



# CHRONIQUE ANNUELLE DES GRANDES CONCLUSIONS DU PARQUET GÉNÉRAL DE LA COUR DE CASSATION POUR L'ANNÉE 2018 (PARTIE 1)

Sous la direction de Monsieur Renaud Salomon,  
Avocat général à la Cour de cassation,  
Professeur associé à l'Université de Paris Dauphine

## **Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit civil**

**9** Conséquence de la résolution du contrat  
de vente à l'établissement de crédit du bien objet  
d'un crédit-bail

Laurent Leveur,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II,  
Directeur du Laboratoire de droit civil

**16** La transcription de la gestation pour autrui,  
suite mais pas fin

Charles-Édouard Bucher,  
Professeur à l'Université de Nantes,  
Directeur de l'Institut de recherche en droit privé  
(IRDPA – EA 1166)

## **Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit des affaires**

**24** Une commune ne peut ni saisir la Cour  
européenne des droits de l'homme ni invoquer  
la Convention devant les juridictions nationales

Georges Decocq,  
Professeur à l'Université de Paris-Dauphine

# Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit civil

## Conséquence de la résolution du contrat de vente à l'établissement de crédit du bien objet d'un crédit-bail

Laurent Leveueur,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II,  
Directeur du Laboratoire de droit civil

**Conclusions de Monsieur le Premier avocat général Laurent Le Mesle sous Cass. ch. mixte, 13 avr. 2018, société Le Poids lourd 77 c/ société Aptibois et autre, n° 16-21.345.**

### Vingt fois sur le métier...

Il est certains dossiers qui laissent une impression de déjà vu, pour ne pas dire de déjà fait. C'est incontestablement le cas de celui que ces deux pourvois vous soumettent.

Il y a vingt huit ans une première chambre mixte avait, par trois arrêts, fixé le sort des contrats de crédit-bail lorsque la vente qu'ils avaient pour objet de financer se trouvait résolue. « *La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* » (1) aviez-vous dit en posant une solution claire et efficace dont il n'est pas discuté qu'elle a concouru à garder au crédit-bail la fonction qui est la sienne, c'est-à-dire celle d'un instrument nécessaire (et adapté) au financement de matériels onéreux (2).

Et puis il y a cinq ans, une autre chambre mixte a gravé dans le marbre une solution en apparence voisine mais en réalité différente (ce qui n'est pas incohérent : la question n'était pas la même) pour les ensembles contractuels qui « *s'inscrivent dans une opération incluant une location financière* » (3). Ici encore la solution est nette : l'anéantissement de l'un des contrats entraîne la caducité des autres. Et, *mutatis mutandis*, la solution retenue par la Cour de cassation

s'est, dans ce cas aussi, avérée adaptée aux opérations économiques en cause, à savoir le financement de biens de moindre valeur, souvent à obsolescence rapide et qui ne nécessitent donc pas une option d'achat, de telle sorte que, sans tout à fait tarir le contentieux, la solution dégagée en 2013 l'a fortement contenu.

Cette solution est tellement adaptée d'ailleurs qu'elle a, pour l'essentiel, inspiré le nouvel article 1186 du Code civil : « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* ».

C'est à propos d'une espèce antérieure à l'entrée en vigueur de ce dernier texte que la cour d'appel s'est, dans notre affaire, risquée à une sorte de synthèse (il serait peut-être plus exact d'ailleurs de parler de mixage) des deux solutions et a jugé que « *la résolution du contrat de vente (...) entraîne par voie de conséquence la caducité du contrat de location (...) nonobstant les clauses contraires du contrat de crédit-bail* ». Référence expresse donc à la solution dégagée par les arrêts du 17 mai 2013 assimilant, jusque dans l'emploi un peu hasardeux des mots, crédit-bail et

1) Cass chambre mixte, 23 novembre 1990, n° 86-19.396 ; 87-17.044 et 88-16.883.

2) Cf sur ce point les conclusions très argumentées de notre collègue Caroline Henry, sous Cass com, 12 juillet 2017, n° 15-21.845 (not. pages 3 et 4).

3) Cass chambre mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et 11-22.927.

4) Pourvoi n° M 16-21.947.

5) Pourvoi n° H 16-21.345.

6) Arrêt page 7.

7) Arrêt page 2.

8) Cass civ 1, 15 juillet 1999, Bull 245.

9) Cass civ 3, 24 mars 2015, n° 14-13.914.

10) Cass civ 1, 12 juin 2014, n° 13-13.932.

11) Ce qui poserait question, au demeurant, sur la raison du renvoi de ce dossier en chambre mixte (comme d'ailleurs préalablement devant la formation de section de la chambre commerciale).

location, le premier apparaissant comme une variété de la seconde. Donc, à suivre la cour d'appel, l'issue serait dans tous les cas la même : caducité et non plus résiliation.

Le pourvoi de la banque crédit-bailleresse (4) critique cette solution. En effet, vous dit-il, soit l'on considère que la cour d'appel a qualifié de location financière ce qui était en réalité un crédit-bail et sa solution doit donc être censurée pour cette raison même (trois dernières branches), soit l'on considère que la cour d'appel a abusivement assimilé crédit-bail et location financière quant à la conséquence à tirer de la résolution de la vente, et elle a alors violé l'article 1184 du Code civil (première branche).

C'est aux suites qu'il convient de réserver à la première branche de ce pourvoi que va être pour l'essentiel consacré notre avis. Il consistera à souligner que c'est dans l'oeil du lecteur (ici de la cour d'appel) que se mesure le degré d'accomplissement du projet qui inspire toute jurisprudence. De ce point de vue, les distinctions à opérer entre celle de 1990 et celle de 2013, et les raisons de ces distinctions, méritent sans doute d'être précisées. Notre avis s'y efforcera, ce sera l'occasion de se convaincre, en paraphrasant Boileau, qu'une solution, même bien conçue et clairement énoncée avec des mots qui, pour la dire, arrivent aisément, peut néanmoins gagner à être remise sur le métier ; pas nécessairement pour en changer le sens, mais pour en enrichir l'expression. « *Polissez la sans cesse et la repolissez* » aurait pu dire l'auteur de l'Art poétique qui fut aussi avocat.

## OBSERVATIONS LIMINAIRES :

Même si l'essentiel des développements qui vont suivre seront donc consacrés aux effets de l'anéantissement de la vente sur le contrat de crédit-bail qui avait pour objet de la financer, il faut quand même dire, au cas particulier, un mot de cet anéantissement lui-même. C'est en effet l'objet du pourvoi du vendeur du véhicule objet de l'opération en cause (5).

Il est certain que sur ce point, la (brève) motivation de l'arrêt attaqué s'est plus attachée à établir le manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme et à distinguer celui-ci d'un éventuel vice caché, qu'à justifier la nécessité de résoudre la vente. Deux considérants seulement y sont consacrés : « *considérant qu'il est établi par les pièces versées aux débats (par l'acquéreur) que le véhicule vendu n'offrait pas une charge utile d'au moins 850 KGS, malgré les indications contraires figurant sur le document* » (6) et puis, plus loin : « *considérant que le véhicule livré (à l'acquéreur) n'étant pas conforme aux spécifications prévues au bon de commande (...), en ce qu'il ne permet pas une charge utile restante de 850 KGS minimum, (le vendeur) a manqué à son obligation de délivrance conforme, que (l'acquéreur) est bien fondé à agir sur le fondement des articles 1610 et 1184 du Code civil ; que la demande de résolution de la vente formulée (par l'acquéreur) doit être accueillie.* » Et il ressort par ailleurs de l'exposé des faits qui figure au début de l'arrêt que la charge disponible n'était que de 620 KGS au lieu des 850 KGS prévus (7).

Insuffisant dit le pourvoi : « *la résolution judiciaire du contrat de vente pour défaut de délivrance conforme*

*suppose que ce manquement soit d'une gravité telle qu'elle justifie l'anéantissement rétroactif du contrat* ». Et il est certain que la cour d'appel n'affirme pas (ni a fortiori ne démontre) que le manquement incriminé était d'une suffisante gravité pour justifier la résolution du contrat.

Il n'est pas discuté que cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. Parfois la Cour de cassation renvoie sèchement les parties à ce pouvoir souverain (8), sans mentionner aucunement la motivation retenue par les juges du fond (et encore moins apprécier si celle-ci se rapporte bien à la gravité du manquement), et puis parfois la juridiction suprême se livre à un contrôle de motivation, ce qui est plus habituel en matière d'appréciation souveraine. Très révélateur est de ce point de vue l'arrêt rendu le 24 mars 2015 par la troisième chambre civile, cité par les parties (9).

Je me demande toutefois s'il y a réellement contradiction. Lorsqu'outre la résolution du contrat, le demandeur sollicite l'octroi de dommages et intérêts il ouvre en réalité une option au juge qui peut aussi allouer l'indemnité sans résoudre – le critère de choix entre les deux solutions tenant alors à la gravité du manquement (10), et le juge doit explicitement justifier celle-ci. Mais si, comme ici, n'est demandée que la résolution, il n'y a pas d'alternative, et il n'est pas interdit de considérer qu'en anéantissant le contrat le juge a implicitement mais nécessairement dit que le manquement était grave.

Observons enfin que cette question est première ; c'est-à-dire que si vous suiviez le pourvoi du vendeur et censuriez l'arrêt sur ce fondement, il n'y aurait plus lieu d'examiner celui du crédit-bailleur (11). Mais ce n'est pas le sens de cet avis : je suis, pour ce qui me concerne, au rejet du pourvoi n° H 16-21.345.

Venons en à notre sujet : il me semble que la cour d'appel a eu tort dans l'assimilation qu'elle a faite entre crédit-bail et location financière et dans les conséquences qu'elle a tirées de cette assimilation. Les solutions posées à vingt trois ans d'intervalle par deux chambres mixtes peuvent certes apparaître voisines. Elles le sont effectivement en ce qu'elles se rapportent l'une et l'autre aux relations qu'entretiennent, entre eux, deux ou plusieurs contrats, et aux conséquences que l'anéantissement de l'un est susceptible d'avoir sur le ou sur les autres. Pour autant ce voisinage s'arrête là. Les situations sont différentes, si bien que les deux solutions, elles-mêmes, diffèrent sur plusieurs points (1°), d'où la dualité des sanctions : résiliation dans un cas, caducité dans l'autre (2°).

## 1°/ Deux solutions différentes...

### Sur le crédit-bail

Lorsqu'en 1990 la Cour de cassation a dit que « *la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* », elle a, après quelques années d'hésitations, tiré les conséquences des relations complexes qu'entretiennent la vente et cette modalité particulière de financement

qu'est le crédit-bail. Modalité particulière d'abord parce l'option d'achat qu'achète le crédit-preneur fait que ce contrat tient davantage du crédit que du bail ; modalité particulière aussi parce que c'est le crédit-preneur qui s'y comporte comme le propriétaire, bien plus que le crédit-bailleur entre les mains duquel, en réalité, le bien financé ne passe jamais.

La résolution de la vente vient perturber cet équilibre; l'option d'achat disparaît *ipso facto*. Et puis que reste-t-il à financer puisqu'il n'y a plus de vente ? La jurisprudence a hésité, notamment parce que la société de crédit-bail était bien sûr tout à fait étrangère aux causes de la résolution ; sur quel fondement anéantir le contrat de crédit-bail ?

Pour ce qui nous intéresse ici, la solution fixée en 1990 revêt quatre caractéristiques essentielles.

La première tient à ce que la Cour de cassation a posé une règle purement prétorienne, qui ne peut en réalité s'appuyer sur aucun texte, malgré le visa formel de l'article 1184 du Code civil. La Cour de cassation a adopté une solution qu'elle n'a ni déduite ni argumentée, encore moins démontrée. Elle a ainsi balayé d'un seul coup toute discussion sur son fondement. Peu importe celui-ci, cette solution est la solution parce que la Cour de cassation en a décidé ainsi. Dans toute sa superbe de juridiction suprême, elle a créé la norme.

Seconde caractéristique : cette solution est impérative. Les parties ne peuvent y déroger. La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement, a dit la chambre mixte, la résiliation du crédit-bail. On retrouvera cette impérativité à propos de la location financière ; ce qui a guidé la Cour de cassation c'est bien sûr un souci d'efficacité, en effet, à défaut de conséquence « nécessaire », cette jurisprudence aurait été privée de tout effet.

La troisième caractéristique réside dans l'automaticité de la solution. Peu importe le contenu des contrats en cause, peu importe la nature du bien, peu importent les relations entre les parties, peu importe ce que celles-ci ont voulu, ou non, peu importent mêmes les raisons de la résolution de la vente, quelles que soient les circonstances, cette dernière entraîne dans tous les cas la résiliation du crédit-bail conclu pour financer l'achat du bien. La tâche du crédit-preneur en est infiniment facilitée, celle du juge aussi – le premier n'a aucune

autre preuve à présenter, le second aucune recherche complémentaire à effectuer.

Enfin, cette solution est asymétrique, en ce sens que rien n'est dit de l'effet d'un anéantissement préalable du crédit-bail, par exemple pour défaut de paiement des échéances, sur la survie du contrat de vente. C'est donc une solution à sens unique. Il faut admettre qu'en pratique la question ne se pose pas vraiment dans la situation inverse parce que les contrats sont conçus de telle manière que le crédit-preneur est tenu de restituer la chose et que le vendeur est tenu de la reprendre ; le juge n'a donc rien à y ajouter, sauf au cas par cas à exercer son contrôle habituel, notamment en matière de clause pénale. Il n'empêche que, telle que posée, la solution n'implique aucune interdépendance ; elle a seulement trait à l'organisation des relations entre deux contrats autonomes l'un vis-à-vis de l'autre.

### Sur les ensembles contractuels incluant une location financière

Il s'est donc écoulé vingt-trois ans entre les deux chambres mixtes qui nous intéressent ici. Et pendant ces vingt-trois années, la location dite financière, c'est-à-dire avec l'interposition d'une société de financement mais sans option d'achat, s'est considérablement développée sur la scène économique, pour le meilleur comme pour le pire. C'est ce pire, précisément, qui a été à l'origine de très nombreuses situations contentieuses, dont un nombre non négligeable est parvenu jusqu'à la Cour de cassation, suscitant de nouvelles hésitations, des contradictions aussi, notamment entre les décisions de la première chambre civile et celles de la chambre commerciale.

S'il est une chose dont témoignent ces vingt-trois années de jurisprudences contradictoires, c'est bien de la différence des situations. En effet, si les questions s'étaient posées dans les mêmes termes, la Cour de cassation aurait tout simplement appliqué à la seconde la solution adoptée pour la première, c'est-à-dire qu'elle aurait fait, dès l'origine, de la résiliation de la location financière la conséquence nécessaire de la résolution d'un contrat lié, comme en leur temps, et chacun pour ce qui le concerne, le crédit-bail et le contrat de vente. En disant en 2013 que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant*



12) Ainsi Sarah Bros, Dalloz 2016, p. 29 : « *l'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats* ».

13) Cf sur ce point, Cass com, 17 novembre 2015, n° 14-13.152 qui insiste sur la nécessité pour le juge du fond de caractériser l'existence de l'ensemble contractuel interdépendant.

14) Cass com, 4 novembre 2014, n° 13-24.270.

15) Cass com, 12 juillet 2017, n° 15-27.703.

16) Désormais habituellement retenue par la Cour de cassation, cette solution a, à notre connaissance, été posée pour la première fois par la chambre commerciale dans un arrêt du 5 juin 2007, n° 04-20.380, au rapport du doyen Gérard.

17) Ainsi quand la cause de l'inexécution du premier contrat est la liquidation judiciaire du prestataire : Cass com, 12 juillet 2017, n° 16-14.014.

18) Cass com, 12 juillet 2017, n° 16-14.014 précité.

*une location financière sont interdépendants* » et en faisant, après anéantissement d'un premier contrat, de la caducité des autres la conséquence de cette interdépendance, la Cour de cassation a, en réalité, pris en compte une situation qui n'était pas réductible à la précédente, et posé en conséquence une solution qui n'en est pas, loin s'en faut, la simple déclinaison.

Il y a certes des caractéristiques communes...

