

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 707



*Publication
bimensuelle*

*15 septembre
2009*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

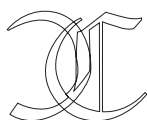
www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

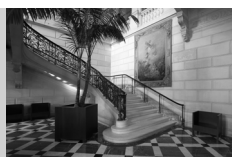
Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Par arrêt du 18 mars 2009 (*infra*, n° 1113), la troisième chambre civile a jugé que « Le juge qui retient que le locataire, bénéficiaire d'un plan d'apurement consenti par son bailleur dans le délai de deux mois du commandement de payer visant la clause résolutoire, a, au terme de ce plan, respecté ses engagements en déduit, sans violer l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989, que la demande en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire doit être rejetée, peu important le retard apporté dans le paiement des premières mensualités de ce plan amiable ».

Béatrice Vial-Pedroletti (*Loyers et copropriété*, mai 2009, commentaire n° 113) note que cette solution, classique en matière de résiliation judiciaire, découle ici « d'un pouvoir "exorbitant" de droit commun » dont le juge dispose « dans un but de protection du locataire », « mis à profit ici pour éviter une expulsion injustifiée tout autant que pour condamner l'attitude du bailleur qui s'était appuyé sur des retards mineurs et rapidement régularisés pour demander la résiliation du bail ».

Jurisprudence



Par arrêt du 31 mars 2009 (*infra*, n° 1140), la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « selon l'article 45 de la loi (...) du 11 janvier 1984 portant statut général des fonctionnaires d'Etat, le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant les fonctions qu'il exerce par l'effet de son détachement, à l'exception (...) de toute disposition législative, réglementaire ou conventionnelle prévoyant le versement d'indemnités de licenciement ou de fin de carrière », interdisant, par conséquent, « le versement au fonctionnaire d'Etat détaché auprès d'une collectivité territoriale de la Nouvelle-Calédonie, dont la rupture du contrat de travail a été jugée abusive, de toute indemnité de licenciement. » Cette solution n'est pas en soi nouvelle - la chambre sociale ayant toujours jugé qu'un fonctionnaire, même détaché auprès d'une personne de droit privé dans le cadre d'un contrat de droit privé, ne pouvait percevoir une telle indemnité - mais est ici réaffirmée dans le contexte du droit propre à ce territoire.

Doctrine



Le même jour, la chambre criminelle (*infra*, n° 1157), jugeant que « *L'article 663 du code de procédure pénale réserve au seul ministère public l'initiative de la mise en œuvre de la procédure de dessaisissement entre juges d'instruction* », a cassé l'arrêt de la chambre de l'instruction énonçant que si cet article « *a pour objet d'autoriser, de manière exceptionnelle, le ministère public à requérir le dessaisissement d'un juge d'instruction, cette disposition n'exclut pas que le juge d'instruction puisse prendre l'initiative de ce dessaisissement ou y procède malgré des réquisitions contraires* ». Dans leur commentaire (*Droit pénal*, juin 2009, p. 38-39), Albert Maron et Marion Haas notent cette question est ici tranchée pour la première fois, tout en la rapprochant d'une solution retenue par la même chambre le 11 mai 2006 (*Bull. crim.* 2006, n° 127) et le 28 mars 2007 (*Bull. crim.* 2007, n° 96) dans des circonstances voisines (application respectivement des articles 706-77 et 705-1 du code de procédure pénale).

Enfin, par arrêt du 29 mai dernier, l'assemblée plénière a jugé que « *des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance* » « *ne peuvent constituer un aveu* », tranchant par la négative la question de savoir, selon l'expression du conseiller rapporteur, « *si le défendeur à l'action qui conteste le montant des sommes réclamées ne reconnaît pas, par là même, le non-paiement de ces sommes et se trouve, ce faisant, privé de la faculté d'opposer la prescription de l'article 2273 du code civil* », *a fortiori* lorsque cette contestation intervient à titre simplement subsidiaire et ne peut donc « *être pris[e] en compte dans l'examen de l'argument principal* », au risque de « *ruiner l'articulation classique garante d'un bon déroulement de l'instance* » (Olivier Salati, *JCP* 2009 éd. G, 15 juin 2009, p. 19).

