. - Portée.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, les maîtres des établissements d'enseignement sous contrat d'association avec l'État ne sont plus liés par un contrat de travail avec l'établissement au sein duquel ils enseignent.

C'est, dès lors, à bon droit qu'une cour d'appel en a déduit que ces enseignants ne remplissaient plus à compter de cette date, par l'effet de la loi, la condition requise pour continuer à bénéficier de la garantie complémentaire attribuée aux salariés de ces établissements par un accord départemental du 18 septembre 1992, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la dénonciation de celui-ci.

**Soc. - 6 février 2013.**

*REJET*

N° 11-19.382. - CA Grenoble, 12 janvier 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, M<sup>e</sup> Ricard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 13, 26 mars 2013, Jurisprudence, n° 1142, p. 52-53, note Thierry Tauran (« Situation particulière des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 326, p. 269-270.*

N° 798

## État civil

Acte de l'état civil. - Acte de naissance. - Mentions. - Mention du sexe. - Rectification. - Conditions. - Caractère irréversible du changement de sexe. - Preuve. - Nécessité. - Portée.

Pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence, qui ne constituent pas des conditions discriminatoires ou portant atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 16 et 16-1 du code civil, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes, d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain, d'autre part.

Dès lors, après avoir relevé que le demandeur se bornait à produire un certificat d'un médecin établi sur papier à en-tête d'un autre médecin, aux termes duquel le premier certifiait que le second, endocrinologue, suivait le demandeur pour une dysphorie de genre et précisait que le patient était sous traitement hormonal féminisant depuis 2004, une cour d'appel, ayant estimé que ce seul certificat médical ne permettait de justifier ni de l'existence et de la persistance d'un syndrome transsexuel, ni de l'irréversibilité du processus de changement de sexe, a pu rejeter la demande de modification de la mention du sexe portée sur son acte de naissance.

**1<sup>re</sup> Civ. - 13 février 2013.**

*REJET*

N° 12-11.949. - CA Paris, 27 janvier 2011.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Le Cotty, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 9, 25 février 2013, Actualités, n° 227, p. 408-409, note Philippe Reigné (« Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'injuste équilibre »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, Actualité / droit civil, p. 499, note Inès Gallmeister (« Transsexualisme : conditions de rectification du sexe à l'état civil »), la revue Droit de la famille, n° 4, avril 2013, commentaire n° 48, p. 18-19, note Philippe Reigné (« Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'équilibrisme de la Cour de cassation »), la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5054, p. 42-43, note Elodie Pouliquen (« Transsexualisme et modification de l'acte de naissance : une jurisprudence bien ancrée »), et la Revue juridique personnes et famille, n° 4, avril 2013, p. 22-23, note Isabelle Corpart (« Absence de conviction du juge quant à la réalité du syndrome transsexuel et à l'irréversibilité du processus »).*

N° 799

## État civil

Acte de l'état civil. - Acte de naissance. - Mentions. - Mention du sexe. - Rectification. - Conditions. - Caractère irréversible du changement de sexe. - Preuve. - Nécessité. - Portée.

Pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence, qui ne constituent pas des conditions discriminatoires ou portant atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes, d'une part, de protection de la vie privée, d'autre part.

Dès lors, une cour d'appel, ayant relevé que le demandeur ne rapportait pas la preuve, de nature intrinsèque à sa personne, du caractère irréversible du processus de changement de sexe, qui ne pouvait résulter du seul fait qu'il appartenait au sexe féminin aux yeux des tiers, a pu rejeter sa demande de modification de la mention du sexe portée sur son acte de naissance.

**1<sup>re</sup> Civ. - 13 février 2013.**

REJET

N° 11-14.515. - CA Nancy, 3 janvier 2011.

M. Pluyette, Pt (f.f.) - Mme Le Cotty, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 9, 25 février 2013, Actualités, n° 227, p. 408-409, note Philippe Reigné (« Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'injuste équilibre »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 3, mars 2013, Jurisprudence, p. 182-183, note Géraldine Vial (« La Cour de cassation et les conditions du changement de sexe à l'état civil »), la revue Droit de la famille, n° 4, avril 2013, commentaire n° 48, p. 18-19, note Philippe Reigné (« Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'équilibrisme de la Cour de cassation »), la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5054, p. 42-43, note Élodie Pouliquen (« Transsexualisme et modification de l'acte de naissance : une jurisprudence bien ancrée »), et la Revue juridique personnes et famille, n° 4, avril 2013, p. 22-23, note Isabelle Corpart (« Absence de conviction du juge quant à la réalité du syndrome transsexuel et à l'irréversibilité du processus »).*

---

N° 800

## Fonds de garantie

Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. - Victime de l'amiante. - Demande d'indemnisation. - Mécanisme d'indemnisation. - Décisions juridictionnelles devenues irrévocables allouant une indemnisation intégrale pour les conséquences de l'exposition à l'amiante. - Effets. - Portée.

Il résulte de l'article 53-IV, dernier alinéa, de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 que les décisions juridictionnelles devenues irrévocables allouant une indemnisation intégrale pour les conséquences de l'exposition à l'amiante emportent les mêmes effets que le désistement de la demande d'indemnisation présentée au Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) ou de l'action en justice prévue au V du même article et rendent irrecevable toute autre demande présentée au FIVA en réparation du même préjudice.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui déclare irrecevable la demande d'indemnisation du préjudice moral subi par une victime par ricochet formée devant le FIVA, dès lors que le jugement du tribunal des affaires de sécurité sociale qui avait omis de statuer sur cette demande, préalablement présentée devant lui, était devenu irrévocable.

**2<sup>e</sup> Civ. - 7 février 2013.**

REJET

N° 11-28.974. - CA Rennes, 2 novembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Adida-Canac, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 16, 16 avril 2013, Jurisprudence, n° 1174, p. 33 à 36, note Michel Ledoux et Romain Bouvet (« Faute inexcusable de l'employeur et saisine du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante : des précisions sur la coexistence des procédures »), le Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 442 (« Amiante : réparation devant le TASS »), et la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5043, p. 21 à 23, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Compétence du FIVA et des TASS : une articulation délicate »).*

---

N° 801

## Fonds de garantie

Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions. - Recours subrogatoire. - Défendeur. - Droit d'opposer les moyens de défense qu'il aurait été en mesure d'opposer à la victime subrogeante.

En application de l'article 706-3 du code de procédure pénale, l'indemnisation est allouée à la victime d'un préjudice résultant de faits volontaires ou non présentant le caractère matériel d'une infraction.

Il s'ensuit que, dans l'instance introduite par le Fonds d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI) pour exercer le recours subrogatoire qu'il détient dans les droits de la victime aux termes de l'article 706-11 du code de procédure pénale, le défendeur est en droit d'opposer au FGTI les moyens de défense qu'il aurait été en mesure d'opposer à la victime subrogeante.