- Cette solution est d'abord tout aussi prétorienne que la précédente. C'est elle qui a donné naissance (pour partie) au nouvel article 1186 du Code civil, et non l'inverse. De telle sorte, d'ailleurs, qu'il n'est pas déraisonnable de soutenir que si les solutions diffèrent, c'est parce que la juridiction suprême l'a voulu ainsi. L'affirmation de l'interdépendance est « péremptoire » a dit une partie de la doctrine (12). Certes, mais il s'agit d'une décision, pas d'un commentaire. Il arrive en effet que la jurisprudence soit aussi péremptoire que la loi, surtout lorsqu'elle cherche à en combler un vide ; faut-il le lui reprocher dès lors que la solution est efficace et adaptée à la situation qu'on lui demande d'appréhender ?

- Elle est ensuite explicitement impérative : « *sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ». La pratique avait en effet démontré que les clauses dites de divisibilité avaient envahi les contrats de location financière, de telle sorte qu'ici aussi la solution jurisprudentielle adoptée en 2013 n'avait d'existence possible que si elle se doublait de l'interdiction de ce type de clauses.

...mais, pour le reste, c'est une autre histoire qui s'écrit.

- À la différence de la solution de 1990, ici ce n'est pas de la simple coexistence entre les contrats que résulte l'anéantissement du second en conséquence de celui du premier, mais de leur appartenance commune à « une opération », notion peu juridique au demeurant, et que la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de préciser (13). Autrement dit, le juge doit s'assurer de l'existence d'une « opération » qui lie entre eux les contrats, parmi lesquels la location financière, avant d'en déduire l'interdépendance dont résultera la caducité. Si la caducité est une conséquence automatique de l'interdépendance qui résulte, elle-même, nécessairement de l'inscription des contrats dans une même opération, encore est-il exigé que soit établie l'existence même de cette opération. À la différence de la jurisprudence « crédit-bail », l'automatisme de la solution n'est donc ici que relative, ou conditionnelle. Elle ne résulte pas de la simple coexistence des contrats.

- Et, autre différence importante pour la question qui nous intéresse ici : la solution est parfaitement symétrique. La jurisprudence a paru hésiter, qualifiant parfois le contrat de prestation de service de « principal » de telle sorte que c'est de son anéantissement que devrait résulter celui de la location financière et pas l'inverse (14). Aller plus avant dans ce sens aurait abouti à revenir sur la généralité de la solution posée en 2013. La chambre commerciale de la Cour de cassation l'a heureusement exclu par un arrêt du 12 juillet 2017 (15) : c'est la résiliation de « l'un quelconque » des contrats de l'ensemble qui entraîne la caducité des autres. Que serait-il resté autrement de « l'interdépendance », pourtant affirmée

par la jurisprudence de 2013, et qui constitue l'axe central de cette solution ? Il faut en effet entendre l'interdépendance comme une dépendance réciproque.

## 2°/ ...se rapportant à des situations différentes.

En matière de crédit-bail, la sanction de la résolution du contrat de vente est claire : c'est la résiliation du crédit-bail. La solution a été explicitement posée par les arrêts de 1990, ce qui a deux conséquences : d'une part, les effets de cette résiliation s'apprécient à la date de l'assignation, et d'autre part ce sont les clauses du contrat de crédit-bail organisant cette résolution qui trouveront à s'appliquer. Tout cela est connu.

En matière d'ensembles contractuels interdépendants, la solution a tardé, mais elle est désormais certaine. L'anéantissement d'un premier contrat entraîne la caducité des autres (16). Deux conséquences là aussi. C'est d'abord à la date des causes de l'anéantissement du premier contrat qu'il faut faire remonter les effets de la caducité (17) ; ensuite, c'est au juge qu'il revient de faire les comptes entre les parties, sans référence aux clauses du contrat (18). La différence peut être sensible, et elle aboutit normalement à placer l'organisme de location financière dans une bien moins bonne position que celle qui est réservée au crédit-bailleur.

Faut-il revenir sur cette différence et aligner le régime du crédit-bail sur celui des ensembles contractuels incluant une location financière ? (Soulignons d'ailleurs que la question inverse n'aurait, en revanche, aucun sens compte tenu de la modification récente du paysage législatif). On observera que pour y parvenir, la cour d'appel procède à un rapprochement qu'il n'est pas interdit de qualifier de rapide entre crédit-bail et location financière. Au demeurant, la difficulté de notre exercice tient à ce que l'on ne comprend pas très bien les motifs qui ont conduit la cour d'appel à cette assimilation.

### - Je suis, pour ce qui me concerne, plutôt frappé par la différence des situations.

La problématique du crédit-bail est simple quoique celui-ci présente dans sa conception même une certaine forme de complexité, cette dernière tenant à la nature du contrat de crédit-bail, à l'option qu'il recèle nécessairement, au mandat qui lui est généralement associé et à la forme de sûreté que, finalement, il constitue. En revanche, ses relations avec la vente elle-même relèvent de l'ordre de l'évidence. Il y a la vente et il y a son financement, et tout l'apport de la jurisprudence de 1990 a été d'organiser une superposition aussi exacte que possible entre les deux, de telle sorte que lorsque la vente est anéantie, le financement ne puisse lui survivre. Rien de tel en matière de location-financière. Le contrat de base n'y est pas, comme dans la situation précédente, la vente mais le plus souvent un contrat de prestation de service (entretien, formation, publicité, vidéo-surveillance..., les hypothèses sont nombreuses), avec lequel la location-financière n'entretient pas, à proprement parler, de relations directes.

Dans la problématique « crédit-bail », le bien est au cœur du sujet. Il n'y est question que de son achat et de son financement, de son sort en fin de contrat aussi.

Dans la problématique « location-financière », en tous cas telle qu'elle s'est présentée devant les tribunaux, c'est le plus souvent le service qui est au centre de tout. Le bien n'est que le support de celui-ci ; de telle sorte d'ailleurs qu'il est communément dépourvu d'utilité pour son locataire lorsque le contrat de prestation de service est anéanti, le plus souvent parce que la société prestataire a fait l'objet d'une procédure collective et qu'elle n'est plus en situation de remplir ses obligations contractuelles. On ajoutera qu'infiniment plus que le crédit-bail, la location financière porte sur des biens à obsolescence rapide, dont la valeur résiduelle en fin de contrat est souvent quasi nulle, ce qui explique d'ailleurs que leur achat ne présenterait aucun intérêt pour celui que l'on a pris coutume d'appeler le pivot de l'opération.

C'est ce défaut de lien direct entre le contrat initialement résolu et celui dont est sollicité l'anéantissement par voie de conséquence qui a contraint la Cour de cassation à avoir recours à la théorie des ensembles contractuels et à celle de l'interdépendance des contrats qui les composent. De ce point de vue, il ne me paraît pas absurde de soutenir que si la jurisprudence « crédit-bail » résulte d'une forme d'évidence liée à l'économie même des contrats en cause (souvent aussi à leurs stipulations elles-mêmes), la jurisprudence « location-financière » repose, quant à elle, sur une démarche intellectuelle. C'est-à-dire qu'elle suppose toujours la recherche, derrière la segmentation artificielle des contrats, des éléments d'une opération unique.

#### - Il n'est dès lors pas absurde de traiter différemment des situations différentes.

De ce point de vue, la caducité doit être regardée comme le résultat de l'influence inéluctable de la disparition de l'un des éléments d'un tout sur les autres éléments de ce tout. C'est, au demeurant, me semble-t-il, la raison du caractère symétrique de la solution, telle que l'a voulu la jurisprudence de la chambre commerciale : dans les ensembles contractuels interdépendants, aucun élément ne peut survivre sans les autres, précisément parce qu'ils constituent un ensemble, et qu'ils sont interdépendants.

#### Conclusion

En matière de crédit-bail, ce n'est pas d'impossibilité qu'il est question, mais de cohérence. Il ne s'agit pas de gérer les conséquences de la désagrégation d'un ensemble interdépendant, mais d'organiser les relations entre deux contrats qui, pour être autonomes l'un par rapport à l'autre, n'en portent pas moins sur le même bien. Il est nécessaire d'imposer la résiliation de l'un en conséquence de la résolution de l'autre, mais pourquoi faudrait-il en plus interdire aux parties d'organiser les conséquences de cette résiliation nécessaire ? Le juge est là pour suppléer la carence des parties, non pour se substituer à l'expression légitime de leur libre volonté.

#### Avis de cassation

**Cass. ch. mixte., 13 avr. 2018, n° 16-21.345, P+B+R+I : AJ Contrats 2018, 277, note C-E Bucher ; Contrats, conc. consom. 2018, n° 126, note L. Leveneur ; D 2018, 1185, note H. Barbier et 2116, obs. D.R. Martin ; JCP E 2018,**

**1418, obs. J-B. Seube ; JCP G 2018, 543, note F. Buy**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 mai 2016), que, le 10 mai 2010, la société Aptibois a commandé un camion équipé d'un plateau et d'une grue à la société LPL 77 ; que le bon de commande prévoyait que la charge utile restante du véhicule devait être de huit cent cinquante kilogrammes au minimum ; que, pour l'acquisition de ce véhicule, la société Aptibois a conclu, le 3 juin 2010, avec la banque, un contrat de crédit-bail mobilier prévoyant le versement de quatre-vingt-quatre loyers mensuels ; que le camion a été livré avec une carte grise et un procès-verbal de contrôle de conformité initial délivré, le 20 septembre 2010, par la société Gonnet hydraulique, faisant apparaître une charge utile conforme à la commande et à la plaque administrative ; que, le 19 octobre 2010, la société LPL 77 a adressé sa facture à la banque ; qu'une pesée après déchargement, consécutive à un contrôle de police, et un procès-verbal de constat dressé par un huissier de justice ayant révélé que le poids à vide du véhicule était supérieur à celui indiqué sur le certificat d'immatriculation et que la charge disponible était inférieure à celle contractuellement prévue, la société Aptibois a assigné la société LPL 77, qu'elle avait vainement mise en demeure de résoudre le problème, ainsi que la banque, en nullité de la vente et du contrat de crédit-bail et en restitution des loyers versés ; que la société LPL 77 a appelé en garantie la société Gonnet hydraulique ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° H 16-21.345 :

Attendu que la société LPL 77 et la banque font grief à l'arrêt de prononcer la résolution de la vente et de condamner le vendeur à en restituer le prix à la banque et à récupérer le véhicule auprès de celle-ci alors, selon le moyen, « que la résolution judiciaire du contrat de vente pour défaut de délivrance conforme suppose que ce manquement soit d'une gravité telle qu'elle justifie l'anéantissement rétroactif du contrat ; qu'en ne recherchant pas si le manquement à l'obligation de délivrance conforme était d'une gravité suffisante pour justifier l'anéantissement rétroactif du contrat, ce que la société LPL 77 contestait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1184 et 1610 du Code civil » ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le véhicule livré à la société Aptibois n'était pas conforme aux spécifications prévues au bon de commande en ce que la charge utile restante était inférieure à huit cent cinquante kilogrammes, malgré les indications contraires figurant sur les documents, la cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision de prononcer la résolution de la vente ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° M 16-21.947, pris en sa première branche :

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt de prononcer la caducité du contrat de crédit-bail mobilier et de la condamner à restituer à la société Aptibois les loyers versés en exécution de ce contrat alors, selon le moyen, « que le contrat de crédit-bail, qui aboutit à l'accès à la propriété du crédit-preneur, se distingue du contrat de location financière ; que seule l'interdépendance entre

*les contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière emporte caducité du contrat de location financière en raison de la résiliation du contrat dominant et oblige le bailleur à restituer les loyers ; qu'en prononçant la caducité du contrat de crédit-bail mobilier conclu le 3 juin 2010 et en condamnant la banque à restituer à la société Aptibois les loyers versés en exécution de ce contrat de crédit-bail, la cour d'appel a violé l'article 1184 du Code civil » ;*

Mais attendu que la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que la résolution du contrat de vente entraînait nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation (Ch. mixte., 23 novembre 1990, pourvois n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044, Bull. 1990, Ch. mixte, n° 1 et 2 ; Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.621, Bull. 1993, IV, n° 327 ; Com., 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-00.330 ; Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-15.992) ;

Que, par ailleurs, il a été jugé que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants (Ch. mixte., 17 mai 2013, pourvois n° 11-22.768 et n° 11-22.927, Bull. 2013, Ch. mixte, n° 1) et que l'anéantissement de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres (Com., 12 juillet 2017, pourvoi n° 15-27.703, publié) ;

Que, si cette dernière jurisprudence n'est pas transposable au contrat de crédit-bail mobilier, accessoire au contrat de vente, la caducité qu'elle prévoit, qui n'affecte pas la formation du contrat et peut intervenir à un moment où celui-ci a reçu un commencement d'exécution, et qui diffère de la résolution et de la résiliation en ce qu'elle ne sanctionne pas une inexécution du contrat de crédit-bail mais la disparition de l'un de ses éléments essentiels, à savoir le contrat principal en considération duquel il a été conclu, constitue la mesure adaptée ;

Qu'il y a lieu, dès lors, modifiant la jurisprudence, de décider que la résolution du contrat de vente entraîne, par voie de conséquence, la caducité, à la date d'effet de la résolution, du contrat de crédit-bail et que sont inapplicables les clauses prévues en cas de résiliation du contrat ;

Que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que le crédit-preneur devait restituer le véhicule à la banque et que celle-ci, qui ne pouvait pas se prévaloir des clauses contractuelles de garantie et de renonciation à recours, devait lui restituer les loyers perçus en exécution du contrat de crédit-bail ;

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

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les autres branches du moyen unique du pourvoi n° M 16-21.947 qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Par ces motifs :

REJETTE les pourvois ;

## OBSERVATIONS

Pour financer l'acquisition d'un camion dont elle a besoin, une société recourt à un crédit-bail. Ainsi deux contrats sont conclus : un contrat de vente par lequel l'établissement de crédit achète le camion en question auprès du vendeur, et un contrat de crédit-bail par lequel l'établissement de crédit met le camion à la disposition du crédit-preneur et lui consent une option d'achat en fin de contrat. Par la suite il s'avère, à l'occasion d'un contrôle de police, que le camion présente une charge utile inférieure à celle qui avait été convenue avec le vendeur. La vente est résolue pour manquement à l'obligation de délivrer une chose conforme à la commande (C. civ., art. 1604). Quelle est la conséquence de cette résolution sur le contrat de crédit-bail ? La cour d'appel décide qu'il s'agit de la caducité du crédit-bail, qu'elle prononce, en condamnant en outre le crédit bailleur à restituer les loyers versés en exécution de ce contrat.

Pourtant cela fait vingt-huit ans que la Cour de cassation retient une autre solution, forgée en chambre mixte : « *la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail sous réserve des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* » (Cass. ch. mixte 23 nov. 1990 : Bull. civ. ch. mixte, n° 3). Cette solution repose sur une solide justification : la résolution de la vente entraîne la restitution de la chose au vendeur initial, si bien que le crédit bailleur ne peut plus exécuter son obligation de la mettre à la disposition du crédit-locataire ; d'où la résiliation du crédit-bail, pour cause d'inexécution de ce contrat.

Il est vrai que, depuis 2013, la Cour de cassation énonce par ailleurs que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération de location financière sont interdépendants* » (Cass. ch. mixte 17 mai 2013, n° 11-22.768), et elle en déduit que l'anéantissement de « *l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres* » (Cass. com. 12 juill. 2017, n° 15-27.703).

Fallait-il donc assimiler les deux situations et aligner le régime du crédit-bail sur celui des ensembles contractuels s'inscrivant dans une opération de location financière, en abandonnant ainsi la solution qui valait depuis 1990 pour lui substituer la caducité ?

Dans ses conclusions, le Premier avocat général Laurent Le Mesle soutient vigoureusement que les deux solutions, différentes, se rapportent à des situations différentes. Dans le crédit-bail « *le bien est au cœur du sujet. Il n'y est question que de son achat et de son financement, de son sort en fin de contrat aussi* ». Au contraire, dans la location financière, le contrat de base est « *le plus souvent un contrat de prestation de services (entretien, formation, publicité, vidéosurveillance..., les hypothèses sont nombreuses), avec lequel la location financière n'entretient pas, à proprement parler de relations directes* » ; si un bien est loué, il n'est que le support du « *service qui est au centre de tout* », de telle sorte d'ailleurs que le bien « *est communément dépourvu d'utilité pour son locataire lorsque le contrat de prestation de services est anéanti* » ; en outre la location financière « *porte sur des biens à obsolescence rapide, dont la valeur résiduelle en fin de contrat est souvent quasi nulle, ce qui explique d'ailleurs que leur achat ne présenterait*

*aucun intérêt pour celui que l'on a coutume d'appeler le pivot de l'opération* » : la location financière ne comporte pas d'option d'achat. Et c'est parce qu'il n'y a pas « *de lien direct entre le contrat initialement résolu et celui dont est sollicité l'anéantissement par voie de conséquence* » que la Cour de cassation a été contrainte « *à avoir recours à la théorie des ensembles contractuels et à celle de l'interdépendance des contrats qui les composent* ».