Table des matières

Jurisprudence

Droit européen

Actualités

Page 6

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 29 mai 2009 rendu par l'assemblée plénière

Prescription civile *Page 10*

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

Arbitrage	1110
Avocat	1111
Bail (règles générales)	1112
Bail d'habitation	1113
Bail rural	1114
Banque	1115
Chambre de l'instruction	1116
Concurrence	1117
Conflit de juridictions	1118-1119
Contrat de travail, exécution	1120 à 1123
Contrat de travail, rupture	1124 à 1129
Contrats et obligations conventionnelles	1130
Elections professionnelles	1131-1132
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	1133
Etat	1134
Etranger	1135 à 1138
Expert-comptable et comptable agréé	1139
Fonctionnaires et agents publics	1140
Impôts et taxes	1141
Instruction	1142
Juge de l'exécution	1143

Juridictions correctionnelles	1144
Juridictions de l'application des peines	1145
Marque de fabrique	1146
Officiers publics ou ministériels	1147
Prescription acquisitive	1148
Presse	1149 à 1151
Prêt	1152
Preuve	1153
Procédure civile	1154
Procédures civiles d'exécution	1155
Protection des consommateurs	1156
Renvoi d'un tribunal à un autre	1157
Représentation des salariés	1154-1158
Saisie immobilière	1159
Sécurité sociale, accident du travail	1160
Séparation des pouvoirs	1161
Statut collectif du travail	1162
Statuts professionnels particuliers	1163
Transports maritimes	1164
Travail réglementation, durée du travail	1165
Travail réglementation, rémunération	1166
Vente	1167 à 1169

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Cours et tribunaux

Jurisprudence des cours d'appel
relative à la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

*Responsabilité délictuelle
ou quasi délictuelle* _____ 1170 à 1172

Jurisprudence des cours d'appel
relative au transport routier de marchandises

Transports terrestres _____ 1173 à 1176

Jurisprudence

Droit européen

Actualités

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Rappel : l'Observatoire du droit européen publie une veille bimestrielle de droit européen disponible sur le site intranet de la Cour de cassation : <http://intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr/>, sous la rubrique « Documentation », et sur le site internet : www.courdecassation.fr, sous la rubrique « Publications de la Cour ».

- Droit à un procès équitable (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt *X... c/ France*, requête n° 19/05, rendu le 11 juin 2009, la Cour conclut, à l'unanimité, à l'applicabilité de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à la plainte avec constitution de partie civile déposée par le requérant et à la violation de cet article en raison de l'absence de communication au requérant du rapport du conseiller rapporteur devant la Cour de cassation.

Dans cette affaire la Cour confirme l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention (droit à un procès équitable) à une plainte avec constitution de partie civile. Elle se prononce sur l'exigence d'une plainte préalable de la victime pour le déclenchement des poursuites s'agissant de faits commis à l'étranger en matière délictuelle (article 113-8 du code pénal) et sa conformité avec le droit d'accès à un tribunal.

Faits :

En 2003, le requérant porta plainte avec constitution de partie civile, à Paris, contre sa femme. Cette plainte concernait des faits de violences et de dénunciations calomnieuses commis à son encontre par son épouse et survenus lors d'un voyage à Singapour en 2000. Il demandait par ailleurs réparation du préjudice subi du fait des dénunciations calomnieuses. Le juge d'instruction rendit une ordonnance d'irrecevabilité de constitution de partie civile au visa de l'article 113-8 du code pénal, qui prévoit que lorsque les faits dénoncés se sont déroulés à l'étranger, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public, après dépôt de plainte par la victime ou ses ayants droit.