**2<sup>e</sup> Civ. - 7 février 2013.**

CASSATION

N° 11-26.519. - CA Paris, 14 septembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Adida-Canac, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 72-73, 13-14 mars 2013, Jurisprudence, p. 8 à 10, note Laurence Clerc-Renaud (« L'action subrogatoire du FGTI contre l'agence de voyages à la suite d'un accident de la circulation subi à l'étranger »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5044, p. 23, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Rappel des conditions d'application du recours subrogatoire du FGTI »).*

---

N° 802

## 1<sup>o</sup> Mineur

Cour d'assises. - Débats. - Publicité restreinte. - Règle d'ordre public. - Dérogations.- Cas. - Huis clos immédiatement ordonné à la demande de la partie civile.

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

Arrêt. - Arrêt de condamnation. - Motivation. - Loi n° 2011-939 du 10 août 2011. - Application de la loi dans le temps.

## 3<sup>o</sup> Mineur

Cour d'assises. - Débats. - Publicité de droit commun. - Audience sur les intérêts civils. - Nullité de la décision. - Atteinte aux intérêts de l'accusé. - Démonstration. - Nécessité.

1<sup>o</sup> Si le président, après avoir déclaré le jury définitivement constitué, n'a pas décidé que l'audience se poursuivrait sous le régime de la publicité restreinte prévu par les articles 14 et 20 de

l'ordonnance du 2 février 1945, la cassation n'est pas encourue dès lors que le huis clos a été immédiatement ordonné par la cour à la demande de parties civiles victimes des infractions.

2° Les dispositions de la loi du 10 août 2011, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et imposant, aux termes de l'article 365-1 du code de procédure pénale, 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.

3° S'il est vrai que l'arrêt civil ne mentionne pas que les débats se soient déroulés sous le régime de la publicité restreinte, ainsi que l'imposent les articles 14 et 20 de l'ordonnance du 2 février 1945, l'irrégularité commise ne doit cependant pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle ait porté atteinte aux intérêts de l'accusé, aucune observation ou réclamation n'ayant d'ailleurs été formulée à ce titre par son avocat, au cours de cette audience.

#### **Crim. - 6 février 2013.**

*REJET*

N° 11 - 87.657. - Cour d'assises de la Haute-Loire, 6 octobre 2011.

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

N° 803

### **Presse**

Apologie de crimes. - Apologie de crime contre l'humanité. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Traite et esclavage.

Si la loi du 21 mai 2001 tend à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, une telle disposition législative, ayant pour seul objet de reconnaître une infraction de cette nature, ne saurait être revêtue de la portée normative attachée à la loi et caractériser l'un des éléments constitutifs du délit d'apologie prévu par l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881.

#### **Crim. - 5 février 2013.**

*CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI*

N° 11-85.909. - CA Fort-de-France, 30 juin 2011.

M. Louvel, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 436 (« Loi "mémorielle" (traite et esclavage) : absence de portée normative »). Voir également cette même revue, n° 12, 28 mars 2013, Études et commentaires, p. 805 à 808, note Pierre Egéa (« Lois mémorielles, fin de partie »), la revue Légipresse, n° 303, mars 2013, Cours et tribunaux, p. 164 à 167, note Emmanuel Dreyer (« Peu importe ce que dit la loi : l'esclavage n'est pas un crime contre l'humanité »), et la revue Actualité juridique Pénal, avril 2013, Jurisprudence, p. 218 à 220, note Olivier Décima (« Interprétation restrictive de l'apologie de crime contre l'humanité »).*

N° 804

### **I<sup>o</sup> Preuve**

Règles générales. - Moyen de preuve. - Administration. - Principe de loyauté. - Applications diverses. - Utilisation de messages téléphoniques vocaux. - Recevabilité.

## **2<sup>o</sup> Travail réglementation, contrôle de l'application de la législation**

Lutte contre le travail illégal. - Travail dissimulé. - Sanction. - Indemnisation. - Indemnité forfaitaire. - Étendue. - Cumul avec d'autres indemnités. - Possibilité. - Cas. - Indemnités de rupture du contrat de travail.

1° Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur.

2° Selon l'article L. 8223-1 du code du travail, en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus par l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

Au regard de la nature de sanction civile de cette indemnité, ces dispositions ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail.

#### **Soc. - 6 février 2013.**

*REJET*

N° 11-23.738. - CA Grenoble, 29 juin 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 8, 19 février 2013, Actualités, n° 86, p. 7 (« Revirement : l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé est cumulable avec l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 439, note J. Siro (« Travail dissimulé et régime indemnitaire : nouveau revirement »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 10-11, 7 mars 2013, Études et commentaires, n° 1163, p. 42-43, note François Taquet (« Cumul de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé avec l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement »), la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 154 (« Indemnité forfaitaire pour travail dissimulé »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 316, p. 259 à 261, et La Semaine juridique, édition sociale, n° 14, 2 avril 2013, Jurisprudence, n° 1149, p. 34-35, note Pierre-Yves Verkindt (« Travail dissimulé et cumul d'indemnités »).*

#### **Note sous Soc., 6 février 2013, n° 804 ci-dessus**

Par cet arrêt rendu le 6 février 2013 en formation plénière, la chambre sociale fait évoluer sa jurisprudence sur la question du cumul ou du non-cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec les indemnités de rupture du contrat de travail.

Depuis ses arrêts du 12 janvier 2006 (poursuis n° 04-41.769 et n° 04-42.159 (arrêt n° 1), pourvoi n° 03-44.777 (arrêt n° 2), pourvoi n° 04-40.991 (arrêt n° 3), pourvoi n° 04-42.190 (arrêt n° 4), pourvoi n° 04-43.105 (arrêt n° 5), pourvoi n° 03-46.800 (arrêt n° 6), Bull. 2006, V, n° 13), la chambre énonce que les dispositions de l'article L. 324-11-1 (devenu L. 8223-1) du code du travail ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail, à la seule exception de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Le cumul de l'indemnité pour travail dissimulé a ainsi été admis avec l'indemnité compensatrice de préavis (arrêts n° 3 et n° 4) et l'indemnité de congés payés (arrêt n° 3), l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (arrêts n° 2 et n° 6) et pour non-respect de la procédure de licenciement (arrêt n° 5), les dommages-intérêts pour violation de l'ordre des licenciements (arrêt n° 1), mais le

N° 806

cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle était exclu, seule la plus élevée des deux devant être allouée au salarié (arrêt n° 4).

Ultérieurement, par un arrêt rendu le 14 avril 2010 (pourvoi n° 08-43.124, *Bull.* 2010, V, n° 101), la chambre sociale, renforçant le caractère dissuasif de l'indemnité pour travail dissimulé, a étendu la règle du cumul en considérant que cette indemnité pouvait se cumuler non seulement avec les indemnités susceptibles d'être accordées au titre de la rupture du contrat de travail, mais également avec des dommages-intérêts visant à réparer la privation du droit pour le salarié à des allocations de chômage et des indemnités journalières. La chambre a ainsi énoncé, dans un attendu de principe, « *qu'indépendamment de la sanction civile prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail, tout salarié a droit à l'indemnisation du préjudice lié à la faute de l'employeur dans l'exécution de ses obligations* ».