Aussi bien, les deux situations étant différentes, il convient de les traiter différemment. Le Premier avocat général explique que la caducité frappant des contrats s'inscrivant dans une opération de location financière « *doit être regardée comme le résultat de l'influence inéluctable de la disparition de l'un des éléments d'un tout sur les autres éléments de ce tout* », aucun élément d'un ensemble contractuel interdépendant ne pouvant « *survivre sans les autres, précisément parce qu'il constitue un ensemble, et qu'ils sont interdépendants* ». Au contraire en matière de crédit-bail, « *il ne s'agit pas de gérer les conséquences de la désagrégation d'un ensemble interdépendant, mais d'organiser les relations entre deux contrats qui, pour être autonomes l'un par rapport à l'autre, n'en portent pas moins sur le même bien. Il est nécessaire d'imposer la résiliation de l'un en conséquence de la résolution de l'autre, mais pourquoi faudrait-il en plus interdire aux parties d'organiser les conséquences de cette résiliation nécessaire ?* »

Cet avis n'a été suivi qu'en partie. La Chambre mixte réunie pour statuer sur cette question a certes considéré, dans le prolongement de ces conclusions, que la jurisprudence sur la caducité des contrats qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière en conséquence de l'anéantissement de l'un quelconque d'entre eux, « *n'est pas transposable au contrat de crédit-bail mobilier, accessoire au contrat de vente* ». Mais elle a tout de même choisi d'abandonner la solution de 1990 et de retenir la caducité du crédit-bail, au motif que celle-ci, « *qui n'affecte pas la formation du contrat et peut intervenir à un moment où celui-ci a reçu un commencement d'exécution, et qui diffère de la résolution et de la résiliation en ce qu'elle ne sanctionne pas inexécution du contrat de crédit-bail mais la disparition de l'un de ses éléments essentiels, à savoir le contrat principal en considération duquel il a été conclu, constitue la mesure adaptée* ».

Cependant tout n'est peut-être pas terminé sur ce sujet. Celui-ci pourrait bien revenir à l'avenir sur le métier... Le nouvel article 1186 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 – texte qui n'était pas applicable en l'espèce – a introduit dans le Code civil des dispositions

générales sur la caducité du contrat. Deux hypothèses en sont présentées. L'alinéa deux du texte consacre la jurisprudence sur la caducité de contrats d'une même opération d'ensemble, consécutivement à la disparition de l'un d'eux. Et l'alinéa premier porte sur la caducité d'un contrat valablement formé mais dont l'un des éléments essentiels vient à disparaître, comme la doctrine et la jurisprudence l'avaient déjà admis notamment à propos de la disparition de la cause ou de l'objet du contrat (V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2008, n° 07-17.646 : Bull. civ. I, n° 241). On remarquera que la chambre mixte se réfère à cette hypothèse-ci de caducité du contrat, celle qui tient à « *la disparition de l'un de ses éléments essentiels* », désormais expressément consacrée par l'alinéa premier de l'article 1186 du Code civil. Or, ce texte, fort intéressant, appellera nécessairement des précisions à l'avenir, relatives en particulier aux éléments essentiels qu'il vise exactement (ainsi on verrait mal qu'il puisse s'agir du consentement, sauf à priver de toute force obligatoire les contrats formés !). Il conviendra aussi de veiller à son articulation avec d'autres sanctions prévues par la loi. La chambre mixte s'y efforce d'ailleurs ici : la caducité, dit-elle, « *diffère de la résolution et de la résiliation en ce qu'elle ne sanctionne pas une inexécution du contrat de crédit-bail mais la disparition de l'un de ses éléments essentiels* ». Cependant, on peut penser qu'il y avait précisément ici nécessairement une inexécution du contrat de crédit-bail, puisque le crédit-bailleur ne pouvait plus laisser à la disposition du crédit-preneur le camion qui devait être restitué au vendeur initial, consécutivement à l'anéantissement de la vente. Si donc il faut se garder de prononcer la caducité d'un contrat lorsqu'une cause de résolution ou résiliation pour inexécution est caractérisée, c'est la résiliation qui aurait dû être retenue ici et il aurait fallu suivre le premier avocat général jusqu'au bout de son avis de cassation...

Enfin l'enjeu pratique tenait ici aux clauses du contrat qui réglaient les conséquences de la résiliation du crédit-bail : la Cour de cassation décide qu'elles sont inapplicables, puisque ce n'est pas de résiliation mais de caducité qu'il s'agit... En 1990 elle avait indiqué que la force de telles clauses serait préservée. La voici anéantie. Ceci ouvre sur la question fondamentale du rôle du juge en matière contractuelle. Le Premier avocat général Laurent Le Mesle prend de la hauteur et donne sa vision : « *Le juge est là pour suppléer la carence des parties, pas pour se substituer à l'expression légitime de leur libre volonté.* » À une époque où la liberté contractuelle s'est vue reconnaître une valeur constitutionnelle et domine en principe le droit des contrats tel qu'il vient d'être réformé, cette leçon mérite d'être entendue.



**Retrouvez dès maintenant  
votre Journal en ligne sur**  
**www.jss.fr**

# La transcription de la gestation pour autrui, suite mais pas fin

**Charles-Edouard Bucher,**  
**Professeur à l'Université de Nantes,**  
**Directeur de l'Institut de recherche en droit privé (IRDP – EA 1166)**

**Conclusions de Monsieur le Premier avocat général Philippe Ingall-Montagnier, sous Cass. ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053.**

La présente affaire est la première à revenir devant vous sur renvoi de la Cour de réexamen des décisions définitives en matière civile, dans le cadre institué par la loi du 18 novembre 2016 et le décret du 24 mars 2017.

Par arrêt en date du 16 février 2018, cette juridiction a en effet estimé devoir vous déférer l'arrêt en date du 6 avril 2011 par lequel la première chambre de notre Cour avait refusé la transcription à l'état civil français d'actes de naissance à l'étranger (Californie États-Unis d'Amérique) d'enfants jumelles nées le [...] d'une gestation pour autrui (GPA), mode de procréation interdit en France, mais autorisé en Californie, sous contrôle judiciaire.

Il a été en effet considéré, sur avis conforme de l'avocat général, que les « *mesures de satisfaction équitable* » accordées ensuite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en date du 26 juin 2014 (Req. N° 65192/11) ayant jugé que le refus de transcription à l'état civil de la filiation établie à l'étranger constituait une violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés (CESDHL), ne pouvaient en aucune manière répondre aux attentes des requérants ni mettre un terme aux conséquences dommageables qu'ils subissaient de ce fait.

Ainsi, seul le réexamen du pourvoi initial des requérants est-il de nature à placer les intéressés en situation de faire valoir effectivement leurs droits en sollicitant les transcriptions souhaitées à l'état civil, dans le cadre et sous les conditions désormais fixées par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ainsi que par notre Cour depuis ses arrêts du 3 juillet 2015 et du 5 juillet 2017.

## I. Le contexte procédural

### A. Filiation établie par voie judiciaire aux États-Unis

Par jugement de la Cour suprême de Californie en date du 14 juillet 2000, il est dit que conformément à la loi locale, les requérants institués « père génétique » et « mère légale », deviennent les parents des enfants à naître, ces derniers étant portés par une mère gestatrice, dont il est indiqué qu'il lui a été implanté des gamètes fécondées *in vitro* et constituées du matériel génétique du requérant ainsi que d'une amie du couple.

En application de cette décision, les actes de naissance des deux enfants établis en Californie le 1<sup>er</sup> novembre 2000 portent mention du nom du « père génétique » et de son épouse, « mère légale ».

### B. Décision de réexamen du refus de transcription à l'état civil français

C'est dans un tel contexte que les requérants ont sollicité la transcription en France des actes d'état civil américains des enfants.

À défaut de présentation d'un certificat d'accouchement, cette transcription a été refusée le 8 novembre suivant par le consulat de France à Los Angeles qui a transmis le dossier à l'Autorité judiciaire française. Le parquet de Créteil, compétent à raison du lieu de résidence des intéressés a fait transcrire les actes de naissance litigieux au service de l'état civil central de Nantes le 25 novembre 2002, avant d'assigner les requérants le 16 mai 2003 aux fins de faire annuler ces actes sur le fondement des articles 16-7 et 16-9 du Code civil.

À l'issue du règlement d'une contestation portant sur la recevabilité de l'action du Ministère Public, tranchée dans un sens affirmatif par la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, n° 07-20468), la Cour d'appel de Paris a, par arrêt du 18 mars 2010, fait droit à la demande du Parquet et annulé la transcription des actes de naissance.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi des requérants, motif pris notamment de ce que ne peut être transcrit un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère mais contraire à l'ordre public international français, selon lequel une naissance par voie de GPA ne saurait produire des effets au regard de la filiation (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 10-19053).

C'est l'arrêt objet du présent réexamen sur le fondement de l'arrêt rendu par la CEDH le 26 juin 2014 qui avait retenu une violation de l'article 8 de la CESDHL, s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée.

### C. La demande

1- Dans le cadre du réexamen de leur pourvoi contre l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 2010, les requérants sollicitent en leur nom et en celui des enfants mineurs :

- la transcription intégrale des actes de naissance californiens des enfants mineurs sur les registres de l'état civil français, dès lors que selon eux-ces actes sont conformes à la réalité en ce qu'ils désignent les requérants comme père et mère des jumelles ;
- à titre subsidiaire, si la Cour n'envisageait pas de faire purement et simplement droit à la demande, la transmission à la CEDH d'une demande d'avis consultatif sur le fondement du protocole n° 16 additionnel à la CESDHL.

2- À l'appui de leur demande, les requérants font valoir en substance :

1°/ Qu'en l'état du droit tel que donné par la CEDH et par les arrêts d'Assemblée de la Cour de cassation en date du 3 juillet 2015, ni la conception française de l'ordre public international, ni même une éventuelle fraude ne permettent plus de s'opposer à la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance étranger lorsque la naissance résulte d'une convention de GPA ;

2°/ Que les actes doivent être transcrits dans leur intégralité, c'est-à-dire en mentionnant tant le père que la mère déclarés, dans la mesure où ils sont conformes à la réalité de la décision de la Cour

suprême de Californie en date du 14 juillet 2000, ainsi au surplus qu'à la réalité de la possession d'état d'enfant légitime dont jouissent les filles.

Les questions en cause concernent ainsi :

- la force probante d'un acte d'état civil étranger ainsi que les conditions de sa transcription à l'état civil français au vu de l'article 47 du Code civil et, cela, quand les mentions de l'acte résultent d'une décision de justice étrangère relative à l'état des personnes (dans un contexte au surplus où la référence au caractère illicite en France de la GPA ne saurait en soi fonder le refus de transcription, selon la jurisprudence en vigueur) ;
- la définition en droit de la maternité.

## II. Le droit applicable

### A. Au regard des conséquences de principe sur l'état civil d'une naissance par voie de GPA

Sans qu'il y ait lieu ici à revenir sur les données et discussions d'ordre général et juridique sur la gestation pour autrui, amplement exposées et commentées à l'occasion des précédents de principe de 2014 et 2015, ainsi que des arrêts de juillet 2017, on rappellera les points suivants :

1. Il est acquis à la suite des arrêts Labassée et Mennesson de la Cour européenne des droits de l'homme (26 juin 2014, numéros 65 192/11 et 65 941/11) que :

i- La marge d'appréciation de chaque État sur la position à adopter en matière de GPA, quoique importante, se trouve réduite s'agissant de l'aspect essentiel de l'identité des individus qu'est la filiation ;

ii- Dans ce domaine, les choix opérés par les États, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, doivent faire primer les intérêts supérieurs des enfants (article 3 paragraphe 1 de la Convention de New York), en particulier pour ce qui est de leur droit au respect de leur vie privée. En outre, la Convention internationale des droits de l'enfant stipule à cet égard que « *si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats-parties doivent lui accorder l'assistance et la protection appropriées pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible* » (article 8-2°) ;

iii- Il ne saurait être établi de discrimination entre les personnes à raison de la naissance, y compris quand celle-ci est intervenue à la suite d'une GPA.

2- En application de cette interprétation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés, la Cour de cassation a par arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 (n° 14-21 323 et n° 15-50 002) autorisé la transcription sur les registres français d'état civil des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui.

En effet, il a été spécifié que bien que la GPA soit nulle d'ordre public aux yeux de la loi française (articles 16-7 et 16-9 du Code civil) et pénalement réprimée (articles 227-12 et 227-13 du Code pénal), les principes rappelés ci-avant doivent primer, dès lors que les actes de naissance étrangers en cause ne sont ni irréguliers ni falsifiés et correspondent à la réalité au sens de l'article 47 du Code civil, dans la mesure où ils portent le nom du père, ainsi que celui de la femme ayant accouché.

### B. Au regard des règles régissant les actes d'état civil et spécialement la transcription des actes établis à l'étranger

#### 1. Les actes et leur tenue

a. Les actes de l'état civil, indispensables à l'établissement officiel et fiable de l'identité et de l'état des personnes physiques, sont, selon la formule bien connue de la Cour de cassation, « *les écrits dans lesquels l'autorité publique constate d'une manière authentique un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes* » (1<sup>re</sup> civ, 14 juin 1983 n° 2-13 247).

- La transcription est définie par la circulaire du garde des Sceaux en date du 21 septembre 1955 modifiée, portant instruction générale relative à l'état civil (IGEC) comme l'opération par laquelle un officier d'état civil reporte sur les registres dont la tenue lui incombe un acte de l'état civil reçu ailleurs que dans sa circonscription, ou bien une décision judiciaire relative à l'état civil.

Comme le rappellent l'art. 7 du décret du 3 août 1962 modifié et la circulaire relative à l'état civil du 28 octobre 2011 (n° 9), ne peuvent bien évidemment être transcrites que les seules indications devant être portées à l'état civil français, c'est-à-dire celles énoncées pour l'acte de naissance à l'article 57 al. 1 du Code civil.

- Sur un plan général, la tenue des actes de l'état civil, s'effectue sous le contrôle et la surveillance des procureurs de la République. Ces derniers doivent en particulier être consultés par les officiers d'état civil, auxquels ils donneront toute directive utile, en cas de difficultés juridiques, ou même de simple incertitude sur les diligences à accomplir.

Comme le rappelle l'IGEC, les instructions du parquet ne préjugent évidemment pas des décisions au fond qui sont du ressort des juridictions judiciaires, seules compétentes *in fine* pour trancher le fond des questions d'état des personnes, au cas d'une quelconque demande ou contestation.

b) On notera que la transcription d'un acte étranger n'est pas obligatoire mais qu'elle présente un intérêt pratique évident, autant pour les autorités publiques que pour les démarches des personnes concernées.

2- L'article 47 du Code civil dispose que tout acte de l'état civil des français et des étrangers, établi dans un pays étranger dans les formes usitées dans ce pays, fait foi, sauf à ce qu'il résulte de tout élément et des vérifications entreprises que cet acte est irrégulier, falsifié ou retrace des faits « *qui ne correspondent pas à la réalité* ».

Ces actes sont donc présumés probants, sauf à ce que la preuve contraire en soit rapportée par tout moyen.

- On soulignera en outre que les actes d'état civil étrangers ne font foi que des constatations matérielles qu'ils comportent (date et lieu de la naissance par exemple), mais qu'en revanche ils ne préjugent en rien de ce que les règles de fond de l'acte en vigueur dans le pays d'établissement ont été dûment respectées.

De même, à l'égard du droit français, ils constituent des éléments de preuve de l'état d'une personne, purement déclaratifs et qui n'emportent pas par eux-mêmes de conséquences sur le fond.

- On rappellera enfin que les juges auxquels une contestation de la force probante d'un acte de l'état civil est soumise disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation à cet égard (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2013 n° 12-15.616).

#### 3. Concernant les jugements étrangers :

L'on sait que, non soumis à exequatur en matière d'état des personnes, ils ne doivent cependant pas contrevenir à l'ordre public international français, ni être des instruments de fraude (par détournement de la loi par exemple).