Le requérant interjeta appel de cette ordonnance. Il ne put assister à l'audience, seul son avocat étant autorisé à pénétrer dans la salle pour y plaider. La chambre de l'instruction de la Cour d'appel rejeta son recours. Il forma un pourvoi en cassation. Le greffe de la Cour suprême l'informa que son mémoire serait soumis à l'examen d'un conseiller rapporteur, puis de l'avocat général, qui lui ferait connaître le sens de ses conclusions avant l'audience. Invoquant notamment les arrêts *X... c/ France* des 31 mars 1998 et 25 janvier 2000 (requêtes n°s 23043/93 et 22921/93, et requête n° 29507/95), le requérant demanda communication du rapport du conseiller rapporteur avant l'audience, celui-ci ayant été transmis à l'avocat général. Il n'obtint aucune réponse à sa demande. Le 22 juin 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta son pourvoi sur le fondement des dispositions de l'article 113-8 du code pénal. Par ailleurs, la haute Cour précisa que l'ordonnance d'irrecevabilité n'était pas constitutive d'une violation de l'article 6 de la Convention européenne invoquée par le requérant.

Griefs :

Devant la Cour européenne, le requérant invoquait une violation de l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable) combiné avec l'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif). Il estimait en effet que l'ordonnance d'irrecevabilité de sa plainte l'avait privé de son droit d'accès à un tribunal. Par ailleurs, toujours sur le fondement de l'article 6 § 1, il se plaignait, d'une part, de n'avoir pu assister à l'audience devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel et, d'autre part, de la violation du principe de l'égalité des armes. Sur ce dernier point, il alléguait n'avoir eu communication ni des conclusions du conseiller rapporteur ni de celles de l'avocat général.

Décision :

- Sur le premier grief tiré de la violation de l'article 6 combiné à l'article 13 de la Convention :

A titre liminaire, la Cour statue sur les exceptions soulevées par le gouvernement français sur l'applicabilité des dispositions de l'article 6 à la présente affaire. Elle précise dans un premier temps que « *les exigences de*

l'article 6 § 1, qui impliquent toute la panoplie des garanties propres aux procédures judiciaires, sont plus strictes que celles de l'article 13, qui se trouvent absorbées par elles » (paragraphe 26). Dans ces conditions, elle décide de n'examiner l'affaire que sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention.

Elle rappelle par ailleurs s'être déjà prononcée, notamment dans l'arrêt de grande chambre *X... c/ France* du 12 février 2004 - requête n° 47287/99, sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention aux plaintes avec constitution de partie civile et y avoir précisé qu'une telle plainte relevait bien de l'article 6, dans la mesure où elle ne visait pas exclusivement un but répressif ou vindicatif, mais qu'elle avait également un objet indemnitaire. En l'espèce, la Cour constate que le requérant a sollicité l'attribution de dommages-intérêts notamment en réparation de l'atteinte portée à son image, à son honneur et à sa réputation. Elle admet donc l'application de l'article 6 de la Convention et rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement.

Enfin, la Cour considère que la dernière exception, tirée du non-épuisement des voies de recours internes, soulevée par le gouvernement, ne s'applique qu'au grief portant sur la violation du droit d'accès à un tribunal. La juridiction strasbourgeoise rappelle que « *le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque la réglementation en cause cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir la substance de son litige tranchée par la juridiction compétente (X... et autres c/ Luxembourg, requête n° 17140/05, § 47, 24 avril 2008)* ». Or, « *la réglementation relative aux formalités et aux délais à observer pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique* » (paragraphe 31). Reprenant l'argumentation du gouvernement, la Cour considère que l'article 113-8 du code pénal « *applicable seulement en matière délictuelle, tient compte des difficultés auxquelles se heurtent les enquêteurs pour diligenter des investigations en territoire étranger (...)* ». A ses yeux, « *il ne fait aucun doute que cette exclusivité de compétence concourt à la bonne administration de la justice, dans la mesure où elle vise à éviter que l'action publique ne soit mise en mouvement pour des faits dont l'élucidation ou la poursuite se trouvent compromis* » (paragraphe 32).

Les juges européens constatent que le requérant a bénéficié d'un droit d'accès à un tribunal, dans les limites prévues par l'article 113-8 du code pénal, que « *ces limites sont justifiées et n'ont pas restreint l'accès ouvert au requérant* » (...) à un point tel « *que son droit à un tribunal s'en est trouvé atteint dans sa substance même* » (paragraphe 33). Ils observent enfin que le requérant n'a pas saisi les juridictions civiles après avoir été informé de la décision d'irrecevabilité de sa plainte, comme cela lui était permis.