La double nature de l'indemnité pour travail dissimulé, non pas seulement indemnitaire pour le salarié, mais encore de sanction civile à l'égard de l'employeur, étant ainsi clairement mise en évidence, la chambre a été conduite à revenir sur la règle du non-cumul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement avec l'indemnité pour travail dissimulé, en supprimant cette exclusion : il est désormais énoncé par l'arrêt ici commenté, après le rappel des termes de l'article L. 8223-1 du code du travail, « *qu'au regard de la nature de sanction civile de cette indemnité, [les] dispositions [de l'article L. 8223-1] ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail* ».

Cette nouvelle jurisprudence simplificatrice s'inscrit dans une volonté, conforme aux vœux du législateur, de renforcement du rôle dissuasif de l'indemnité pour travail dissimulé.

N° 805

## Professions médicales et paramédicales

Médecin-chirurgien. - Responsabilité. - Faute. - Applications diverses. - Complication qui aurait pu être évitée par un geste médical adapté.

Manque de base légale un arrêt qui, pour rejeter la demande en responsabilité d'une patiente à l'encontre du chirurgien qui avait pratiqué sur elle une lipectomie, se borne à relever, d'une part, qu'il n'existe pas de geste médical ou chirurgical pour éviter la survenance d'un épanchement qui est considéré comme une simple complication et non comme le résultat d'une faute commise par le médecin et, d'autre part, qu'elle avait signé un document où elle reconnaissait notamment avoir été informée sur la nature, laquelle n'était pas précisée, de l'opération prévue, ses avantages et ses risques, sans rechercher, d'une part, si la nécrose cutanée, complication connue pour les plasties abdominales, n'aurait pas pu être évitée par un geste médical adapté et, d'autre part, si le chirurgien n'avait pas failli à son obligation d'explicitement les risques précis de l'abdominoplastie, notamment par la remise d'une brochure exhaustive.

**1<sup>re</sup> Civ. - 6 février 2013.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 12-17.423. - CA Reims, 17 janvier 2012.

M. Bague, Pt (f.f.). - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - SCP Blanc et Rousseau, SCP Richard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5045, p. 24, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Faute médicale et information du patient : encore et toujours ! »). Voir également la revue Responsabilité civile et assurances, n° 4, avril 2013, commentaire n° 125 et 126, p. 20-21, note Laurent Bloch (« Chirurgie esthétique : obligation d'information »).*

## Protection des consommateurs

Intérêts. - Taux. - Taux effectif global. - Calcul. - Éléments pris en compte. - Exclusion. - Cas. - Assurance-incendie obligatoire dont la souscription ne conditionne pas l'octroi du prêt.

Les frais relatifs à l'assurance-incendie ne sont intégrés dans la détermination du taux effectif global que lorsque la souscription d'une telle assurance est imposée à l'emprunteur comme une condition de l'octroi du prêt, et non à titre d'obligation dont l'inexécution est sanctionnée par la déchéance du terme.

**1<sup>re</sup> Civ. - 6 février 2013.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 12-15.722. - CA Aix-en-Provence, 15 décembre 2011.

M. Bague, Pt (f.f.). - Mme Verdun, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 8, 18 février 2013, Actualités, n° 200, p. 357 (« Conditions d'intégration au TEG des frais d'assurance incendie »), également publiée dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 7, 15 février 2013, Actualités, n° 269, p. 11 (« Personne morale de droit public et activité agricole »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 16, 15 avril 2013, Jurisprudence, n° 435, p. 766 à 768, note Claude-Albéric Maetz (« Frais relatifs à l'assurance-incendie et détermination du TEG »), le Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit des affaires, p. 429 (« Calcul du taux effectif global : frais relatifs à l'assurance incendie »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 10-11, 7 mars 2013, Études et commentaires, n° 1159, p. 38 à 40, note Patrice Bouteiller et Francis J. Crédot (« Conditions d'intégration des frais relatifs à l'assurance-incendie dans la détermination du TEG »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4492, p. 29-30, note Victoria Mauriès (« Taux effectif global et assurance-incendie »), la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 4, avril 2013, commentaire n° 101, p. 38, note Guy Raymond (« Crédit immobilier : calcul du taux effectif global »), la Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2013, commentaire n° 46, p. 46-47, note Nicolas Mathy (« TEG »), la Revue de droit immobilier, urbanisme, construction, n° 4, avril 2013, Chroniques - Financement de la construction, p. 207-208, note Henri Heugas-Darraspen (« Les frais d'assurance incendie imposés à titre d'obligation dont l'inexécution est sanctionnée par la déchéance du terme ne sont pas à inclure dans l'assiette du TEG »), et la revue Banque et droit, n° 148, mars-avril 2013, Chronique - Droit bancaire, p. 31, note Thierry Bonneau.*

N° 807

## 1<sup>er</sup> Régimes matrimoniaux

Communauté entre époux. - Administration. - Pouvoirs de chacun des époux. - Cautionnement de la même dette. - Engagements simultanés. - Textes applicables. - Article 1415 du code civil (non).

## 2<sup>o</sup> Cautionnement

Conditions de validité. - Acte de cautionnement. - Proportionnalité de l'engagement (article L. 341-4 du code de la consommation). - Critère d'appréciation. - Cas. - Époux cautions soumis au régime de la communauté légale. - Article 1415 du code civil écarté. - Biens et revenus à considérer.

1<sup>o</sup> Lorsque deux époux soumis au régime de communauté légale se sont engagés en termes identiques sur le même acte de prêt

en qualité de caution solidaire pour la garantie de la même dette, ce dont il résulte qu'ils se sont engagés simultanément, l'arrêt en déduit exactement que les dispositions de l'article 1415 du code civil n'ont pas vocation à s'appliquer.

2° Dès lors que les dispositions de l'article 1415 du code civil sont écartées, la disproportion des engagements des cautions, résultant des dispositions de l'article L. 341-4 du code de la consommation, s'apprécie tant au regard de leurs biens et revenus propres que de ceux de la communauté.

#### Com. - 5 février 2013.

REJET

N° 11-18.644. - CA Rennes, 15 mars 2011.