Ainsi que l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme, il convient que l'intervention de l'ordre public international n'affecte pas de façon disproportionnée le droit des personnes à leur vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CEDH (Cour EDH) et soit également proportionnée au but poursuivi (Par exemple : CEDH 3 mai 2011 req. n° 56759/08, où il a été rappelé dans une affaire d'adoption d'un neveu par son oncle que « *les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'art 8 de la Convention, ni refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto et se dispenser d'un examen concret de la situation* »).

### III. Du refus de transcription des actes de naissance

#### A. Concernant la mention des noms des requérants en tant que parents des enfants

##### 1. Concernant la mère

Comme on l'a vu, aux termes de l'article 47 du Code civil, l'acte de l'état civil dressé à l'étranger ne peut faire foi s'il apparaît qu'il est irrégulier, falsifié, ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

Or, il est établi devant les juges du fond que la femme déclarée comme mère n'est pas celle qui a accouché des enfants concernés. Dans ces conditions, peut-on considérer que cet acte est conforme à la réalité ?

**a)** La définition de la « réalité » donne lieu à diverses interprétations : il s'agit pour les uns de la réalité matérielle et factuelle, tandis que pour les autres il s'agit de celle résultant d'une construction juridique, voire de la réalité sociale, ou même de celle qui est ressentie par les personnes concernées.

Très discutée par les juristes, les spécialistes en sciences humaines, les philosophes et des groupes d'intérêts et d'opinion, la question suscite de nombreux débats qui ne trouvent pas de consensus et suscitent de nouvelles questions et incertitudes en chaîne.

Quoi qu'il en soit de l'importance et de l'intérêt de ces débats de société, notamment en vue de la recherche de solutions nouvelles à définir par le législateur dans l'avenir, ceux-ci n'ont pas vocation à résoudre la question à droit constant et ne permettent d'ailleurs pas de le faire avec certitude.

**b)** S'agissant de la résolution d'un litige soumis à la justice, il importe de repartir du droit existant.

À cet égard, il ressort des termes précités de l'article 47 du Code civil, comme de l'économie générale du système d'état civil que, s'agissant de la naissance d'un enfant, la réalité de la maternité en droit français ne peut évidemment concerner que la désignation de la femme ayant accouché de l'enfant.

Tel est le sens du principe « *mater semper certa est* ».

La même acception se déduit, parmi d'autres, des articles 311-14, 311-25, 325, et 332 alinéa premier du Code civil :

- Ainsi, l'art. 311-14 de ce code dispose que « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant* ».

- De même, l'art. 311-25 prévoit que la filiation est établie à l'égard de la mère par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.

- L'art. 325 spécifie que l'action en recherche de maternité est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché.

- L'art. 332 permet la contestation de maternité sous condition de rapporter la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.

Ainsi, rien ne peut permettre de déclarer qu'un enfant est né d'une autre personne que de la femme qui l'a porté.

Contrairement à ce qui est avancé par les requérants, il ne s'agit donc évidemment pas de sanctionner le recours à la gestation pour autrui, mais simplement de ne pas reconnaître un mode d'établissement de la maternité inexistant en droit interne.

De même, il ne peut être considéré qu'il est pratiqué une différence de traitement injustifiée entre paternité et maternité, dans la mesure où, en l'état de la loi, l'homme et la femme à l'origine de l'opération de GPA ne sont pas dans la même situation, la paternité pouvant résulter d'une déclaration, (sous réserve d'une éventuelle contestation ultérieure), alors que la maternité ne peut résulter que de l'accouchement ou de l'adoption.

Enfin, il est indiqué qu'il apparaît regrettable que le nom de la mère porteuse soit privilégié dans un acte de naissance par rapport à celui de la mère d'intention alors que ce sont les parents d'intention qui ont voulu la naissance tandis que la mère gestatrice n'a pas l'intention de conserver de lien avec l'enfant. Toutefois, ces considérations de pur fait ne peuvent par elle-même faire échec à l'application du droit existant et ne sont pas suffisantes pour donner force de loi à l'intention des participants à un processus de GPA.

La reconnaissance du lien parental d'intention ne peut pas plus résulter d'une construction jurisprudentielle, une telle faculté étant du ressort du législateur.

**c)** En l'espèce, comme on l'a vu, les actes de naissance étrangers mentionnent comme mère non pas la personne ayant accouché des enfants, mais la personne désignée comme « mère légale » dans le jugement de la Cour de Californie.

L'acte d'état civil étranger n'est donc pas conforme à la réalité factuelle de la maternité telle que décrite ci-avant.

Il ne peut donc en aucune manière être considéré comme probant concernant la désignation de la mère. Le fait inexact qu'il retrace ne peut en conséquence être transcrit tel quel.

**d)** Il n'apparaît pas plus possible de transcrire une mention non prévue ou non pertinente pour l'état civil français.

En effet, on l'a vu, les mentions à porter sur un acte de naissance sont limitativement énumérées à l'article 57 du Code civil. On ne pourrait ainsi mentionner la religion dans un acte de naissance, quand bien même celle-ci serait portée sur un acte étranger.

De même, la notion de « maternité légale » judiciairement dévolue à la femme en faveur de laquelle la mère gestatrice a conféré ses « droits sur l'enfant », prévue par la législation californienne, est inconnue de la législation française.

Elle ne saurait donc être transcrite en ces termes dans un acte d'état civil.

C'est en ce sens que s'est prononcée la 1<sup>re</sup> chambre de la Cour dans ses arrêts du 5 juillet 2017 (n° 15-28597,16-16901,16-16455, 16-16495, 16-1620052) aux termes desquels :

- en cas de GPA réalisée à l'étranger, l'acte de naissance peut être transcrit sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la « mère d'intention », commanditaire de la GPA et qui n'a pas accouché de l'enfant ;

- la « dévolution de maternité » et l'abandon par la femme de ses « droits sur l'enfant », constatés par un jugement étranger en faveur de « la mère légale » ne permettent pas pour autant de déroger à la règle du droit français selon laquelle, hors le cas d'adoption, seule la femme ayant accouché peut être désignée à l'état civil en tant que mère.

**e)** Enfin, on remarquera qu'une réponse sur le fond à la question d'état en cause ne peut être apportée dans le cadre de la présente procédure qui ne concerne que le contenu et les modalités de mentions à transcrire.

#### IV. Concernant la mention du nom du requérant en tant que père

La présente action n'a, comme on le sait, pas pour objet de statuer sur le fond, mais seulement de déterminer si un acte d'état civil étranger est susceptible de transcription.

Ainsi, comme également jugé par la Cour de cassation dans ses arrêts précités du 5 juillet 2017, en l'absence de falsification ou d'éléments permettant de douter de la réalité de la paternité déclarée et retranscrite dans l'acte d'état civil étranger et donc de renverser la présomption

d'exactitude de l'acte à cet égard, aucun élément ne s'oppose à la transcription à l'état civil français de la paternité du requérant à l'égard des deux enfants concernées.

### A. Les objections soulevées par les requérants en regard du droit à la vie privée et à l'identité des enfants, ainsi qu'à la vie familiale apparaissent infondées

1- D'une part en effet, quoiqu'il en soit du caractère fondamental du droit à la vie privée, à l'identité et à une vie familiale, ainsi que de la primauté de l'intérêt de l'enfant, ce qui est en cause ici concerne l'impératif de ne retranscrire à l'état civil que des faits exacts, conformes à la vérité, impératifs qu'aucune considération n'autorise à transgresser. S'agissant de déterminer si un fait est conforme à la réalité ou non et de décider sur cette base s'il est susceptible de transcription sur un acte officiel français, il n'existe évidemment pas de possibilité de modulation ou d'application proportionnelle concevables : il est conforme ou il ne l'est pas.

Au surplus, comme également indiqué dans les arrêts précités de la Cour en date du 5 juillet 2017, la transcription partielle résultant du refus de transcrire le nom de la « mère d'intention », commanditaire de l'opération de GPA, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant dès lors que les autorités françaises ne l'empêchent pas de mener une vie familiale, qu'un certificat de nationalité lui est délivré et qu'il existe une possibilité d'adoption par le conjoint, c'est-à-dire – en l'occurrence – par la mère d'intention.

2- D'autre part, si il est de principe établi que les enfants issus de GPA ne sauraient être l'objet d'aucune discrimination à raison de leur naissance, à l'inverse la naissance par GPA n'autorise pas à porter à l'état civil des mentions contraires aux faits et à la réalité, notamment en indiquant faussement que la « mère d'intention » est la mère au sens de femme ayant accouché de l'enfant.

On ne peut faire acquérir à la « maternité d'intention » un statut juridique par cette voie non appropriée, ni suppléer de la sorte à des solutions qui ne peuvent relever que du législateur et le cas échéant de conventions internationales, à l'issue d'un large débat de société.

### B. Sur la justification d'une demande d'avis consultatif auprès de la CEDH

Il ne semble pas y avoir lieu à suivre la suggestion des requérants tendant à ce qu'un avis consultatif soit sollicité de la CEDH sur le fondement du protocole n° 16 applicable depuis le 1<sup>er</sup> août 2018.

Il n'apparaît en effet pas actuellement de question de principe avérée ni simplement potentielle qui résulterait de la confrontation entre les conceptions de la CEDH et de la Cour de cassation :

- cette dernière se conforme à la doctrine définie par la CEDH le 26 juin 2014 dans ses arrêts *Mennesson* et *Labassée* ;

- la jurisprudence ultérieure de la CEDH ne donne pas de signe d'évolution complémentaire conduisant à censurer l'affirmation du principe « *mater semper certa est* », qui est l'enjeu central du débat.

Les États ne sont en particulier pas tenus de reconnaître ou établir un lien de filiation avec une « mère d'intention » et restent libres d'affirmer leur compétence exclusive pour reconnaître ou établir un lien de filiation au seul cas de lien biologique ou d'adoption régulière.

- Pour l'ensemble de ces motifs, il sera conclu à la réformation de l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour en date du 6 avril 2011 et à la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 2010 en ce qu'il avait refusé la transcription de la paternité du requérant à l'état civil français.

- Cette cassation partielle pourra être prononcée sans renvoi.



Elle n'implique en effet pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, s'agissant de la paternité présumée du requérant.

Il est en outre plus qu'évidemment d'une bonne administration de la Justice que la transcription de cette paternité soit ordonnée sans plus attendre sur les registres du service central de l'état civil.

**Cass. ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053.**

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ M. Dominique Y...,

2°/ Mme Sylvie Z..., épouse Y...,

domiciliés [...], et agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, A... et B...,

contre l'arrêt rendu le 18 mars 2010 par la cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 1), dans le litige les opposant au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié [...],

défendeur à la cassation ;

Par arrêt du 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. et Mme Y... à l'encontre de cet arrêt ;

M. et Mme Y... ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme qui, par arrêt du 26 juin 2014, a dit qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée ;

Par arrêt en date du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles, saisie par M. et Mme Y..., a fait droit à la demande de réexamen et dit que la procédure se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation ;

Les demandeurs au pourvoi invoquent, devant l'assemblée plénière, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Potier de La Varde, Buk-Lament ;

Un mémoire de production et des observations complémentaires ont été déposés par la SCP Spinosi et Sureau qui s'est constituée en lieu et place de la SCP Potier de La Varde, Buk-Lament ;

Le rapport écrit de Mme Martinel, conseiller, et l'avis écrit de M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

Sur quoi, LA COUR, siégeant en assemblée plénière, en l'audience publique du 21 septembre 2018, où étaient présents : M. Louvel, Premier président, M. Frouin, Mme Mouillard, M. Soulard,

présidents, M. Prétot, Mme Masson-Daum, conseillers doyens faisant fonction de présidents, Mme Teiller, conseiller faisant fonction de président, Mme Martinel, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, MM. Pers, Huglo, Pronier, Mme Brouard-Gallet, MM. Betouille, Parlos, Mme Vaissette, M. Avel, Mme Van Ruymbeke, M. Jacques, conseillers, M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, Mme Caratini, directeur principal des services de greffe ;

Sur le rapport de Mme Martinel, conseiller, assistée de M. Le Coq, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Spinosi et Sureau, l'avis de M. Ingall-Montagnier, Premier avocat général, auquel la SCP Spinosi et Sureau, invitée à le faire, a répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

## OBSERVATIONS

### I. Les faits et la procédure

Selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 mars 2010), aux termes de leurs actes de naissance américains, dressés dans le comté de San Diego (Californie) conformément à un jugement de la Cour supérieure de l'État de Californie du 14 juillet 2000, A...et B... Y... sont nées le [...] [...] (Californie) de M. Y... et Mme Z... épouse Y..., tous deux de nationalité française.

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire ces actes de naissance par le consulat général de France à Los Angeles (Californie).

Par acte du 16 mai 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner M. et Mme Y... en annulation de cette transcription.

Par un jugement confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007, le procureur de la République a été déclaré irrecevable en son action.

Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008 (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468).

Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a annulé la transcription, sur le registre du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. et Mme Y... en qualité de père et mère des enfants A... et B... Y....

Pour annuler la transcription sur les registres du service d'état civil de Nantes des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie), l'arrêt constate que ces actes ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie qui a déclaré M. Dominique Y..., père génétique et Mme Y..., mère légale de tout enfant à naître de Mme C... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000. Il relève que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que Mme C... a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes de M. Y... et d'une tierce personne, enfants qui ont été remis à M. et Mme Y.... Il en déduit, dès lors, que toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle en vertu de l'article 16-7 du Code civil, que l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international.

Par un arrêt du 6 avril 2011 (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de M. et Mme Y... contre cet arrêt.

Ces derniers ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de A...et B... Y... au respect de leur vie privée et que la France devait verser une somme aux deux requérantes au titre du préjudice moral subi et des frais et dépens.

Sur le fondement des articles L. 452-1 et suivants du code de

l'organisation judiciaire institués par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, M. et Mme Y..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, ont sollicité, par une demande du 15 mai 2017, le réexamen de cette affaire.

Par un arrêt du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande et dit que l'affaire se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

### II. Les moyens

Au soutien du pourvoi, objet de la demande de réexamen, M. et Mme Y..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, soulèvent un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'annuler la transcription des actes de naissance de A... et B... Y....

Ils font valoir :

- que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, qui ne se confond pas avec l'ordre public interne ; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie ayant déclaré M. Y... « père génétique » et Mme Z... « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme C... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du Code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du Code civil ;

- qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les consorts Y... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l'heure », la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution ;

- que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux Y... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux Y..., a violé l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant ;

- qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants Y..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux Y... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

- que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants Y... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables,

a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite Convention.

### III. Motifs de la demande d'avis

1. Dans l'arrêt précédemment mentionné du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant du droit des enfants A... et B... Y... au respect de leur vie privée (CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 26 juin 2014, Y... c. France, n° 65192/11). Elle a considéré que si la Cour de cassation avait, à l'égard des parents, ménagé un juste équilibre entre leurs intérêts et ceux de l'Etat, en ce qui concerne leur vie privée et leur vie familiale (§ 94), il n'en était pas de même s'agissant des enfants, dont le respect de la vie privée, qui « implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation », se trouvait « significativement affecté » (§ 99). Pour expliciter cette analyse, la Cour a rappelé que si, en raison de l'absence de consensus en Europe sur la gestation pour autrui, sujet qui soulève de délicates interrogations d'ordre éthique, les Etats devaient en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention (§ 79), les choix qu'ils peuvent opérer, dans la limite de cette marge, n'échappent pas à tout contrôle (§ 81). À cet égard, s'agissant des enfants conçus selon ce mode de procréation à l'étranger, la Cour a constaté qu'en ce qui concerne l'établissement de leur filiation en France, ils se trouvaient dans une « situation d'incertitude juridique », la France leur niant la qualité d'enfants des parents d'intention dans son ordre juridique (§ 96). Elle a également relevé que ces enfants se trouvaient dans « une troublante incertitude de voir reconnaître leur nationalité française », « pareille indétermination étant de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité » (§ 97). Elle a, par ailleurs, observé que cette absence d'identification avait une conséquence sur les droits à succession de ces enfants (§ 98). Après avoir constaté que le droit au respect à la vie privée de ces enfants se trouvait significativement affecté et que se posait une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 99), la Cour a ajouté que « cette analyse prenait un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant » (§ 100). Elle en a déduit « qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur était allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation (§ 100) ».