Dès lors, considérant que le grief du requérant tiré du défaut d'accès à un tribunal est manifestement mal fondé, ils le rejettent.

- Sur les autres violations alléguées de l'article 6 de la Convention :

Concernant l'impossibilité pour le requérant d'assister à l'audience de la chambre de l'instruction : la Cour constate que le requérant était effectivement représenté par son avocat devant la chambre de l'instruction. Elle rejette donc le grief du requérant.

Concernant l'absence de communication des conclusions de l'avocat général : le procureur général près la cour de cassation a informé le requérant, par courrier du 3 juin 2004, du dépôt des conclusions de l'avocat général et du sens de ses conclusions. Visant notamment l'arrêt *X... c/ France* du 16 octobre 2008 - requête n° 44562/04, la Cour conclut au rejet du grief, qu'elle estime manifestement mal fondé.

Concernant l'absence de communication du rapport du conseiller rapporteur : la Cour rappelle sa jurisprudence constante en la matière, et notamment les deux arrêts *X... c/ France* du 24 mai 2006 - requête n° 55917/00 et *X... c/ France* du 6 décembre 2007 - requête n° 38615/02, selon laquelle « *l'absence de communication au requérant ou à son conseil, avant l'audience, du premier volet du rapport du conseiller rapporteur, alors que ce document avait été transmis à l'avocat général, ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable* » (paragraphe 44). En l'espèce, elle constate en outre que le courrier du requérant demandant communication de ce rapport est resté sans réponse. Elle conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 de la Convention, sous l'angle de l'égalité des armes.

- Droit à un procès équitable (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt *X... SA c/ France*, requête n° 5242/04, rendu le 11 juin 2009, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (droit à un procès équitable), pour défaut d'impartialité de la commission bancaire, et à la non-violation de cet article concernant le défaut de motivation de l'arrêt du Conseil d'Etat.

Dans cette affaire, la Cour avait notamment à se prononcer sur la compatibilité de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (droit à un procès équitable) avec la procédure devant la commission bancaire.

Faits :

La société *X... SA* (requérante) est une entreprise d'investissement dont l'activité consiste en la réception, la transmission et l'exécution d'ordres pour le compte de tiers et la négociation pour son propre compte. En 2000, elle fit l'objet d'une inspection diligentée par la commission bancaire - autorité de contrôle des établissements de crédit et d'investissement présidée par le gouverneur de la Banque de France (« la commission »). A l'issue de cette inspection, une infraction réglementaire lui fut signifiée, et la régularisation de sa situation demandée.

Le 28 septembre 2000, sur la base du rapport d'inspection, la commission bancaire décida d'ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre de la requérante. Le président de la commission lui notifia les motifs

d'ouverture de cette procédure. En réponse, la requérante déposa, le 28 décembre 2000, ses observations. Elle contestait la régularité et l'impartialité de cette procédure au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, dénonçant notamment le cumul par la commission des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. En réplique, le secrétariat général de la commission lui transmet ses observations et l'invita par ailleurs à l'audience se tenant le 11 juillet.

Le 8 octobre 2001, la commission prononça un blâme à l'encontre de la requérante. La décision, qui précisait par ailleurs que la procédure n'était entachée d'aucune irrégularité, lui fut notifiée par le secrétaire général. En juillet 2003, le Conseil d'Etat rejeta le pourvoi formé par la requérante. Il écarta les moyens tirés de l'incompatibilité avec l'article 6 § 1 du fait, notamment, du cumul des fonctions au sein de la commission, de sa faculté d'autosaisine. Il estima enfin que la décision du 8 octobre 2001 avait été suffisamment motivée.

Griefs :

Devant la Cour européenne, la requérante invoquait l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle se plaignait du manque d'impartialité et d'indépendance de la commission bancaire dans le cadre d'une procédure disciplinaire ouverte à son encontre par cette autorité, ainsi que de l'iniquité de la procédure devant la commission et le Conseil d'Etat.

Décision :

- Sur les exceptions d'irrecevabilité soulevées par le gouvernement :

Le gouvernement affirmait que l'article 6 de la Convention ne trouvait pas à s'appliquer au cas d'espèce, en raison de la nature disciplinaire de la procédure.