M. Gérard, Pt (f.f.). - Mme Levon-Guérin, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M<sup>e</sup> Blondel, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit des affaires, p. 429, note Valérie Avena-Robardet (« Disproportion du cautionnement : appréciation en cas de communauté de biens »). Voir également la Gazette du Palais, n° 65-66, 6-7 mars 2013, Jurisprudence, p. 13 à 15, note Marc Mignot (« Le cautionnement unique des époux hors du champ d'application de l'article 1415 du code civil »), cette même revue, n° 79-80, 20-21 mars 2013, Chronique de jurisprudence de droit des sûretés, p. 17-18, note Christophe Albiges (« Biens de la communauté et contrat de cautionnement : précisions relatives aux modalités de l'engagement des époux et à l'appréciation de la disproportion »), et cette même revue, n° 102-103, 12-13 avril 2013, Chronique de jurisprudence de droit bancaire, p. 22-23, note Pauline Pailler (« Appréciation de la disproportion de l'engagement d'époux soumis au régime légal de la communauté »), la revue Actualité juridique Famille, n° 3, mars 2013, Jurisprudence, p. 187-188, note Patrice Hilt (« Deux époux qui s'engagent en termes identiques sur le même acte de prêt en qualité de caution pour la garantie de la même dette ne peuvent se prévaloir de l'article 1415 du code civil »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4494, p. 31, note Victoria Mauriès (« Cautionnement : conséquences de l'engagement simultané de deux époux communs en biens »), la revue Droit et procédures, n° 3, mars 2013, Droit du recouvrement, p. 6, note Olivier Salati (« Garanties personnelles du recouvrement »), La Semaine juridique, édition générale, n° 15, 8 avril 2013, Jurisprudence, n° 417, p. 723 à 725, note Olivier Gout (« Le cautionnement d'une même dette donné par deux époux mariés sous le régime de la communauté : nouvelles précisions jurisprudentielles »), la Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2013, commentaire n° 53, p. 51, note Dominique Legeais (« Champ d'application de l'article 1415 du code civil »), la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5050, p. 32-33, note Gaëlle Marraud des Grottes (« De l'assiette de cautionnement des époux »), ce même numéro, Actualités, n° 5062, p. 54, note Alexandre Paulin (« Cautionnements solidaires d'époux et gage des créanciers »), la revue Banque et droit, n° 148, mars-avril 2013, Chronique - Droit des sûretés, p. 48-49, note François Jacob, et la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 5, mai 2013, commentaire n° 125, p. 76-77, note Guy Raymond (« L'article L. 341-4 du code de la consommation et le cautionnement donné par deux époux »).*

N° 808

### Régimes matrimoniaux

Communauté entre époux. - Liquidation. - Récompenses. - Récompenses dues à la communauté. - Acquisition, conservation ou amélioration d'un propre. - Profit subsistant. - Évaluation. - Modalités. - Détermination.

Au cas où des deniers communs ont été employés pour rembourser les emprunts contractés pour financer la construction d'une nouvelle maison d'habitation sur le terrain appartenant

en propre à un époux sur lequel était déjà édiflée une maison d'habitation, si la récompense due par cet époux à la communauté doit être fixée d'après la proportion dans laquelle les fonds empruntés à la communauté ont contribué au financement de la nouvelle construction, la plus-value procurée au patrimoine enrichi doit être déterminée, non par une revalorisation de la dépense faite, mais en déduisant de la valeur actuelle de l'immeuble la valeur actuelle de ce bien, dans sa consistance antérieure aux travaux ouvrant droit à récompense.

#### 1<sup>re</sup> Civ. - 13 février 2013.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-24.825. - CA Douai, 4 janvier 2010 et 19 mai 2011.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Bignon, Rap. - SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier-Bourdeau, SCP Blanc et Rousseau, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, Actualité / droit civil, p. 497 (« Récompense due à la communauté : évaluation »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5064, p. 55 à 57, note Alexandre Paulin (« Récompense : précisions sur le calcul du profit subsistant »), la Revue juridique Personnes et famille, n° 4, avril 2013, p. 32-33, note Frédéric Vauvillé (« Récompense en cas de dépense de construction : pas de réactualisation de la dépense faite »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 4, avril 2013, Jurisprudence, p. 247-248, note Patrice Hilt (« La plus-value procurée au patrimoine enrichi ne peut être déterminée par une revalorisation de la dépense faite »).*

N° 809

### Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Committant-préposé. - Lien entre la faute du préposé et ses fonctions. - Abus de fonctions. - Victime de l'abus de fonction. - Croyance légitime. - Appréciation. - Moment. - Détermination. - Portée.

La croyance légitime de la victime d'un abus de fonction s'apprécie à la date de l'acte à l'occasion duquel l'abus a été commis.

#### 2<sup>e</sup> Civ. - 7 février 2013.

CASSATION

N° 11-25.582. - CA Nîmes, 14 juin 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Chaumont, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Defrenois et Levis, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualités, n° 5042, p. 21, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« De la croyance légitime du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire »).*

N° 810

### Sécurité sociale

Assujettissement. - Généralités. - Conditions. - Lien de subordination. - Exception. - Cas. - Activité de réinsertion socioprofessionnelle.

Il résulte de l'article L. 241-12 du code de la sécurité sociale que, dès lors qu'elle est la contrepartie d'une activité de réinsertion socioprofessionnelle, la rémunération versée aux personnes en difficulté par l'un des organismes mentionnés par ce texte donne lieu au versement des cotisations sociales calculées sur une base forfaitaire, peu important que cette activité s'exerce hors de tout lien de subordination.

#### 2<sup>e</sup> Civ. - 14 février 2013.

REJET

N° 12-12.906. - CA Douai, 30 novembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Poirotte, Rap. - Mme Lapasset, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 318, p. 262-263.*

N° 811

## Sécurité sociale

Cotisations. - Paiement indu. - Action en répétition. - Droits des cotisants. - Demande auprès des organismes de recouvrement. - Demande ayant pour objet de connaître l'application à sa situation de certaines règles d'assiette. - Absence. - Effet.

Selon l'article L. 243-6-2 du code de la sécurité sociale, le redevable ne peut opposer à l'organisme de recouvrement l'interprétation de la législation relative aux cotisations et contributions sociales admises par une circulaire ou une instruction du ministre chargé de la sécurité sociale publiée selon les modalités qu'il précise que pour faire échec au redressement de ses cotisations et contributions par l'organisme fondé sur une interprétation différente.

Selon l'article L. 243-6-3 du même code, les organismes de recouvrement doivent se prononcer sur toute demande d'un cotisant ou futur cotisant ayant pour objet de connaître l'application à sa situation de certaines règles d'assiette qu'il énumère, la décision de l'organisme lui étant opposable tant que la situation de fait exposée dans la demande ou la législation au regard de laquelle la situation du demandeur a été appréciée n'ont pas été modifiées.

L'arrêt ayant constaté que la société a spontanément soumis à cotisations les indemnités compensatrices versées à ses salariés dans le cadre d'un accord de réduction du temps de travail, il en résulte nécessairement que sa demande n'entraîne pas dans les prévisions des dispositions précédemment mentionnées.

**2<sup>e</sup> Civ. - 14 février 2013.**

REJET

N° 12-13.339. - CA Paris, 1<sup>er</sup> décembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Prétot, Rap. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Le rapport du conseiller rapporteur est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 13, 26 mars 2013, Jurisprudence, n° 1141, p. 46 à 52 (« Variations sur les circulaires, le rescrit social et les divergences d'interprétation en matière de cotisations sociales »).*

N° 812

## Sécurité sociale

Financement. - Contribution sociale de solidarité. - Nature. - Portée.

La contribution sociale de solidarité des sociétés dite C3S ayant la nature d'une cotisation sociale au sens du premier alinéa de l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale, lui est applicable le deuxième alinéa de ce texte, qui cantonne à trois années, outre l'année en cours, le remboursement des cotisations né d'une décision juridictionnelle révélant la non-conformité à une norme supérieure de droit de la règle qui avait été appliquée.