2. Sur le fondement de cette analyse, la Cour de cassation a rendu, en assemblée plénière, deux arrêts par lesquels elle a modifié sa jurisprudence (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et 15-50.002, Bull. Ass. plén. 2015, n° 4). Par ces arrêts, elle a jugé que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger. L'article 47 du Code civil étant ainsi interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation en a déduit que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

3. À la suite de cette jurisprudence, la première chambre civile de cette Cour a jugé, par deux arrêts du 5 juillet 2017, que viole

l'article 47 précité et l'article 8 de la Convention l'arrêt qui refuse la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père, alors qu'il résulte des données de fait, d'un acte ou jugement étranger, que le patrimoine génétique du père d'intention a été utilisé et qu'en revanche, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de cet article 47, est la réalité de l'accouchement et qu'ainsi en fait une exacte application, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, la cour d'appel qui refuse la transcription de la filiation maternelle d'intention (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025).

4. La Cour de cassation a ainsi retenu l'interprétation des arrêts Y... et Labassée, soutenue par la majeure partie de la doctrine universitaire française, selon laquelle la Cour européenne a imposé à la France de reconnaître le lien de filiation des enfants à l'égard de leur père biologique. Conformément à la règle « mater semper certa » est, qui fonde le droit français de la filiation, la Cour de cassation a considéré que celui-ci ne permettait pas la transcription de l'acte de naissance en ce qui concerne la mère d'intention. Mais elle a, en même temps, opéré un revirement de jurisprudence en admettant l'adoption de l'enfant par l'époux ou l'épouse du père biologique dans les conditions prévues par la loi française pour l'adoption dans le cadre d'un mariage (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455).

5. Procédant à un contrôle de conventionnalité, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que ce refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résultait de la loi au sens de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et poursuivait un but légitime en ce qu'il tendait à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et visait à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil. Elle a ensuite jugé qu'au regard de ce but légitime poursuivi, ce refus ne portait pas une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale des enfants, consacré par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention. En effet, il est constant, d'abord, que l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger. Ensuite, selon une jurisprudence de la Cour de cassation initiée par deux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du Code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle. Enfin, opérant un revirement de jurisprudence par ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation a admis le recours à l'adoption entre les enfants et l'épouse du père, qui permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (article 353, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), de créer un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention.

6. La loi française facilite l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, la condition posée à l'article 343-2 du Code civil, qui prévoit que l'adoptant doit être âgé de plus de vingt-huit ans, ne s'applique pas dans ce cas. Il en est de même de la condition exigée par l'article 348-5 concernant l'adoption d'un enfant de moins de deux ans, selon laquelle ce dernier doit avoir été effectivement remis à l'aide sociale à l'enfance. Par ailleurs, la différence d'âge exigée entre l'adoptant et l'adopté est de dix ans, au lieu de quinze dans le régime de droit commun. Le consentement du conjoint est nécessaire à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté (article 343-1, second alinéa). L'enfant doit également consentir à son adoption s'il a plus de treize ans. L'adoption est prononcée par une juridiction judiciaire « si les

conditions de la loi sont remplies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (article 353, alinéa 1<sup>er</sup>). La loi a également aménagé les effets de cette adoption plénière spécifique. En effet, le second alinéa de l'article 356 du Code civil prévoit que l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille, et produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux. Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, l'article 310 du Code civil pose le principe selon lequel « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère ».

7. Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. À cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention.

8. Il résulte de ce qui précède qu'il convient d'adresser une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme.

PAR CES MOTIFS :

ADRESSE A LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME  
UNE DEMANDE D'AVIS CONSULTATIF SUR LES QUESTIONS  
SUIVANTES :

1<sup>o</sup>). - En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa « mère légale » la « mère d'intention », alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le « père d'intention », père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la « mère d'intention » ?

2<sup>o</sup>). - Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?

SURSOIT à statuer jusqu'à l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme ;

## OBSERVATIONS

Les conclusions de Monsieur le Premier avocat général Philippe Ingall-Montagnier portent sur le dernier arrêt de la Cour de cassation relatif à l'affaire *Menesson*, du nom de ressortissants français qui ont eu recours aux services d'une mère porteuse en Californie.

La Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la France dans une décision en date du 26 juin 2014 : le refus de transcrire la filiation des enfants établie à l'étranger (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 0-19.053) porte atteinte au droit au respect de leur vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n°65192/11).

L'affaire a été portée, avec une autre évoquée le même jour, devant la Cour de réexamen des décisions définitives rendues en matière civile (Cour réexamen 16 févr. 2018 n° 17 RDH 001) instituée par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Elle a ensuite été renvoyée devant la Cour de cassation. Il s'agit des premières affaires à être ainsi réétudiées selon cette procédure.

Les époux sollicitaient tant en leur nom qu'au nom de leurs filles mineures, la transcription intégrale des actes de naissance californiens sur les registres de l'état civil français. A titre subsidiaire, si la Cour de cassation refusait de faire droit à la transcription, ils lui demandaient de transmettre une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du protocole n° 16 à la Convention. Cette disposition, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018, permet aux plus hautes juridictions nationales de solliciter l'avis de la Cour européenne en présence d'une question de principe relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés conventionnellement garantis.

Deux difficultés traitées par Monsieur l'avocat général nous retiendront :

1. La première concerne le sens à donner au terme « réalité » employé à l'article 47 du Code civil. Cet article concerne la foi à accorder aux actes de l'état civil dressés à l'étranger et précise que les faits qui y sont déclarés doivent correspondre à la réalité. Il est désormais utilisé par la Cour de cassation (Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 ; Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002) depuis la condamnation de la France par le juge européen. La transcription sera alors possible lorsque les conditions qu'il pose, à savoir que l'acte ne soit ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, sont réunies. Dans une des deux affaires tranchées par l'Assemblée plénière en 2015, l'acte de naissance de l'enfant établi en Russie, désignait un ressortissant, de nationalité française, en qualité de père, et une femme russe, qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère. Le procureur de la République s'était opposé à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui. Selon la Cour de cassation, la cour d'appel avait « constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. G. et Mme V. ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance » (Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002).

Toute la difficulté est qu'en l'espèce, à la différence des affaires tranchées en 2015, la femme déclarée comme mère dans les actes de naissance californiens n'est pas celle qui a accouché des enfants. Et comme le relève Monsieur l'avocat général dans les présentes conclusions, « la définition de la "réalité" donne lieu à diverses interprétations ». On peut en effet se demander s'il convient de tenir uniquement compte de la réalité factuelle. Ou faut-il retenir la « réalité juridique » qui résulte de l'application de la loi étrangère ou d'une décision étrangère (sur cette « réalité », v. H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, « *Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation* », D. 2015, p. 1819) ? Il pourrait encore s'agir de la « réalité sociale », ou même celle qui est ressentie par les personnes concernées. On l'aura compris, le sens que l'on entend donner au terme « réalité » est susceptible de remettre en cause la conception même de la maternité. À ce propos, la Cour de cassation a déjà jugé que « concernant la désignation de la mère

dans les actes de naissance, la réalité, au sens de (...) [l'article 47 du Code civil], est la réalité de l'accouchement » (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2017, n° 16-16.901, n° 16-16.495 et n° 16-20.052 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 nov. 2017, n° 16-50.061 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2018, n° 17-50.021). Les conclusions retiennent cette conception : « la réalité de la maternité en droit français ne peut évidemment concerner que la désignation de la femme ayant accouché de l'enfant ». Monsieur Ingall-Montagnier justifie sa position par les termes mêmes de l'article 47 du Code civil et par l'économie générale du système d'état civil. Il ajoute encore qu'« il ne s'agit (...) évidemment pas de sanctionner le recours à la gestation pour autrui, mais simplement de ne pas reconnaître un mode d'établissement de la maternité inexistant en droit interne ». On sait que, sur cette question, le tribunal de grande instance de Nantes (TGI Nantes, 14 déc. 2017, n° 16/04096 ; TGI Nantes, 8 févr. 2018, n° 16/03207 ; TGI Nantes, 8 mars 2018, n° 16/04762) retient la réalité juridique, solution qui ne va pas nécessairement de soi car elle comporte d'importants obstacles comme l'a d'ailleurs bien montré Monsieur l'avocat général Marc Domingo (M. Domingo, « *Mater ea non est quam partus demonstrat* », AJ fam. 2018, p. 575). Ajoutons qu'un argument est souvent invoqué pour condamner le refus de la transcription de la filiation maternelle d'intention : la solution serait discriminatoire entre le père et la mère d'intention (A.-M. Leroyer, « *GPA : toujours la même et mauvaise solution refusant la transcription de la filiation maternelle d'intention* », RTD civ. 2018, p. 377). L'avis le réfute. L'homme et la femme ne sont pas dans la même situation puisque la paternité peut s'établir par une déclaration tandis que la maternité ne peut résulter que de l'accouchement ou de l'adoption. Enfin, Monsieur Ingall-Montagnier ne voit dans la compréhension factuelle de la réalité aucune atteinte au droit à la vie privée, à l'identité, à la vie familiale des enfants, ni même une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant dès lors que ce qui importe est de ne retranscrire à l'état civil que des faits exacts, conformes à la vérité. On sait qu'il s'agit d'arguments mobilisés par le tribunal de grande instance de Nantes au soutien de la transcription (TGI Nantes, 8 mars 2018, *précit.* : « l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que garanti par l'article 3§1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant et qui doit être une considération primordiale, implique la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger en conformité avec la loi étrangère, afin de garantir sur le territoire national le droit au respect de son identité dont la filiation et la nationalité française constituent un aspect essentiel. De même, la demande de transcription doit être examinée au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le droit à la vie privée et familiale. En cela, la transcription d'un acte de naissance est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit pouvoir bénéficier de la protection et de l'éducation du couple parental et de la stabilité des liens familiaux. Au contraire, l'absence de transcription prive l'enfant des droits attachés à la filiation et constitue un handicap pour l'exercice des droits au quotidien »).

**2.** La seconde difficulté traitée par Monsieur l'avocat général concerne la demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme formulée par les requérants si la Cour de cassation n'entendait pas faire droit à leur demande de transcription. L'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 16, qui prévoit cette faculté, énonce que cette demande doit porter « sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ».

Selon les conclusions, « il n'apparaît (...) pas actuellement de question de principe avérée ni simplement potentielle qui résulterait de la confrontation entre les conceptions de la CEDH et de la Cour de cassation ». En effet, le juge européen n'est jamais allé



jusqu'à remettre en cause l'adage *mater semper certa est*. Monsieur Ingall-Montagnier rappelle la marge d'appréciation dont disposent les États en la matière qui ne leur impose pas de reconnaître ou d'établir un lien de filiation avec une mère d'intention. Il n'a toutefois pas été suivi sur ce point par la Cour de cassation. Estimant au contraire que la marge d'appréciation des États-parties est incertaine, elle a transmis une demande d'avis (sur cet avis, v. notam. P. Deumier, H. Fulchiron, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée » ? », D. 2019, p. 228). Le Rapport de Madame Agnès Martinel, Conseiller rapporteur insiste au contraire sur les incertitudes entourant la jurisprudence européenne ([https://www.courdecassation.fr/IMG/2018-09-21\\_AP\\_10-19.053\\_rapport\\_ano.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/2018-09-21_AP_10-19.053_rapport_ano.pdf)). On remarquera que la Cour de cassation en a profité pour interroger la Cour européenne des droits de l'homme sur une question qui n'était pas directement liée au litige et qui concerne l'hypothèse dans laquelle la mère d'intention a également fourni les gamètes (en l'espèce, si les jumelles étaient nées au moyen des gamètes du père d'intention, les ovocytes étaient ceux d'une amie du couple).

Les questions posées sont les suivantes : « 1°). En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?

2°). Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ? »

On relèvera néanmoins, comme cela a été justement souligné, qu'il pouvait apparaître paradoxal d'utiliser en l'espèce ce dispositif (J.-R. Binet, « Première mise en œuvre du Protocole n° 16 à la Convention EDH », Dr. fam. 2019, comm. n° 19). En effet, il a été conçu pour prévenir la censure de décisions livrant une mauvaise interprétation du droit conventionnel. Ici, la demande est présentée pour exécuter une censure déjà opérée par la Cour européenne des droits de l'homme.

# Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit des affaires

## Une commune ne peut ni saisir la Cour européenne des droits de l'homme ni invoquer la Convention devant les juridictions nationales

Georges Decocq,  
Professeur à l'Université de Paris-Dauphine

**Conclusions de Monsieur le Premier avocat général  
Laurent Le Mesle sous Cass. com. 28 mars 2018,  
Commune de Saint-Leu-la-Forêt c/ Société caisse  
française de financement local, n° 16-26.210**

### 1. Éléments de problématique

Au plan financier, le contexte est décrit dans la note de la direction du trésor produite en annexe au présent avis et qui a été demandée non par la chambre commerciale elle-même comme il y est indiqué par erreur, mais par l'auteur de cet avis. Le risque pour l'État est tout à fait considérable (il se chiffre en milliards d'euros), tant en ce qui concerne les condamnations qui pourraient en résulter pour la société D... et la société française de financement local, que la remise en cause des protocoles transactionnels déjà intervenus, et tant en ce qui concerne l'éventuelle mise en jeu de la responsabilité de l'État du fait de la loi de validation, qu'en termes de recapitalisation des établissements de crédit dont il est actionnaire.

Au plan juridique, il faut partir de la loi du 29 juillet 2014 qui, en réaction à deux décisions du tribunal de grande instance de Nanterre, et notamment à celle rendue par cette juridiction le 7 mars précédent auquel elle se réfère expressément, a validé de façon rétroactive les emprunts structurés souscrits par les collectivités locales, y compris lorsque ceux-ci mentionnaient un TEG erroné, ou bien ne mentionnaient pas de TEG (Article 1<sup>er</sup> de la loi : « sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, est validée la stipulation d'intérêts prévue par tout écrit constatant un contrat de prêt ou un avenant conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi entre un établissement de crédit et une personne morale de droit public, en tant que la validité de cette stipulation serait contestée par le moyen tiré du défaut de mention prescrite en application de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, du taux effectif global, du taux de période, dès lors que cet écrit constatant un contrat de prêt ou un avenant indique de façon conjointe : 1- le montant ou le mode de détermination des échéances de

remboursement du prêt en principal et intérêt ; 2- la périodicité des échéances ; 3- le nombre de ces échéances ou la durée du prêt ». L'article 2 qui se réfère à L. 313-1 du Code de la consommation, est analogue).

On sait que le Conseil constitutionnel s'est refusé à prononcer la censure de ce texte qui lui était demandée et qu'après avoir observé « qu'il résulte des travaux parlementaires qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu prévenir les conséquences financières directes ou indirectes, pouvant excéder 10 milliards d'euros, résultant pour les établissements de crédit qui ont accordé des emprunts structurés à des collectivités territoriales, à leurs groupements ou à des établissements publics locaux, en particulier des établissements de crédit auxquels l'État a apporté sa garantie, de la généralisation des solutions retenues par le tribunal de grande instance de Nanterre dans deux jugements des 8 février 2013 et 7 mars 2014 », il a considéré « que le législateur a strictement limité la portée de ces validations en adéquation avec l'objectif poursuivi » puis que « par suite, eu égard à l'ampleur des conséquences financières qui résultent du risque de la généralisation des solutions retenues par les jugements précités, l'atteinte aux droits des personnes morales de droit public emprunteurs est justifiée par un motif impérieux d'intérêt général » avant de juger que « le grief tiré de la méconnaissance de l'article 16 de la déclaration de 1789 doit être écarté ; qu'il en va de même des griefs tirés de ce que les validations porteraient une atteinte disproportionnée aux droits des personnes morales de droit public emprunteuses » (Cons constit., 24 juill. 2014, n° 2014-695 DC).

Et il faut ajouter que, dans la saisine du Conseil constitutionnel, étaient invoqués, outre l'article 16 de la Déclaration, le droit de propriété, le principe de sécurité juridique et le droit à un procès équitable. De telle sorte que lorsque le Conseil constitutionnel a écarté toute disproportion dans l'atteinte portée « aux droits des personnes morales de droit public emprunteuses », c'est notamment du droit à un procès équitable qu'il s'agit.