La Cour constate en premier lieu que le Conseil d'Etat lui-même reconnaît l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention sous son angle pénal et rappelle ses jurisprudences X... *c/ France* du 3 décembre 2002 (requête n° 53892/00) et X... *c/ France* du 2 juillet 2002 (requête n° 58188/00), appliquant cette disposition à d'autres autorités administratives compétentes en matière économique et financière.

Elle reprend ensuite les arguments de la requérante et précise que trois critères (critères « *Engels* ») permettent d'établir l'existence d'une « *accusation en matière pénale* » qui détermine l'applicabilité de l'article 6 : « *la qualification juridique de l'infraction en droit interne, (...) la nature même de l'infraction (...) et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé* » (paragraphe 36), les deux derniers critères étant alternatifs et non cumulatifs.

En l'espèce, elle estime que la requérante « *pouvait encourir une radiation et/ou une sanction pécuniaire "au plus égale au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée". De telles sanctions entraînent des conséquences financières importantes, et, partant, peuvent être qualifiées de sanctions pénales* ». Par ailleurs, « *le blâme qui a été prononcé était de nature à porter atteinte au crédit de la société sanctionnée, entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables* » (paragraphe 37).

Selon les juges européens, « *la commission bancaire, lorsqu'elle a infligé à la requérante la sanction du blâme, devait être regardée comme un "tribunal" au sens de l'article 6 § 1 de la Convention* » et « *cette sanction, dans les circonstances de l'espèce, avait une "coloration pénale"* » (paragraphe 38). La Cour en déduit que l'article 6 § 1 de la Convention trouve à s'appliquer et rejette l'exception d'incompatibilité *ratione materiae* soulevée par le gouvernement.

Le gouvernement soutenait enfin que, s'agissant du grief tiré du défaut de motivation par le Conseil d'Etat, les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées, puisque la requérante n'avait pas exercé le recours en rectification d'erreur matérielle.

La Cour rappelle que l'article 35 de la Convention vise à « *ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention* ». Cependant, les dispositions de cet article « *ne prescrivent l'épuisement que des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues* » (paragraphe 41). Il appartient au gouvernement de démontrer que ces exigences se trouvent réunies.

En l'espèce, les juges européens observent que la voie de recours proposée, à savoir « *le recours en rectification d'erreur matérielle prévu à l'article R. 833-1 du code de justice administrative, vise à redresser les inexactitudes et erreurs commises par le juge* », et non pas à critiquer un raisonnement juridique. Ils en concluent donc que le recours évoqué par le gouvernement « *n'était pas de nature à remédier à la violation alléguée de la Convention par la requérante* » (paragraphe 42) et rejettent l'exception de non-épuisement des voies de recours internes.

- Concernant la procédure suivie devant la commission bancaire :

Sur le manque d'impartialité et d'indépendance de la commission bancaire :

La cour rappelle ses principes en matière d'impartialité subjective et objective. En l'espèce, elle ne voit aucune raison de mettre en cause l'impartialité subjective des membres de la commission.

Concernant l'impartialité objective, les juges européens exposent qu'en « *la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus* » (paragraphe 53), et que « *les notions d'indépendance et d'impartialité sont étroitement liées* ». Or, en l'espèce, ils constatent « *l'imprécision des textes qui régissent la procédure devant la commission bancaire, quant à la composition et aux*

prérogatives des organes appelés à exercer les différentes fonctions qui lui sont dévolues » (paragraphe 56). En l'occurrence, la commission exerce une fonction de contrôle administratif, disposant d'un pouvoir d'injonction et d'un pouvoir disciplinaire.

La Cour rappelle avoir déjà jugé, notamment par une décision d'irrecevabilité *X... c/ France* (requête n° 58188/00) précitée, concernant une autorité administrative indépendante similaire à la commission bancaire, que *si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, (...) ce cumul est subordonné à la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, et notamment à l'absence d'accomplissement d'acte d'accusation de sa part* » (paragraphe 57).