**2<sup>e</sup> Civ. - 14 février 2013.**

REJET

N° 11-28.470. - CA Paris, 27 octobre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Cadiot, Rap. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Delvolvé, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 14, 2 avril 2013, Jurisprudence, n° 1154, p. 43-44, note Thierry Tauran (« La contribution sociale de solidarité est une cotisation sociale »).*

N° 813

## Sécurité sociale, accident du travail

Cotisations. - Taux. - Fixation. - Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail. - Compétence exclusive. - Portée.

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 242-5 et L. 243-7 du code de la sécurité sociale que si la détermination du taux des cotisations dues par l'employeur au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles relève de la compétence exclusive de la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail, il appartient seulement à l'organisme de recouvrement de s'assurer du respect par l'employeur des taux qui lui ont été ainsi notifiés.

**2<sup>e</sup> Civ. - 14 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 12-13.656. - CA Rennes, 7 décembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Salomon, Rap. - Mme Lapasset, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 320, p. 265-266. Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 16, 18 avril 2013, Études et commentaires, n° 1239, p. 52-53, note François Taquet (« L'URSSAF n'a pas à respecter un délai minimum entre l'envoi de l'avis préalable et le contrôle »), et La Semaine juridique, édition sociale, n° 17, 23 avril 2013, Actualités, n° 190, p. 3 à 7, spéc. n° 4, p. 7 (« Contrôle URSSAF - Avis de passage »).*

N° 814

## Sécurité sociale, accident du travail

Faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur. - Obligation de la caisse vis-à-vis de la victime. - Versement des prestations et indemnités dues. - Action récursoire de la caisse contre l'auteur d'une telle faute.

Il résulte des dispositions des articles L. 452-3 et L. 452-5 du code de la sécurité sociale que la caisse primaire d'assurance maladie, tenue de servir à la victime d'une faute inexcusable ou d'une faute intentionnelle les prestations et indemnités mentionnées par le livre IV du même code, est admise à en récupérer le montant contre l'auteur d'une telle faute.

Dans les deux cas, cette caisse doit faire l'avance des frais de l'expertise ordonnée pour l'évaluation des préjudices ainsi que de la provision allouée à la victime, cette mesure d'instruction et cette provision visant à réparer, au moins pour partie, les préjudices couverts par le livre IV.

**2<sup>e</sup> Civ. - 14 février 2013.**

REJET

N° 12-13.775. - CA Toulouse, 12 janvier 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Salomon, Rap. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 4, avril 2013, Actualités, p. 381-382, note Sophie Hocquet-Berg (« Avance des frais d'expertise judiciaire par les caisses primaires d'assurance maladie en cas d'accident du travail résultant d'une faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés »). Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 17, 23 avril 2013, Jurisprudence, n° 1186, p. 41 à 43, note Gérard Vachet (« ATMP : effets de la faute intentionnelle de l'employeur »).*

N<sup>o</sup> 815

### 1<sup>o</sup> Sécurité sociale, assurances sociales

Prestations (dispositions générales). - Prestations indues. - Contrôle médical. - Analyse de l'activité d'un professionnel de santé. - Validité du contrôle. - Détermination. - Portée.

### 2<sup>o</sup> Sécurité sociale, assurances sociales

Prestations (dispositions générales). - Prestations indues. - Contrôle médical. - Analyse de l'activité d'un professionnel de santé. - Modalités. - Détermination. - Portée.

1<sup>o</sup> Le professionnel de santé ayant été destinataire de demandes d'explications, informé des griefs formulés par la caisse et mis en mesure de s'expliquer contradictoirement pour la totalité de la période du contrôle effectué par le service du contrôle médical, il importe peu, pour la validité du contrôle, qu'une période plus longue que celle courant du 15 avril au 15 juillet 2003 ait fait l'objet d'une analyse.

2<sup>o</sup> Selon l'article R. 315-1-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure au décret n<sup>o</sup> 2009-982 du 20 août 2009, dans le respect des règles de la déontologie médicale, le service du contrôle médical peut, lorsqu'il procède à l'analyse de l'activité d'un professionnel de santé en application du IV de l'article L. 315-1 du même code, consulter les dossiers médicaux des patients ayant fait l'objet des soins dispensés par le professionnel concerné au cours de la période couverte par l'analyse et, en tant que de besoin, entendre et examiner ces patients après en avoir informé le professionnel.

Il résulte de ces dispositions que le service du contrôle médical ne peut agir ainsi qu'après avoir informé le professionnel de santé de l'identité des patients qu'il entend auditionner et examiner.

#### 2<sup>e</sup> Civ. - 14 février 2013.

CASSATION

N<sup>o</sup> 12-13.743. - CA Metz, 6 décembre 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Prétot, Rap. - SCP Gaschignard, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

N<sup>o</sup> 816

### Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige entre personnes privées. - Applications diverses. - Dispositions d'un accord salarial non relatives à l'organisation du service public. - Question préjudicielle au juge administratif. - Exclusion. - Cas. - Contestation relative à la légalité ou l'application et la dénonciation d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise.

Toute contestation portant sur la légalité ou l'application et la dénonciation d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise conclu en application de l'article L. 134-1 du code du travail, devenu les articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du même code, relève, sauf loi contraire, de la compétence judiciaire, hormis le cas où la contestation concerne des dispositions qui n'ont pas pour objet la détermination des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales des personnels des entreprises et établissements publics visés par ces textes, mais qui régissent l'organisation du service public.

Doit en conséquence être approuvé le jugement qui refuse de soumettre une question préjudicielle à la juridiction administrative, après avoir relevé que les salariés ne contestaient pas les délibérations du conseil d'administration ou les décisions du directeur de La Poste, mais fondaient leur demande sur les dispositions d'un accord salarial de 2001 aux termes duquel il était convenu que, fin 2003, les compléments poste des agents contractuels seraient égaux aux montants des compléments poste

des fonctionnaires de même niveau, dispositions qui n'étaient pas relatives à l'organisation du service public de distribution du courrier par La Poste.

#### Soc. - 6 février 2013.

REJET

N<sup>o</sup> 11-26.604 à 11-26.610. - CPH Paris, 14 janvier 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n<sup>o</sup> 4/13, avril 2013, décision n<sup>o</sup> 328, p. 271 à 273. Voir également la revue Droit social, n<sup>o</sup> 4, avril 2013, Actualités, p. 378-379, note Christophe Radé (« Nouvelle condamnation du complément poste »), La Semaine juridique, édition sociale, n<sup>o</sup> 16, 16 avril 2013, Jurisprudence, n<sup>o</sup> 1175, p. 36 à 38, note Stéphane Brissy (« Contestation portant sur l'application d'un accord salarial aux agents de droit privé de La Poste : compétence judiciaire »), et le Recueil Dalloz, n<sup>o</sup> 15, 25 avril 2013, Panorama - droit du travail : relations individuelles de travail, p. 1026 à 1040, spéc. p. 1028 à 1030, note Jérôme Porta (« Principe d'égalité de traitement »).*

N<sup>o</sup> 817

### Servitude

Servitudes diverses. - Passage. - Enclave. - Exclusion. - Cas. - Fonds appartenant en propre à un époux séparé de la voie publique par un fonds dépendant de la communauté constituée entre cet époux et son conjoint.