## 2. Premier moyen de cassation : le contrôle de conventionnalité

Pour autant, tentant de rouvrir, par le moyen du contrôle de conventionnalité, la porte que le contrôle de constitutionnalité avait ainsi refermée, la commune de Saint-Leu-la-Forêt invoque devant la Cour de cassation l'article 6§1 de la Convention, comme elle l'avait fait devant la cour d'appel de Versailles (le jugement de première instance, également rendu par le tribunal de grande instance de Nanterre, l'avait été le 6 juin 2014, soit avant la promulgation de la loi de validation). C'est la question principale posée par le pourvoi. (On ne s'arrêtera dans cet avis que sur les deux premiers moyens, les autres ne paraissant pas susceptibles de développements particuliers).

La Cour de Versailles n'a pas répondu sur le fond et ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si, comme le soutenait la commune, l'État était intervenu dans un litige « *relevant exclusivement du droit privé* » et avait ainsi porté atteinte à un intérêt protégé par la Convention. Elle a, en effet, considéré que, pas plus qu'elle ne peut saisir la Cour européenne des droits de l'homme, une commune ne peut « *invoquer utilement devant les juridictions nationales les stipulations de la Convention ou du Protocole additionnel* » et cela parce que, « *s'agissant d'une personne morale de droit public, elle exerce une partie de la puissance publique* ». C'est ce que critique le premier moyen du pourvoi qui s'emploie à distinguer irrecevabilité à saisir la Cour EDH et invocabilité de la Convention devant les juridictions internes.

Il est possible d'adhérer aux prémisses du raisonnement sur lequel repose ce premier moyen, à savoir d'une part qu'une commune n'est pas recevable à saisir la Cour EDH pour faire constater une violation de ses droits, et d'autre part que « *la question de l'invocabilité par les collectivités territoriales des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a fait l'objet, devant les juridictions suprêmes, de solutions hésitantes et évolutives* ».

Il apparaît pourtant que les choses sont désormais assez bien fixées et qu'elles ne vont pas dans le sens du moyen.

- On n'insistera pas sur le fait que dans un État décentralisé (et quel que soit le degré de cette décentralisation) l'expression « organisation gouvernementale » au sens de la Convention ne désigne pas seulement l'État central, mais aussi toutes ses expressions décentralisées, en ce compris, bien sûr les communes ; ce qui revient à dire que les communes sont hors champ de l'article 34 de la Convention qui énumère les personnes juridiques recevables à saisir la Cour EDH en limitant la liste aux « personnes physiques », « organisations non gouvernementales » et « groupes de particuliers ». La solution est certaine, et d'ailleurs non discutée par le pourvoi (toutes références au rapport et dans les écritures des parties).

- Pour ce qui concerne le droit interne, on retiendra que la jurisprudence administrative paraît hésiter entre une invocabilité (ou une applicabilité) sous conditions de la Convention par les personnes publiques, et une exclusion de principe. La difficulté vient de ce que la question se pose en réalité à trois niveaux distincts et que chacun des niveaux de réponse leur correspondant sont de nature à aboutir à des solutions différentes, voire contradictoires.

**a.-** Il y a d'abord la question de la marge de manoeuvre du juge interne. Quel sens peut avoir l'invocation devant le juge français des principes de la Convention, si de toutes façons l'instance dans laquelle intervient la décision de celui-ci n'est pas susceptible d'aboutir à la saisine de la Cour EDH ? La Convention créerait-elle des droits dont les collectivités territoriales pourraient se prévaloir à Paris (ou à Nanterre, ou à Versailles) alors même qu'elles ne le pourraient pas à Strasbourg ? Une partie de la doctrine répond par l'affirmative : « *la titularité d'un droit de l'homme au plan interne et la défense de celui-ci par le biais d'un droit au recours individuel au plan international ne constituent*

*aucunement les deux faces d'une même médaille* » dit un auteur (J.-F. Flauss, note sous TA Strasbourg, 6 févr. 2001, Aéroport de Bâle-Mulhouse c/TPG Haut-Rhin, AJDA 2001, p. 657).

Ce qui est à l'exact opposé de la thèse sur laquelle s'appuie le mémoire en défense de la Caisse française de Financement Local : « *On ne comprend pas pourquoi, s'agissant des personnes publiques, on leur reconnaît la protection des droits fondamentaux tout en les privant du bénéfice d'un recours ultime à la CEDH, par une violation paradoxale du principe d'égalité dans l'accès au juge garanti par les stipulations combinées des articles 6 et 14 CESH* » (Mémoire en défense CAFFIL, p. 14).

Pour ma part, il ne me paraît pas absurde de considérer qu'en matière de droits fondamentaux, les collectivités publiques ne peuvent invoquer que ceux qui leurs sont reconnus par des sources internes (Constitution, Préambule ou bien encore, lois et règlements internes sur lesquels le droit conventionnel a d'ores et déjà exercé son influence, comme par exemple les dispositions liminaires du Code de procédure civile) ? C'est peut-être dans ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt « département des Landes » du Conseil d'État, qui, par la généralité même de sa formulation, paraît poser une règle qui dépasse le cadre de l'espèce à propos de laquelle il a été rendu: un département ne saurait utilement invoquer le protocole additionnel n° 1 de la Convention « *qui ne crée pas de droits dont les collectivités territoriales puissent se prévaloir* » (CE 23 mai 2007, n° 288378). Mais les avis doctrinaux divergent (notamment, X. Dupré de Boulois, Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme, AJDA 2008, p. 1036. Et, en sens opposé, A. Geslin, les personnes morales de droit public et la convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions internes, RGDIP 2003, pp. 189-202).

**b.-** On peut ensuite se demander s'il ne conviendrait pas de distinguer selon les situations. Ce que l'on pourrait d'abord faire en fonction des droits invoqués, en ce sens qu'il y aurait ceux dont est susceptible de se prévaloir une personne morale de droit public, et ceux pour lesquels c'est exclu. Comme l'observait le Commissaire du gouvernement Laurent Vallée dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État, Commune de Champagne sur Seine (AJDA 2003, p. 613), ce sont les limites de l'anthropomorphisme qui doivent ici servir de ligne de partage. Ce qui fait d'ailleurs de ce deuxième niveau de questionnement un outil peu opératoire puisqu'une fois observé que, par exemple, la liberté d'aller et venir ou encore le droit au respect de la vie privée sont par nature non-invocables par les personnes morales de droit public, on n'ira pas beaucoup plus loin et notamment on ne voit pas bien comment procéder, de ce point de vue, à des distinctions entre les principes qui concourent au droit à un procès équitable.

**c.-** De telle sorte que c'est sans doute à un troisième niveau que se situe le véritable questionnement opérationnel. Il s'agit de s'interroger non plus sur la nature du droit invoqué mais sur les spécificités du litige en cause. Sauf à se retrouver de façon totalement inconfortable dans une contradiction intenable, une collectivité territoriale ne peut pas, en effet, tout à la fois se prévaloir de son statut particulier, et donc des pouvoirs, des prérogatives ou des garanties qui y sont attachées, et se réclamer des protections juridictionnelles qui ont précisément été prévues pour protéger les particuliers contre la puissance publique, ses abus et ses empiètements (à cet égard, et pour souligner qu'une personne morale de droit public n'est jamais un justiciable comme un autre, il n'est pas inintéressant de relever dans la note jointe de la Direction du Trésor, les développements relatifs à la rupture que « *l'invalidation de la loi de validation* » viendrait introduire dans « *l'équilibre politique ayant permis le partage du coût de sortie du risque* » – notamment page 5 du document, et plus globalement, tout le 3 de celui-ci).

Dans cet esprit, on comprend de la jurisprudence du Conseil d'État qu'il y a au moins deux hypothèses où les personnes publiques ne peuvent se prévaloir des règles de la Convention : il s'agit des litiges entre personnes publiques (sans doute parce que les relations entre celles-ci ne regardent

que le droit interne), et des affaires liées à leurs missions purement régaliennes (par exemple en matière fiscale). Je me demande si cela suffit à rendre compte de toute la diversité des situations. Au cas particulier, le litige est un litige de droit privé qui oppose une commune à une banque qui, pour fonctionner en partie avec des capitaux d'État, n'en est pas moins une personne morale de droit privé. On observera pour autant que si l'État est intervenu au moyen de la loi de validation rétroactive du 29 juillet 2014, ce n'est pas pour prendre partie dans une série de litiges de droit privé, mais bien pour défendre les intérêts de la collectivité publique. La banque D... est en effet une banque à capitaux publics dont l'État garantit les engagements. L'État a donc voulu se prémunir contre le risque que représentait pour lui la jurisprudence initiée par le tribunal de grande instance de Nanterre. C'est au demeurant ce que disait explicitement l'exposé des motifs de la loi de validation : « ainsi, en l'absence de validation de l'absence de TEG et de l'absence de taux de période et/ou de durée de période, le risque financier maximum pour l'État (direct et indirect) peut être estimé à 17 Md€, dont 9 Md€ se matérialiseraient dès la fin 2014 ou le début 2015. » On ajoutera que l'État a voulu dans le même temps répartir le risque, et en protéger pour partie les collectivités engagées, notamment grâce à la mise en place d'un fonds de soutien.

Or, si le Conseil d'État a écarté l'application de l'article 6§1 de la Convention dans l'arrêt précité commune de Champagne-sur-Seine, c'est parce qu'il n'était pas invocable « dans un litige relatif à la répartition des ressources financières publiques entre personnes publiques ». Il ne faut pas se tromper, ce n'est pas parce qu'ici le litige oppose une collectivité publique à un établissement de crédit que l'article 6§1 de la CEDH pourrait davantage être invoqué. La question est bien celle de la répartition des charges entre personnes publiques ; D... n'étant ici, et à certains égards, qu'une sorte de faux-nez de l'État. Si, comme l'indique un auteur « on a donc surtout le sentiment que c'est un type de relations que le Conseil d'État entend sanctuariser ; les relations entre les personnes publiques en rapport avec la répartition des ressources financières publiques ou encore avec la gestion des biens appartenant au domaine public » (X. Dupré de Boulois, *op et loc cit.*), notre affaire relève de cette sanctuarisation.

Il me semble donc que, soit parce l'on considère qu'une collectivité territoriale ne peut invoquer la Convention en tant que telle (v. supra, a.-), soit parce qu'en toute hypothèse elle ne le peut pas lorsque ce sont ses relations avec l'État central qui sont en cause (v. supra, c.-), le premier moyen devrait être écarté au regard de la jurisprudence du Conseil d'État.

- Et l'analyse de la jurisprudence judiciaire est de nature à nous en convaincre définitivement. Logiquement, bien sûr, la jurisprudence de la Cour de cassation est beaucoup moins fournie. Je partage l'avis du rapporteur pour dire qu'un seul arrêt est ici utile. C'est celui qui a été rendu, le 11 juillet 2013, par la deuxième chambre civile (Civ., 2<sup>e</sup>, 11 juillet 2013, n° 12-20.528 : Bull. II, n° 167). Il n'en reste pas moins que cette décision est doublement intéressante ; elle l'est d'abord parce que, si était comme ici en cause un texte de loi (l'article L. 241-10, III du Code de la sécurité sociale), pour autant l'État n'était pas non plus directement partie dans le litige (c'était à la Caisse des dépôts qu'était opposé l'établissement public demandeur) – beaucoup de parenté donc avec notre affaire ; intéressante, cette décision l'est ensuite parce que la formulation retenue par la deuxième chambre donne à la solution adoptée (par la grâce d'un motif substitué) une portée générale.

Était en cause une différence de traitement, entre un syndicat intercommunal et d'autres organismes publics, en matière d'exonération de la part employeur des cotisations de sécurité sociale. Violation de l'article 14 de la Convention et de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel avait dit le syndicat intercommunal. « Attendu qu'un établissement public de coopération intercommunale qui ne revêt pas le caractère d'une organisation non gouvernementale, ne peut invoquer utilement les stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel » a répondu la Cour de cassation.

Rien ne justifierait que notre affaire donne lieu à une solution différente. Je suis donc au rejet du premier moyen.



### 3. Deuxième moyen de cassation : l'intérêt général

Le contrat de prêt est-il illicite en ce qu'il serait contraire à l'intérêt public local ? Il est certain qu'ainsi résumée la question pourrait apparaître saugrenue. Depuis les lois de décentralisation en effet, et leur affranchissement de la tutelle préfectorale, les communes ont la pleine liberté de s'engager contractuellement, y compris pour financer leurs dépenses au moyen d'emprunts. Ainsi que l'a relevé la cour d'appel : « il n'existe aucune disposition législative ou réglementaire limitant la liberté contractuelle des collectivités locales à conclure des contrats de prêts ». S'il ne conteste pas cette liberté, le moyen soutient en revanche que « l'exposition de la collectivité à un risque illimité résultant tant du risque de variation du taux d'intérêt que du risque lié à la valeur du contrat (s'opposait) à la conclusion d'un tel contrat contraire à l'ordre public local » (1<sup>re</sup> branche). Puis il renchérit sur cette contrariété avec l'ordre public local en soutenant d'une part que l'emprunt visé était « un emprunt structuré complexe comportant un contrat d'option » (2<sup>e</sup> branche) et d'autre part que « l'exposition de l'emprunteur à un taux d'intérêt indexé sur l'évolution des devises et donc potentiellement illimité, pendant la majeure partie du contrat, qui a pour contrepartie un taux d'intérêt bonifié en début et en fin de contrat, constitue une opération spéculative adossée à un emprunt » (3<sup>e</sup> branche).

- Les emprunts ne seraient donc pas illicites en tant que tels, mais à raison des règles retenues pour déterminer les intérêts qu'ils produisent, ou bien le prix du dédit, ce qui pose en soi une première question. On conçoit en effet que la contrariété entre l'objet du contrat et l'intérêt public local fasse l'objet d'une sanction propre à raison de la spécificité même des personnes morales de droit public. En l'espèce, on l'a dit, la licéité de l'objet du contrat n'est pas discutée. La cour d'appel l'a d'ailleurs souligné en retenant que : « par la souscription de ces contrats, la commune n'a pas cherché à s'enrichir mais seulement à re-financer des investissements réalisés dans l'intérêt général à des conditions de taux d'intérêt les plus avantageuses possibles ». Mais, si n'est plus en cause l'objet même du contrat mais seulement certaines des stipulations de celui-ci, la question se pose-t-elle dans les mêmes termes ? La spécificité des personnes morales de droit public doit-elle, de ce point de vue aussi, justifier un régime dérogatoire ? Ou bien au contraire, ne faut-il pas considérer qu'elles sont suffisamment protégées par les règles du droit commun ? Pour le dire autrement, il me semble que si elle considère que le régime des intérêts n'est pas « le plus avantageux possible », pour reprendre l'expression de la cour d'appel, la commune se retrouve dans la même situation qu'un emprunteur privé qui peut contester soit la validité de son consentement, soit le respect par la banque de ses obligations, mais non la licéité même de son engagement. Il n'y a donc pas lieu de

convoquer ici l'intérêt public local, autrement que pour démontrer, si nécessaire, l'intérêt à agir de la commune.

Est-ce en raison de la fragilité de la première branche ? Toujours est-il que la commune s'attache dans les deux autres branches du moyen à poser la question en l'extirpant du cadre contraint du contrat de prêt, cadre qui demeure rétif, on l'a dit, à la recherche d'une improbable illicéité. Ce contrat est complexe, dit la commune, parce qu'il comporte un contrat d'option, et parce qu'il constitue une opération spéculative.

- Sur le premier point, je ne suis pas persuadé d'avoir bien compris en quoi le contrat en question pouvait être qualifié de « contrat d'option », sauf à considérer qu'un contrat d'option se définit aussi... par une absence d'option. Aucun choix futur, en effet, dans le contrat passé entre la banque et la commune ; c'est dès la passation de celui-ci qu'a été « acheté », si l'on ose dire, non pas une option, mais l'actif sous-jacent que constituerait la possibilité de substitution, au taux fixe, du taux de change entre euro et franc-suisse (à supposer d'ailleurs que les écarts de taux constituent en tant que tels, et indépendamment du cadre dans lequel on y a recours, un instrument financier). Au demeurant, on rejoindra ici le rapport pour souligner que la « barrière », c'est à dire le seuil qui déclenche l'application du taux différencié, n'a rien d'optionnelle, mais est définitivement fixée lors de la passation de l'acte, à la manière d'une condition suspensive.

Que cette opération soit constitutive d'un risque pour la commune est une évidence. On observera cependant que, si la réalisation de ce risque a une incidence directe sur la valeur de ce qui, dans l'hypothèse élaborée par le pourvoi, joue ici le rôle d'actif sous-jacent, elle n'en a, en revanche, ni sur la nature, ni sur le régime du contrat. Outre que celui-ci demeure un prêt, c'est à dire en aucun cas un contrat financier sur devises (H Synvet, D 2016, 2305 : un prêt ne peut être un contrat financier à terme sur devises « dans la mesure où aucun dénouement propre n'intervient en dehors du règlement des échéances du prêt »), on observera qu'un contrat d'option se définit par le type de relation qu'il instaure entre les parties à la convention d'une part et l'actif sur lequel porte celui-ci d'autre part, et non par la structuration de cet actif lui-même, ni d'ailleurs par l'évolution de la valeur de cet actif. Autrement dit, l'incertitude qui caractérise le contrat d'option doit porter sur la réalisation de l'option elle-même, pas sur celle du risque. Ou alors il faudrait considérer que toute vente d'instrument dont la valeur est soumise à la variabilité d'un cours est, par définition, constitutive d'un contrat d'option. De ce point de vue, le moyen entretient une confusion permanente entre l'actif sur lequel porterait censément l'opération incriminée et cette opération elle-même.

En disant que ces contrats ne constituent pas « des contrats d'option dans la mesure où les conditions dans lesquelles sont engagées les parties sont définitivement fixées lors de la conclusion des contrats et ne requièrent aucune manifestation de volonté de la part des parties » et que « si le taux d'intérêt de la deuxième phase de remboursement n'est pas fixé au moment de la signature du contrat, le mode de calcul de ce taux variable est très précisément défini et ne comporte aucune option possible », la cour d'appel a très exactement caractérisé l'absence d'option. Sa motivation ne mérite donc pas la critique qui en est faite. Elle le mérite d'autant moins, on l'a dit, qu'option ou non, le contrat ne portait pas sur un instrument financier.

Il est certain que l'importance ou la nature du risque pris est toujours à la base de la qualification d'opération spéculative. Ainsi, analysant votre jurisprudence, notre collègue Régine Bonhomme avait observé que le simple risque (« un risque boursier ordinaire, les aléas de la bourse, un risque présumé connu de tous et qui ne relève que de l'information » disait-elle) ne ressortit pas de l'opération spéculative mais que sont au contraire spéculatives toutes les opérations à fort effet de levier (R Bonhomme, Responsabilité et gestion du risque financier, RD Banque et Finances n° 6, nov. 2010).

Pour autant l'importance du risque pris ne suffit pas, à lui-seul à définir l'opération spéculative. C'est dans le cadre de la responsabilité des prestataires de service d'investissement, et seulement dans ce cadre (déterminé notamment par les modalités spécifiques de l'agrément de ces prestataires), que la jurisprudence s'est intéressée à l'opération spéculative (dont elle s'est d'ailleurs plus attachée à définir le régime – en fonction de la compétence et de l'expérience de l'investisseur – que la nature exacte). De telle sorte que rien ne permet d'identifier des opérations spéculatives en dehors de ce cadre. Jamais un prêt, quelles que soient ses conditions, n'a été qualifié d'opération spéculative. Pour ce faire, il faudrait soutenir et démontrer qu'il dissimule autre chose ; que, par exemple, l'emprunteur n'avait pas pour objectif de financer un projet ou une activité, mais d'habiller des couleurs de l'emprunt une pure recherche de profit – non condamnable en soi, mais qui obéit à un autre régime.

Ce qui signifie qu'en réalité, au critère du risque s'ajoute un critère qu'il n'est pas interdit de qualifier de téléologique, en ce sens que c'est effectivement l'objectif poursuivi par le cocontractant de la banque qui va, pour partie, déterminer la nature du produit. Les deux critères jouent donc concurremment, de telle sorte que si l'objectif poursuivi est le profit et que l'opération, à fort effet de levier, présente un aléa important, le produit pourra être qualifié de spéculatif. Mais il suffit qu'une seule de ces deux conditions fasse défaut pour que cette qualification soit écartée. Ici, quelle que soit l'importance du risque couru, la cour d'appel a suffisamment justifié son refus d'attribuer un caractère spéculatif à l'opération en soulignant que « la commune n'a pas cherché à s'enrichir mais seulement à re-financer des investissements réalisés dans l'intérêt général à des conditions les plus avantageuses possibles ».

Je suis donc d'avis que le deuxième moyen doit être écarté.

#### 4. Sur les autres moyens

- Accord avec le rapport sur le rejet non spécialement motivé du troisième moyen.

- Sur le quatrième moyen qui porte sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, il faut rappeler que l'appréciation que porte le juge du fond sur le caractère « averti » ou « profane » de l'emprunteur est une appréciation souveraine. La Cour de cassation ne procède qu'à un contrôle de motivation.

Au cas particulier, la cour d'appel s'est référée à l'importance de la commune (donc à celle de ses services, même si elle ne le dit pas expressément), à sa pratique des prêts bancaires, au montant global de ceux-ci, et notamment de ceux qui étaient assortis de taux variables (40 % de l'ensemble) et à l'existence au sein du conseil municipal « d'une commission des finances composée de dix membres », ainsi qu'à la possibilité dans laquelle elle était, même si elle n'y a pas eu recours, de solliciter les services de la préfecture. Tous ces éléments sont des éléments de motivation suffisants, c'est-à-dire que le lien qu'ils entretiennent avec ce qu'ils ont pour objet de démontrer n'est pas contestable. On ajoutera qu'il ne s'agit pas d'observations abstraites, mais bien d'une appréciation *in concreto* se référant à la réalité de la situation de l'emprunteur, comme votre jurisprudence l'exige.

Il n'est certes pas interdit d'être moins sensible aux éléments de CV du maire en exercice au moment des emprunts contestés qu'évoque aussi la cour d'appel. Faudrait-il distinguer entre les communes selon la carte de visite du maire ? Et si d'aventure le juge s'engageait dans cette direction, cela ne pourrait-il pas s'analyser comme une atteinte à la séparation des pouvoirs et un jugement porté « en creux » sur le choix démocratique des électeurs ? Mais ces éléments sont surabondants. Je suis dès lors favorable au rejet non spécialement motivé de ce quatrième moyen (dont la dernière branche n'est pas opérante, faute que la commune puisse être considérée comme un emprunteur profane).

- Avis de rejet des cinquième, sixième et septième moyens pour les raisons exposées ci-dessus à propos du deuxième moyen : le banquier n'est pas intervenu ici en qualité de prestataire de service d'investissement mais de dispensateur de crédit, catégories dont on sait qu'elles sont exclusives l'une de l'autre, non pas de façon générale, mais dans une opération donnée. Au demeurant, on l'a dit, il n'y a dans notre affaire ni contrat d'option, ni opération spéculative.

- Je n'ai par ailleurs rien à ajouter sur l'analyse de la jurisprudence de la CJUE que font tant le rapport que les mémoires en défense. Les choses sont bien établies, il n'y a pas lieu à question préjudicielle.

Je conclus au rejet du pourvoi.

**Com., 28 mars 2018, n° 16-26.210 : P+B ; JCP G 2018, Act., 419; Defrénois 2018, n° 15, p. 6 ; Resp. civ. et assur. 2018, Focus 12, note L. Bloch ; RLD Aff. 2018, n° 6445**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 21 septembre 2016), que la commune de Saint-Leu-la-Forêt (la commune) qui, pour financer la réalisation ou la rénovation d'équipements communaux, avait régulièrement eu recours à des prêts, consentis notamment par la société D... crédit local (la société D...), a, les 14 et 23 mai 2007, conclu avec cette dernière un contrat de prêt d'un montant de 3 833 771,52 euros remboursable en vingt-sept ans et neuf mois, destiné à la restructuration de deux prêts souscrits précédemment ; que, les 12 et 23 février 2010, la commune et la société D... ont conclu un nouveau contrat de prêt d'un montant de 2 682 908,95 euros remboursable en vingt-cinq ans, destiné à refinancer partiellement le prêt souscrit en 2007 ; que ces deux contrats stipulaient que, pendant une première phase de près de quatre ans pour le premier prêt et de deux ans pour le second, les intérêts seraient calculés par application d'un taux fixe, qu'ensuite, dans l'hypothèse où, pendant une deuxième phase de seize ans pour le premier prêt et de vingt ans pour le second, le cours de l'euro en franc suisse serait inférieur au cours pivot de 1,45 franc suisse pour 1 euro, les intérêts seraient calculés par application d'un taux variable composé de la somme d'un taux fixe et de 50 % du taux de variation du cours de change de l'euro en franc suisse, qu'enfin, pendant la durée résiduelle du contrat, les intérêts seraient, de nouveau, calculés par application du taux fixe applicable à la première phase ; qu'estimant avoir été ainsi exposée à des risques importants en raison de la nature spéculative de ces prêts, la commune a assigné la société D... en annulation des deux contrats et en paiement de dommages-intérêts ; qu'au cours de la procédure, elle a également demandé l'annulation de la clause d'intérêts convenue dans le contrat de prêt de 2010 en raison des irrégularités affectant, selon elle, la mention du taux effectif global, en soutenant que la loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public, qui leur interdisait, sous certaines conditions, de contester, pour défaut ou irrégularité de cette mention, la validité de la clause d'intérêts stipulée dans un contrat de prêt conclu avant l'entrée en vigueur de cette loi, portait atteinte à un intérêt juridiquement protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention) et son premier Protocole additionnel et devait donc être écartée.

Sur le premier moyen :

Attendu que la commune fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à ce que la loi du 29 juillet 2014 sur la sécurisation des emprunts structurés souscrits par les personnes morales de droit public soit jugée inapplicable au contrat litigieux alors, selon le moyen :

1°/ que si les communes sont irrecevables à saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour faire constater une violation de leurs droits, elles sont recevables à invoquer le bénéfice des stipulations de

la Convention, et notamment de ses articles 6-1 et de l'article 1<sup>er</sup> de son premier protocole additionnel si bien qu'en jugeant que la commune n'était pas recevable à invoquer la Convention européenne des droits de l'homme au motif, impropre, qu'elle ne pouvait elle-même saisir la Cour européenne, la cour a violé, par fausse application, les stipulations de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, et, par refus d'application celles de son article 6-1 et de l'article premier du Protocole additionnel ;

2°/ que si les communes sont irrecevables à saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour faire constater une violation de leurs droits, elles sont recevables à invoquer le bénéfice des stipulations de l'article 6-1 de la Convention qui protègent tout justiciable contre l'ingérence de l'État dans un procès en cours par une loi de validation en matière civile si bien qu'en jugeant que la commune de Saint-Leu-la-Forêt n'était recevable à invoquer aucune stipulation de la Convention au motif, impropre, qu'elle ne pouvait saisir la Cour européenne des droits de l'homme, la cour a violé, par fausse application, les stipulations de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, et, par refus d'application celles de son article 6-1 ;

Mais attendu que l'arrêt énonce exactement qu'une commune, qui n'est pas assimilée à une organisation non gouvernementale au sens de l'article 34 de la Convention dans la mesure où, s'agissant d'une personne morale de droit public, elle exerce une partie de la puissance publique, ne peut ni saisir la Cour européenne des droits de l'homme, ni invoquer utilement devant les juridictions nationales les stipulations de la Convention ou de son premier Protocole additionnel et ce, quelle que soit la nature du litige ; que le moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la commune fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à ce que les contrats soient annulés en raison de leur caractère spéculatif et pour avoir été conclus par le maire hors de son champ de compétence et, en conséquence, de la condamner à payer les impayés du contrat de prêt souscrit le 23 mars 2010, majorés des intérêts de retard, alors, selon le moyen :

1°/ que la liberté contractuelle des collectivités territoriales est limitée par le principe selon lequel ces dernières ne peuvent agir et contracter qu'en vue de satisfaire un intérêt public local, c'est-à-dire un besoin d'intérêt général de leur population ; que la conclusion d'un contrat exposant la collectivité à un risque financier illimité caractérisé par le poids combiné, sur la collectivité, du risque lié à la variation du taux d'intérêt et du risque lié à la valeur du contrat, qui empêche la collectivité d'en sortir, est contraire à l'intérêt public local et conséquemment illicite quelle que soit sa qualification et les motifs ayant conduit à sa conclusion de sorte qu'en rejetant la nullité du contrat litigieux, aux motifs inopérants qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne limite la liberté contractuelle des collectivités locales à conclure des contrats de prêt, que la circulaire prohibant la conclusion de tels contrats n'était pas normative et que le contrat visait à financer des investissements d'intérêt général, sans rechercher, comme elle était invitée à le faire, si l'exposition de la collectivité à un risque illimité résultant tant du risque de variation du taux d'intérêt que du risque lié à la valeur du contrat, ne s'opposait pas à la conclusion d'un tel contrat contraire à l'intérêt public local, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1111-1 et L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales ;

2°/ que constitue un emprunt structuré complexe comportant un contrat d'option le contrat prévoyant que l'emprunteur cède à la banque sa propre exposition à un risque illimité, pendant la majeure partie du contrat, en échange du bénéfice d'un taux d'intérêt bonifié en début et en fin de contrat si bien qu'en se bornant à relever, pour écarter cette qualification, que les obligations contractées étaient pré-définies et non optionnelles, la cour d'appel, a violé les dispositions des articles L. 2111-1 et D. 2111-1-A du Code monétaire et financier ;

3°/ que l'exposition de l'emprunteur à un taux d'intérêt indexé sur l'évolution des devises et donc potentiellement illimité, pendant la majeure partie du contrat, qui a pour contrepartie un taux d'intérêt bonifié en début et en fin de contrat constitue une opération spéculative adossée à un emprunt, si bien qu'en se bornant à relever, pour écarter cette qualification, que l'opération ne pouvait avoir de caractère spéculatif puisqu'elle avait été conclue en vue de refinancer des investissements, sans rechercher, comme elle était invitée à le faire, si les modalités de calcul du taux d'intérêt et le montant de l'indemnité de sortie faisant obstacle à tout retrait du contrat ne traduisaient pas une opération spéculative caractérisée par l'exposition de la commune à un risque illimité pendant l'essentiel de la durée du contrat, ayant pour contrepartie un taux d'intérêt bonifié en début et en fin de contrat, la cour d'appel, qui n'a pas pris en considération les spécificités de l'opération litigieuse pour en apprécier le caractère spéculatif, a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles L. 321-1, L. 211-1 et D. 211-1-A du Code monétaire et financier ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que, si le taux d'intérêt de la deuxième phase de remboursement des prêts n'était pas fixé au moment de la signature des contrats, le mode de calcul de ce taux variable était précisément défini, l'arrêt retient que les engagements des parties ont ainsi été définitivement fixés lors de la conclusion des contrats litigieux, sans qu'une nouvelle manifestation de volonté de leur part ne soit requise ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel en a déduit que ces contrats n'incorporaient pas des contrats d'option ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé que les contrats de prêts litigieux comportent un aléa, consistant en l'application, pour la deuxième phase de remboursement, d'un taux variable calculé en fonction du taux de variation du cours du change de l'euro en franc suisse, l'arrêt retient qu'ils ne constituent pas, pour autant, des contrats spéculatifs puisque, en les souscrivant, la commune n'a pas cherché à s'enrichir mais seulement à refinancer des investissements réalisés dans l'intérêt général à des conditions de taux d'intérêt les plus avantageuses possibles ; qu'en cet état, et dès lors que le caractère spéculatif d'une opération ne peut résulter de la seule exposition de la collectivité territoriale à des risques illimités, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche invoquée par la première branche et n'avait pas à effectuer celle, inopérante, invoquée par la troisième, a légalement justifié sa décision ;

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

Sur le quatrième moyen :

Attendu que la commune fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à ce que soit reconnue la responsabilité de la banque D... en tant qu'établissement dispensateur de crédit alors, selon le moyen :

1°/ que le caractère averti d'un emprunteur doit s'apprécier *in concreto* ; que tout en affirmant qu'elle statuait *in concreto*, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs abstraits tenant à la taille de la ville, à son habitude de contracter des prêts, sans en préciser la nature, à l'existence d'une commission des finances, sans préciser ses compétences spéciales en matière de prêts structurés, à la nature du diplôme détenu par le maire (sciences de gestion) sans en préciser même le degré ; qu'en statuant ainsi, sans relever le moindre élément propre au cas particulier des édiles de la ville de Saint-Leu-la-Forêt permettant l'appréciation *in concreto* du caractère averti de la commune, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce ;