Le fonds appartenant en propre à un époux ne peut être regardé comme enclavé au sens de l'article 682 du code civil lorsqu'il est seulement séparé de la voie publique par un fonds dépendant de la communauté constituée entre cet époux et son conjoint.

#### 3<sup>e</sup> Civ. - 6 février 2013.

CASSATION

N<sup>o</sup> 11-21.252. - CA Rennes, 19 avril 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Feydeau, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n<sup>o</sup> 8, 28 février 2013, Actualité / droit civil, p. 496, note Antoine Tadros (« Servitude de passage : extinction par cessation de l'état d'enclave »).*

N<sup>o</sup> 818

### Société (règles générales)

Dissolution. - Survie pour les besoins de sa liquidation. - Limites. - Besoins de la liquidation. - Opérations étrangères. - Demande de retrait formée par un associé de la société dissoute.

La personnalité morale d'une société dissoute ne subsiste que pour les besoins de sa liquidation.

Rejetée à bon droit la demande de retrait d'un associé d'une société dissoute dès lors que les opérations inhérentes à l'accueil d'une telle demande, visant au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, sont étrangères aux besoins de la liquidation.

#### Com. - 12 février 2013.

CASSATION PARTIELLE

N<sup>o</sup> 12-13.837. - CA Papeete, 12 mai 2011.

M. Espel, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - M. Carre-Pierrat, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n<sup>o</sup> 8, 28 février 2013, Actualité / droit des affaires, p. 495 (« Société civile en liquidation : rejet de la demande de retrait »).*



Voir également la revue Droit des sociétés, n° 4, avril 2013, commentaire n° 62, p. 27-28, note Henri Hovasse (« Pas de retrait d'une société civile dissoute »), la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 4/13, avril 2013, décision n° 341, p. 309-310, et le Bulletin Joly Sociétés, n° 4, avril 2013, n° 121, p. 245-246, note François-Xavier Lucas (« La liquidation de la société paralyse le retrait d'associé »).

N° 819

## Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective des industries chimiques et connexes du 30 septembre 1952. - Avenant n° 1. - Maladie ou accident non professionnel. - Maintien de la rémunération. - Éléments. - Primes. - Primes garanties. - Énumération. - Portée.

Selon l'article 23 de l'avenant n° 1 du 11 février 1971 à la convention collective des industries chimiques et connexes du 30 septembre 1952 étendue par arrêté du 13 novembre 1956, en cas de maladie, le maintien des appointements mensuels augmentés des seules primes d'ancienneté, de rendement, de production et de productivité est garanti, à l'exclusion de tous autres éléments de rémunération.

Un conseil de prud'hommes en déduit à bon droit que les primes liées à un travail posté et au travail dominical ne sont pas comprises dans la rémunération ainsi garantie.

**Soc. - 6 février 2013.**

REJET

N° 11-23.925 à 11-23.932. - CPH Dunkerque, 1<sup>er</sup> juillet 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Ballouhey, Rap. - M. Richard de la Tour, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 286, p. 241. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 18, 30 avril 2013, Jurisprudence, n° 1195, p. 40-41, note Mickaël d'Allende (« Conditions d'attribution d'une indemnité complémentaire »).

N° 820

## Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes du 6 janvier 1970. - Article 5.II, 2. - Exercice du droit syndical. - Temps de travail consacré à une commission paritaire. - Temps assimilé à du travail effectif. - Détermination. - Portée.

Selon l'article L. 132-30 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, des conventions ou accords collectifs de travail fixent les modalités d'exercice du droit de s'absenter, de la compensation des pertes de salaires ou du maintien de ceux-ci, ainsi que de l'indemnisation des frais de déplacement de salariés appelés à participer aux négociations, de même qu'aux réunions des commissions paritaires, et selon l'article 5.II, 2, de la convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes du 6 janvier 1970, au cas où des salariés participent à une commission paritaire, et dans la limite d'un nombre de salariés arrêté d'un commun accord entre les organisations syndicales d'employeurs et de salariés, le temps de travail consacré à ces commissions est payé par l'employeur comme temps de travail effectif.

Il en résulte que c'est à bon droit qu'un tribunal ordonne le paiement comme temps de travail effectif par l'employeur du

temps que le salarié consacre aux réunions de la commission, peu important que les réunions soient fixées en dehors de ses horaires habituels de travail.

**Soc. - 13 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-23.880. - CA Paris, 30 juin 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Ballouhey, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M<sup>e</sup> Haas, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 307, p. 253-254. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 17, 23 avril 2013, Jurisprudence, n° 1180, p. 27 à 29, note Gérard Vachet (« Assiette de calcul des congés payés »).

N° 821

## Succession

Rapport. - Évaluation. - Critères. - Valeur du bien à l'époque du partage. - Définition. - Portée.

Aux termes de l'article 860, alinéa premier, du code civil, le rapport est dû de la valeur du bien à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation.

Méconnaît cette disposition la cour d'appel qui retient, pour le partage, la valeur d'un terrain en le considérant constructible alors que ce caractère est hypothétique à l'époque du partage.

**1<sup>er</sup> Civ. - 13 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-24.138. - CA Grenoble, 14 juin 2011.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - M. Savatier, Rap. - SCP de Chaisemartin et Courjon, SCP Vincent et Ohl, M<sup>e</sup> Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, Actualité / droit civil, p. 497 (« Rapport successoral : moment d'appréciation de la valeur du bien donné »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 3, mars 2013, Jurisprudence, p. 191-192, note N. Levillain (« Rapport des donations : pas de prise en compte des plus-values potentielles ou postérieures au partage »), la Revue Lamy droit civil, n° 103, avril 2013, Actualité, n° 5066, p. 59, note Alexandre Paulin (« Rapport à la succession : quid du changement de nature de l'objet de la donation ? »), et la Revue juridique personnes et famille, n° 4, avril 2013, p. 44, note David Martel (« L'hypothétique gain de valeur n'est pas rapportable »).

N° 822

## Syndicat professionnel

Action en justice. - Conditions. - Intérêt collectif de la profession. - Applications diverses. - Application du principe d'égalité de traitement.

L'action du syndicat qui ne tend pas au paiement de sommes déterminées à des personnes nommément désignées, mais à l'application du principe de l'égalité de traitement, relève de la défense de l'intérêt collectif de la profession.

**Soc. - 12 février 2013.**

CASSATION PARTIELLE

N° 11-27.689. - CA Nancy, 30 mai 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 255, p. 223-224. Voir également le Recueil Dalloz, n° 15, 25 avril 2013,

Panorama - droit du travail : relations individuelles de travail, p. 1026 à 1040, spéc. p. 1031, note Jérôme Porta (« Interdiction des discriminations »).

N° 823

### Communiqué

La chambre sociale apporte ici une réponse à une question essentielle ouverte par la loi du 20 août 2008, qui prévoit que la représentativité des organisations syndicales en entreprise est mesurée à partir des suffrages obtenus lors des élections au comité d'entreprise : cette mesure doit-elle s'effectuer selon un calcul par cycle électoral, ou tenir compte de toutes les élections intermédiaires ou partielles et s'effectuer au fil de l'eau ? Autrement dit, la représentativité en entreprise est-elle calculée selon une image figée pendant toute la durée du cycle électoral, ou doit-elle être réinterrogée à chaque fois qu'un nouveau scrutin intervient au sein du périmètre dans laquelle la représentativité a été mesurée ?

Au regard de l'importance des données sociales, et des choix des partenaires sociaux sur ce sujet, la chambre sociale, comme elle a pris l'habitude de le faire pour ce type de contentieux, a questionné les organisations syndicales et patronales pour recueillir leur avis. Tout en insistant sur l'importance d'une représentativité réellement en phase avec le choix des salariés, les partenaires sociaux ont en grande majorité souligné la nécessité, pour la représentation en entreprise et pour la négociation collective, de donner aux organisations syndicales représentatives une stabilité dans leur mission.

La chambre sociale a décidé de privilégier cette stabilité et la sécurité des négociations collectives en optant pour une mesure de la représentativité pour la durée du cycle électoral couvrant le périmètre concerné, peu important les élections intermédiaires. Ainsi, les élections partielles qui peuvent survenir au cours de ce cycle ne peuvent pas avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales.

### Syndicat professionnel

Représentativité. - Durée. - Appréciation. - Cycle électoral. - Détermination. - Portée.

La représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral.

**Soc. - 13 février 2013.**

CASSATION

N° 12-18.098. - TI Tours, 16 avril 2012.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Haas, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*L'avis de l'avocat général est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 14, 1<sup>er</sup> avril 2013, Jurisprudence, n° 384, p. 664 à 666, suivi d'un commentaire de cette décision dans ce même numéro, Jurisprudence, n° 385, p. 666-667, note Henri Guyot (« Les résultats des élections partielles doivent être neutralisés pour mesurer l'audience des organisations syndicales »). Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 8, 19 février 2013, Actualités, n° 83, p. 6 (« Élections partielles : pas de modification de la représentativité »), cette même revue, n° 15, 9 avril 2013, Jurisprudence, n° 1164, p. 35 à 38, note Emeric Jeansen et Yannick Pagnerre (« Mesure de la représentativité : peu importe les résultats des élections partielles »), le Recueil Dalloz, n° 7, 21 février 2013, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 442 (« Représentativité syndicale : validité pour la durée du cycle électoral »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Repères - Droit du travail, n° 4505, p. 43-44, note Paul-Henri Antonmattéi (« Représentativité syndicale : la Cour de cassation consacre la méthode du cycle électoral »), la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 155, note Alain Moulinier (« Représentativité syndicale et incidence des élections intermédiaires ou partielles »), la Revue de jurisprudence sociale,*

*n° 4/13, avril 2013, décision n° 295, p. 245-246, et la revue Droit social, n° 4, avril 2013, Actualités, p. 374-375, note Franck Petit (« La représentativité acquise pour toute la durée d'un cycle électoral »).*

**Note sous Soc., 13 février 2013, n° 823 ci-dessus**

La chambre sociale était saisie d'une question essentielle dans le cadre de l'application de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : la mesure de la représentativité des organisations syndicales en entreprise, qui s'apprécie à partir des résultats obtenus par les syndicats au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel, et, à défaut, des délégués du personnel (article L. 2122-1 du code du travail), doit-elle s'effectuer selon un calcul par cycle électoral, ou tenir compte de toutes les élections intermédiaires ou partielles et s'effectuer au fil de l'eau ? Autrement dit, la représentativité en entreprise est-elle calculée selon une image figée pendant toute la durée du cycle électoral, ou doit-elle être réinterrogée à chaque fois qu'un nouveau scrutin intervient au sein du périmètre dans laquelle la représentativité a été mesurée ?

Les travaux parlementaires étaient taiseux sur la question et la doctrine, partagée sur la réponse à y apporter. Et, de fait, des arguments forts pouvaient être invoqués à l'appui de l'une ou l'autre des positions.

- En faveur d'une prise en compte de tous les événements électoraux survenant au cours du cycle électoral, l'argument majeur était que la représentativité peut ainsi être appréciée en fonction des résultats réels, et, au fur et à mesure que ceux-ci évoluent, les intégrer. Elle est donc proche du poids réel des organisations syndicales au moment où elles exercent leurs prérogatives. La négociation, notamment, est ainsi nécessairement conduite par des organisations syndicales qui peuvent s'affirmer représentatives au moment où les accords sont signés. Ce qui évite le spectre d'une dénonciation d'accord, qu'on peut augurer dès la conclusion de l'accord par une organisation syndicale dont on sait déjà qu'elle n'est plus représentative.

- En faveur d'une image figée de la représentativité pour toute la durée du cycle électoral, l'argument principal était la sécurité juridique, puisqu'il n'est pas besoin à tout moment de vérifier la consolidation des résultats pour s'assurer du maintien de la légitimité des acteurs, et la stabilité ainsi apportée, pendant une période pouvant aller jusqu'à quatre ans, au fonctionnement de la représentation en entreprise et de la négociation collective.

La chambre sociale a décidé, compte tenu de l'importance sociale de la question, de consulter les partenaires sociaux sur les choix qui leur paraissent les plus en adéquation avec la position commune du 9 avril 2000 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. Cinq organisations syndicales nationales, deux organisations patronales et la direction générale du travail ont donné suite à cette consultation, par des avis extrêmement denses. La nécessité d'assurer sécurité et stabilité juridique à la représentation syndicale en entreprise, dans le cadre d'un processus qui permet en tout état de cause d'en vérifier tous les quatre ans (au maximum) l'adéquation aux choix des salariés, a été très majoritairement mise en avant par les partenaires sociaux.

C'est cette option que retient la chambre sociale dans sa décision du 13 février 2013, dans laquelle elle affirme que « la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral ».

Toutefois, cette option générale pouvait-elle également s'appliquer au cas particulier, dont la chambre sociale était saisie, des élections partielles ? La question pouvait être posée, dès lors qu'une élection partielle s'intègre, pour la compléter, dans l'élection générale qui a été prise en compte pour le calcul de la représentativité. Mais le risque était grand, ainsi que l'ont souligné les partenaires sociaux, en tenant compte des élections partielles pour établir la représentativité, de fausser

en définitive cette mesure, tant les élections partielles peuvent révéler de particularités et donc ne pas valoir mesure réelle de la représentativité.

La chambre sociale décide donc que la représentativité étant mesurée pour un périmètre donné pour toute la durée du cycle électoral, les élections partielles ne peuvent être prises en considération pour modifier cette mesure.