2°/ que le caractère averti d'un emprunteur s'apprécie *in concreto* au regard du produit qu'il souscrit ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui a omis de rechercher si la ville pouvait être considérée comme avertie au regard du prêt consenti au cas d'espèce, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction applicable en la cause ;

3°/ que la considération que l'emprunteur puisse s'entourer de conseils n'a pas d'incidence sur son caractère averti ou non ; qu'en jugeant



néanmoins que la commune de Saint-Leu-la-Forêt « n'a pas jugé nécessaire d'avoir recours au service spécialisé de la préfecture destiné à conseiller les communes dans le cadre de la passation d'un contrat de prêt ; que le caractère averti de la commune de Saint-Leu-la-Forêt lors de la souscription des emprunts contestés de 2007 et 2010 est ainsi établi », la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction applicable en la cause ;

4°/ qu'en considérant que la commune ne prétendait pas que les prêts litigieux comportaient un risque d'endettement excessif de la ville ou une difficulté pour celle-ci de faire face à ses obligations ni que la banque aurait eu sur ses facultés de remboursement prévisibles des informations que celle-ci ignorait, sans rechercher si le risque d'endettement excessif n'était pas avéré du fait du montant de l'indemnité de remboursement anticipé – particularité des contrats considérés –, la commune faisant valoir qu'elle ne pouvait « quitter les emprunts ruineux », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil dans sa version applicable au litige ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé que le caractère averti d'un emprunteur ne se présume pas et doit résulter d'une analyse concrète, au jour de la conclusion du prêt litigieux, l'arrêt, après avoir relevé que la commune était d'une certaine importance puisqu'elle comptait quinze mille habitants, constate qu'il est établi qu'elle a eu recours, depuis plus de trente ans, à une vingtaine d'emprunts auprès de différents établissements bancaires, les prêts litigieux de 2007 et 2010 ayant eu pour objet de refinancer des prêts antérieurement souscrits ; qu'il relève également qu'à la fin 2010, le montant total des emprunts de la commune représentait une somme de 15,53 millions d'euros dont 6,154 souscrits auprès de la société D... ; qu'il relève ensuite que la commune a souscrit plusieurs emprunts à taux variable représentant 40 % de la totalité de son endettement, qu'en 2010, son maire était diplômé de sciences de gestion et trésorier de l'Association des maires d'Île-de-France et qu'au surplus, en 2010 comme en 2007, elle disposait d'une commission des finances composée de dix membres ; qu'il constate encore que l'extrait du registre des délibérations du conseil municipal du 17 décembre 2009 porte mention de l'autorisation donnée au maire « de procéder... aux opérations financières utiles à la gestion des emprunts, y compris les opérations de couverture des risques de taux de change... » ; qu'il retient enfin que la commune développait une politique active de gestion de sa dette, y compris en souscrivant des emprunts à taux variable et ne pouvait donc pas ignorer l'existence d'un risque ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a souverainement déduit que le caractère averti de la commune lors de la souscription des emprunts contestés de 2007 et 2010 était établi, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les troisième et quatrième branches, la cour d'appel, qui s'est prononcée par une

décision dénuée de caractère abstrait, a légalement justifié sa décision ; que le moyen, pour partie inopérant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur les cinquième, sixième et septième moyens, ces deux derniers rédigés en termes similaires, réunis :

Attendu que la commune fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à ce que soit reconnue la responsabilité de la banque D..., en qualité de prestataire de services d'investissement, dans l'octroi des deux prêts de 2007 et 2010, s'agissant de produits spéculatifs, alors, selon le moyen :

1°/ que s'agissant de la responsabilité du banquier, le caractère spéculatif d'un produit financier ne s'apprécie non pas au regard de l'intention des parties, mais au regard des caractéristiques intrinsèques du produit ; qu'un produit est en effet intrinsèquement spéculatif du fait de l'existence d'options incorporées et du risque illimité auquel il expose son souscripteur, si bien qu'en jugeant que les contrats litigieux n'avaient pas un caractère spéculatif au motif que la commune, souscripteur des contrats, n'avait pas cherché à s'enrichir, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil en sa rédaction applicable en la cause ;

2°/ qu'une opération présente un caractère spéculatif dès lors que l'opérateur est dans l'incapacité de connaître à l'avance l'étendue maximale de ses engagements ; qu'il est constant que, dans le cadre d'un prêt comportant une période de taux d'intérêts dont la valeur fluctue en fonction de l'évolution d'un cours de change, l'emprunteur ignore, lors de la signature du contrat, le montant maximal de son engagement ; qu'en statuant comme elle l'a fait, au motif inopérant que la ville n'avait pas eu l'intention de s'enrichir, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil en sa rédaction applicable en la cause ;

3°/ que le produit commercialisé dans l'espoir de bénéficier d'une variation de taux de change présente un caractère spéculatif ; qu'en considérant qu'un prêt comportant une période, future, de remboursement à un taux adossé sur la variation du taux de change entre l'euro et le franc suisse, ayant pour objectif l'enrichissement du prêteur et une économie pour l'emprunteur ne présente pas un caractère spéculatif, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil en sa rédaction applicable en la cause ;

4°/ qu'une opération présente un caractère spéculatif dès lors que l'opérateur est dans l'incapacité de connaître à l'avance l'étendue maximale de ses engagements ; qu'il est constant que, dans le cadre d'un prêt comportant une période de taux d'intérêts dont la valeur fluctue en fonction de l'évolution d'un cours de change, l'emprunteur ignore, lors de la signature du contrat, le montant maximal de son engagement ; qu'en statuant comme elle l'a fait, au motif inopérant que la ville n'avait pas eu l'intention de s'enrichir, la cour d'appel a violé, s'agissant du prêt souscrit en 2007, l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits (ordonnance du 15 avril 2004), ensemble l'article L. 533-4 du même code dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits et, s'agissant du prêt souscrit en 2010, les articles L. 211-1, L. 533-11 et D. 211-1-A du Code monétaire et financier dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits ;

5°/ que constitue un contrat d'option la convention octroyant à l'une des parties la faculté de ne pas acheter ou de ne pas vendre au terme convenu ; que revêt également cette qualification le contrat portant sur des produits dérivés contenant des « options à exercice automatique », en vertu duquel une partie (ici, le client) prend un risque illimité (ici, de hausse de taux) en contrepartie d'une prime (ici, l'octroi pendant deux années, d'un taux particulièrement favorable et attractif) ; qu'en déniaut aux prêts litigieux la qualification de contrat d'option dans la mesure où les conditions dans lesquelles sont engagées les parties ont été fixées lors de la conclusion des contrats et ne requerraient aucune nouvelle manifestation de volonté de leur part, sans égard à la circonstance que les conventions faisaient peser sur l'emprunteur un risque illimité de hausse de taux ayant pour contrepartie la prime constituée par l'octroi d'un taux avantageux pendant une période déterminée, la cour d'appel

a violé, s'agissant du prêt souscrit en 2007, l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits (ordonnance du 15 avril 2004), ensemble l'article L. 533-4 du même code dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits et, s'agissant du prêt souscrit en 2010, les articles L. 211-1, L. 533-11 et D. 211-1-A du Code monétaire et financier dans leur rédaction en vigueur à l'époque des faits ;

Mais attendu que la cour d'appel ayant, par les motifs vainement critiqués par le quatrième moyen, retenu que la commune était avertie, le moyen est sans portée ;

Attendu que la solution du litige ne nécessitant, en conséquence, aucune interprétation de l'annexe, section B, de la directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 ni de l'annexe I, section C, de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, il n'y a pas lieu à renvoi préjudiciel ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le troisième moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

Dit n'y avoir lieu de poser de question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ;

REJETTE le pourvoi ;

## OBSERVATIONS

Afin de procéder à la réalisation ou à la rénovation d'équipements communaux, la commune de Saint-Leu-la-Forêt a eu recours à des prêts auprès de la société D... CREDIT LOCAL.

Ainsi, les 14 et 23 mai 2007, la commune a souscrit auprès de cet établissement bancaire un acte de prêt référencé MPH 985509 EUR/MPH258194EUR, dénommé TOFIX DUAL EUR CHF FLEXI destiné à la restructuration de deux prêts souscrits par la commune le 19 avril 2002 et le 5 novembre 2003.

Ce prêt a été contracté pour un montant de 3 833 771,52 euros sur une durée de 27 ans et 9 mois. Les intérêts du prêt se décomposaient en trois phases :

- première phase, du 1<sup>er</sup> juin 2007 inclus jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2010 exclu : taux fixe de 3,95 % ;
- deuxième phase, du 1<sup>er</sup> mars 2010 inclus jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2026 exclu : taux variable déterminé de manière post-fixée suivant le cours de change de l'euro en francs suisses, conformément à la clause détaillée au contrat ;
- troisième phase, du 1<sup>er</sup> mars 2026 inclus jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2035 exclu : taux fixe de 3,95 % l'an.

Les 12 et 23 février 2010, la commune de Saint-Leu-la-Forêt et la société D... CREDIT LOCAL ont signé un nouveau contrat de prêt portant le numéro MPH268339 EUR/02866 12 dénommé DUAL EUR CHF FIXE d'un montant de 2 682 908,95 euros et d'une durée de 25 ans, destiné à re-financer partiellement le prêt souscrit en 2007 et portant intérêts de la manière suivante :

- première phase, du 1<sup>er</sup> mars 2010 inclus jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2012 exclu : taux fixe de 3,93 % l'an ;
- deuxième phase, du 1<sup>er</sup> mars 2012 inclus jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2032 exclu : taux variable déterminé de manière post-fixée suivant le cours de change de l'euro en francs suisses, conformément à la clause détaillée au contrat ;
- troisième phase, du 1<sup>er</sup> mars 2032 inclus jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2035 exclu : taux fixe de 3,93% l'an.

La commune de Saint-Leu-la-Forêt a assigné la société D... CREDIT LOCAL pour voir prononcer l'annulation des contrats de prêts litigieux.

Le 6 juin 2014, le tribunal de grande instance de Nanterre a notamment annulé la stipulation conventionnelle d'intérêts du contrat de prêt MPH268339 EUR/02866 12 dénommé DUAL EUR CHF FIXE.

La CAISSE FRANCAISE DE FINANCEMENT LOCAL (CAFFIL) anciennement dénommée D... MUNICIPAL AGENCY et la société D... CREDIT LOCAL ont interjeté appel de ce jugement.

Le 30 juillet 2014 est publiée au *Journal officiel* la loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public. Ce texte « valide » à certaines conditions les stipulations d'intérêts prévues par les prêts conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi entre un établissement de crédit et une personne morale de droit public.

Le 21 septembre 2016, la cour d'appel de Versailles a infirmé la décision du tribunal de commerce de Versailles en ce qu'elle a annulé la stipulation conventionnelle d'intérêts du contrat de prêt portant le numéro MPH268339 EUR dénommé DUAL EURO/ CHF FIXE.

La commune de Saint-Leu-la-Forêt soutenait que l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ne lui interdisait pas d'invoquer les termes de la Convention dans le cadre d'un litige interne de droit privé l'opposant à une personne privée, en l'espèce, un établissement bancaire.

Sur le fond, elle prétendait que la loi de validation relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés portait atteinte à un intérêt juridiquement protégé par la CEDH et son premier protocole additionnel et devait donc être écartée.

La société D... CREDIT LOCAL et la CAISSE FRANCAISE DE FINANCEMENT LOCAL soutenaient, au contraire, que les communes ne peuvent ni saisir la Cour européenne des droits de l'homme, ni invoquer utilement devant les juridictions nationales les stipulations de la Convention ou du Protocole additionnel.

En conséquence, pour la banque, il convenait de faire application à l'espèce des dispositions de la loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 du fait de son application rétroactive.

La cour d'appel a donné raison à D... et a décidé que la commune de Saint-Leu-la-Forêt ne pouvait pas se prévaloir des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et du Protocole pour écarter l'application de la loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 dite « loi de sécurisation des emprunts structurés ».

La commune de Saint-Leu-la-Forêt a formé un pourvoi en cassation. Le parquet général émet alors un avis de rejet. Celui-ci s'appuie sur un argument de texte, une analyse de la jurisprudence administrative, une décision antérieure de la Cour de cassation et des considérations d'opportunités. Cet avis sera suivi par la chambre commerciale. Si l'avis de Monsieur le Premier avocat général Le Mesle éclaire la solution adoptée, c'est parce qu'il contient un exercice de qualification, expose la cohérence du droit administratif, présente la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation sur la question et défend l'intérêt général.

**1.-** L'article 34 (« *Requêtes individuelles* ») de la CEDH dispose :

« *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.* ».

Le Premier avocat général constate qu'une commune n'est ni une « personne physique », ni une « organisation non-gouvernementale » ni « un groupe de particuliers » et qu'elle n'est donc pas une personne juridiquement recevable à saisir la CEDH.

Plus particulièrement, il estime qu'une commune n'est pas assimilable à une organisation non gouvernementale dans la mesure où, s'agissant d'une personne morale de droit public, elle exerce une partie de la puissance publique.

Il observe d'ailleurs que cette solution n'est pas discutée par le pourvoi,

mais que la commune soutient que cette irrecevabilité ne lui interdit pas d'invoquer les termes de la Convention dans le cadre d'un litige interne de droit privé. Il appartient au juge civil d'écarter l'application des dispositions législatives non conformes à la CEDH dans les contentieux qu'il est compétent à connaître.

C'est l'objet de la discussion.

**2.-** Le parquet général observe que la jurisprudence du Conseil d'État est hésitante et évolutive sur la question de l'invocabilité des droits garantis par la CEDH devant le juge national par une personne irrecevable à saisir la CEDH.

Il propose alors à sa chambre une option, soit une exclusion de principe de la possibilité d'invoquer la CESH, soit une exclusion sous condition (en fonction de la nature des droits ou de la nature du litige). La juridiction, en précisant qu'une commune ne peut invoquer « *devant les juridictions nationales les stipulations de la Convention ou de son premier Protocole additionnel, et ce, quelle que soit la nature du litige* » a opté pour l'exclusion de principe.

La solution est dictée par le refus du paradoxe : attribuer à la commune des droits sans lui accorder un recours devant la CEDH serait une violation du principe d'égalité dans l'accès au juge garanti par les stipulations combinées des articles 6 et 14 CEDH.

Le Premier avocat général précise que cette solution ne s'oppose pas en revanche à ce qu'une commune puisse invoquer les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par des sources internes.

**3.-** Le parquet général rappelle ensuite que la Cour de cassation a décidé : « *qu'un établissement public de coopération intercommunale qui ne revêt pas le caractère d'une organisation non gouvernementale ne peut invoquer utilement les stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Cass. 2<sup>e</sup>, 11 juillet 2013, n° 12-20528, aff. SIVOM, Bull. II, n° 167). Après avoir comparé les circonstances des deux espèces, le Premier avocat général conclut que rien ne justifie que la Cour adopte une solution différente.

**4.-** Enfin, ce magistrat évoque aussi des considérations liées au contexte de l'affaire qui renforcent son argumentation juridique.

Tout d'abord, il fournit en annexe de son avis une note de la direction du Trésor qui chiffre en milliard le risque pour l'État de la condamnation de D... et de la CAFIL.

Ensuite, il rappelle que le Conseil constitutionnel n'a pas censuré la loi du 29 juillet 2014 et qu'il a notamment décidé que ce texte ne portait pas atteinte au droit à un procès équitable (Conseil constitutionnel jeudi 24 juillet 2014, Décision n° 2014-695 DC ECLI:FR:CC:2014:2014.695. DC, loi du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public).

Enfin, il estime que D... est « *le faux nez de l'État* » et que celle-ci ne peut réclamer des protections juridictionnelles qui ont été prévues « *pour protéger les particuliers contre la puissance publique, ses abus et ses empiètements* ».

Pour conclure, livrons l'attendu de la Cour de cassation qui ne peut être lu qu'à la lumière de l'avis du parquet :

« *Mais attendu que l'arrêt énonce exactement qu'une commune, qui n'est pas assimilée à une organisation non gouvernementale au sens de l'article 34 de la Convention dans la mesure où, s'agissant d'une personne morale de droit public, elle exerce une partie de la puissance publique, ne peut ni saisir la Cour européenne des droits de l'homme, ni invoquer utilement devant les juridictions nationales les stipulations de la Convention ou de son premier Protocole additionnel et ce, quelle que soit la nature du litige ; que le moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondé.* »