N° 824

## Syndicat professionnel

Section syndicale. - Représentant. - Désignation. - Cadre de la désignation. - Établissement. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Dès lors que, d'une part, l'audience électorale d'une organisation syndicale constitue l'un des critères fixés par la loi pour que lui soit reconnue la qualité de syndicat représentatif et que peuvent, par conséquent, présenter également des candidats au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, les syndicats non représentatifs répondant aux conditions définies par les articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du code du travail, et que, d'autre part, en vue de permettre à ces syndicats de préparer les élections, leur a été reconnu le droit, en vertu de l'article L. 2142-1-1 du même code, de désigner un représentant de la section syndicale tant au niveau de l'entreprise que de l'établissement, il s'ensuit qu'un syndicat représentatif dans l'entreprise, qui ne saurait, dans un établissement où il n'a pas été reconnu représentatif, bénéficier de moins de prérogatives que celles reconnues aux syndicats non représentatifs, est en droit, faute de pouvoir procéder à la désignation d'un délégué syndical, de désigner un représentant de la section syndicale dans cet établissement, peu important qu'il ait désigné un délégué syndical central sur le fondement des dispositions de l'article L. 2143-5 du code du travail.

C'est dès lors à bon droit qu'un tribunal d'instance rejette la demande de l'employeur tendant à l'annulation de la désignation d'un représentant de la section syndicale par un syndicat dans un établissement où il n'avait pas été reconnu comme représentatif, peu important que ce syndicat ait désigné antérieurement au niveau de l'entreprise, où il avait été reconnu représentatif, un délégué syndical.

### Arrêt n° 1 :

#### Soc. - 13 février 2013.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 12-19.662. - TI Nevers, 10 mai 2012.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 10, 4 mars 2013, Actualités, n° 269, p. 481, note Gilles Dedessus-Le-Moustier (« La désignation d'un délégué syndical ne fait pas obstacle à celle d'un RSS au sein d'un établissement »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 512 (« Représentativité syndicale : syndicat non représentatif au sein d'un établissement »), la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 155, note Alain Moulinier (« Désignation d'un délégué syndical central et d'un RSS au sein d'un établissement »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 299, p. 246-247, la revue Droit social, n° 4, avril 2013, Actualités, p. 376-377, note Franck Petit (« Désignation du représentant de la section syndicale : un revirement attendu »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 81, avril 2013, Repères - Droit du travail, n° 4549, p. 53-54, note Florence Canut (« La désignation d'un délégué syndical central n'exclut pas celle d'un représentant de la section syndicale »).*

### Arrêt n° 2 :

#### Soc. - 13 février 2013.

REJET

N° 12-19.663. - TI Montpellier, 10 mai 2012.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2013, Actualités, p. 155, note Alain Moulinier (« Désignation d'un délégué syndical central et d'un RSS au sein d'un établissement »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/13, avril 2013, décision n° 299, p. 246-247, la revue Droit social, n° 4, avril 2013, Actualités, p. 376-377, note Franck Petit (« Désignation du représentant de la section syndicale : un revirement attendu »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 81, avril 2013, Repères - Droit du travail, n° 4549, p. 53-54, note Florence Canut (« La désignation d'un délégué syndical central n'exclut pas celle d'un représentant de la section syndicale »).*

#### Note sous Soc., 13 février 2013, n° 824 ci-dessus

Dès lors que le législateur a érigé l'audience électorale au nombre des critères au vu desquels la qualité d'organisation représentative est reconnue dans l'entreprise (article L. 2122-1 du code du travail), il était nécessaire d'ouvrir le premier tour des élections professionnelles aux syndicats non représentatifs. Afin de permettre à ces derniers de préparer les échéances électorales, le législateur, reprenant sur ce point l'une des dispositions de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme (« la position commune ») (article 10-1), a reconnu aux syndicats non représentatifs constituant une section syndicale dans l'entreprise le droit de désigner un représentant de la section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

La question s'est posée de savoir si un syndicat reconnu représentatif dans l'entreprise et ayant désigné à ce niveau un délégué syndical pouvait se prévaloir de ces dispositions pour désigner, dans un établissement où il n'avait pas atteint le seuil de 10 % des suffrages exprimés, un représentant de la section syndicale, les dispositions de la loi étant muettes sur ce point.

Par un arrêt du 10 mai 2012 (pourvoi n° 11-21.144, *Bull.* 2012, V, n° 146), la chambre sociale a répondu par la négative. Cette position résultait de la prise en compte de l'économie générale de la réforme de la représentativité opérée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, et, plus précisément, de ce que la reconnaissance de la représentativité au niveau de l'entreprise implique de prendre en compte l'ensemble des suffrages obtenus par l'organisation syndicale dans tous les établissements, y compris ceux où elle n'a pas passé le cap de 10 %, et de ce que le délégué syndical désigné au niveau de l'entreprise a vocation à représenter l'ensemble du personnel, la section syndicale au niveau de l'établissement bénéficiant par ailleurs de prérogatives propres.

Dans le cadre des consultations régulières opérées par la chambre sociale, les organisations syndicales, signataires ou non de la « position commune », ont mis en évidence les incidences pratiques de la solution adoptée : ne pouvant, dans un établissement où il n'a pas franchi le seuil de 10 %, désigner un délégué syndical, un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise se verrait privé de tout représentant dans cet établissement, alors même que les syndicats non représentatifs ont la possibilité d'y désigner un représentant de la section syndicale.

Si les considérations générales sur lesquelles a été fondée la position prise initialement conservent leur pertinence, la chambre sociale, par ces arrêts du 13 février 2013, décide, au regard des éléments d'appréciation ainsi mis en évidence et dès lors que l'article L. 2142-1-1 prévoit que le représentant de la section syndicale peut être désigné au sein de l'établissement, de reconnaître au syndicat représentatif dans l'entreprise le

droit de désigner un représentant de la section syndicale dans l'établissement où il n'a pas franchi la barre des 10 %. De la sorte, cette organisation peut, comme tous les syndicats non représentatifs, y disposer d'un représentant lui permettant de mener une action syndicale, notamment en vue de s'y voir reconnaître ultérieurement la qualité d'organisation représentative.

N° 825

## *Urbanisme*

Droit de préemption urbain. - Vente d'un immeuble. - Déclaration d'intention d'aliéner. - Dépôt. - Lieu. - Mairie de la commune où est situé le bien quel que soit le titulaire du droit de préemption. - Nécessité.

L'article L. 213-2 du code de l'urbanisme, qui prévoit que le dépôt de la déclaration d'intention d'aliéner, point de départ du délai d'exercice du droit de préemption, doit, à peine de nullité de la vente, intervenir en mairie de la commune où se trouve situé le bien quel que soit le titulaire du droit de préemption, exclut l'application de l'article 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

**3<sup>e</sup> Civ. - 13 février 2013.**  
CASSATION

N° 11-20.655. - CA Paris, 31 mars 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Andrich, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Gaschignard, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 8, 28 février 2013, Actualité / droit immobilier, p. 500, note R. Grand (« Droit de préemption : dépôt de la déclaration d'intention d'aliéner »).*





## 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.







191137830-000613

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

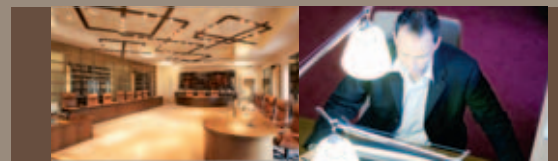
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



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](http://ladocumentationfrancaise.fr)