En l'espèce, elle recherche si la commission bancaire a pu décider de la sanction disciplinaire sans « *préjugement* ». Elle constate une confusion des rôles : le secrétaire général et la commission bancaire ont diligencé les poursuites contre la requérante, le président lui a notifié les griefs retenus à son encontre ; l'instruction n'était pas dévolue à une personne précise et la décision de sanction fut prise par le président de la commission bancaire et cinq membres de celle-ci, après une audience publique et un délibéré. Le secrétaire général notifia à la requérante la sanction prononcée par la commission. « *De cet enchaînement d'actes pris au cours de la procédure juridictionnelle, il résulte, de l'avis de la Cour, que la société requérante pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée* », estime la Cour européenne (paragraphe 60).

La Cour ne s'estime « *pas convaincue par l'affirmation du gouvernement sur l'existence d'une séparation organique au sein de la commission bancaire* ». Elle en déduit que « *la requérante pouvait nourrir des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la commission, du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions* » (paragraphe 61) et, à l'unanimité, conclut à la violation de l'article 6 de la Convention.

Sur la rupture de l'égalité des armes :

La Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le grief tiré de la rupture de l'égalité des armes entre le secrétariat général de la commission et les personnes poursuivies. Selon elle, le constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention concernant le manque d'impartialité et d'indépendance de la commission est suffisant.

- Concernant la procédure devant le Conseil d'Etat :

La Cour rappelle avoir, dans l'arrêt *X... et Y... c/ Luxembourg*, du 28 juin 2007 (requête n° 76240/01), exposé « *les principes régissant l'obligation pour les tribunaux de répondre aux arguments des parties* ». Elle constate que le Conseil d'Etat a apprécié l'impartialité de la procédure litigieuse dans son ensemble, et qu'il a justifié le principe d'autosaisine de la commission, soulevé par la requérante, « *par la particularité des autorités administratives indépendantes dans leur rôle de régulation des marchés* » (paragraphe 69). Elle ne voit donc aucune raison de reprocher un défaut de motivation à cette haute juridiction.

Concernant enfin le grief soulevé par la requérante qui soutenait que, dans une procédure disciplinaire, le Conseil de l'Etat ne pouvant pas apprécier la proportionnalité de la sanction, cette absence de double degré de juridiction méconnaîtrait l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention, les juges de Strasbourg rappellent leur position concernant le recours devant le Conseil d'Etat et le double degré de juridiction garanti en la matière, la commission bancaire étant à leurs yeux une juridiction administrative.

La Cour conclut à la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant les griefs tirés de l'iniquité de la procédure devant le Conseil d'Etat.

Ces arrêts peuvent être consultés sur le site HUDOC de la Cour européenne : <http://www.echr.coe.int>.

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 29 MAI 2009 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 10
Arrêt	Page 10
Rapport	Page 12
Avis	Page 21

PRESCRIPTION CIVILE

Courtes prescriptions - Principes généraux - Fondement - Présomption de paiement - Preuve contraire - Aveu - Caractérisation - Défaut - Cas - Contestation de la créance formée à titre subsidiaire.

Ne peuvent constituer un aveu de non-paiement, de nature à faire échec à la demande principale tendant à l'application de la prescription de l'article 2273 du code civil, des conclusions par lesquelles une partie soutient, à titre subsidiaire, que la demande en paiement des dépens de son avoué est injustifiée.

10
•

ARRÊT

La SCP X... et Y... s'est pourvue en cassation contre l'ordonnance rendue le 12 septembre 2005 par le premier président de la cour d'appel de Paris ;

Cette ordonnance a été cassée le 21 décembre 2006 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant le premier président de la cour d'appel de Versailles, qui, saisi de la même affaire, a statué par ordonnance du 26 septembre 2007 dans le même sens que le premier président de la cour d'appel de Paris, par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Versailles, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, par arrêt du 19 novembre 2008, décidé le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse invoque, 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 Vier, Barthélemy et Matuchansky, avocat de la société civile professionnelle X... et Y... ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Vuitton, avocat de la société Allen Systems Group France ;

Le rapport écrit de M. Gérard, conseiller, et l'avis écrit de M. Mellottée, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en matière de taxe par le premier président d'une cour d'appel (Versailles, 26 septembre 2007) sur renvoi après cassation (deuxième chambre civile, 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 371) que la société Allen Systems Group France (la société), venant aux droits de la société Sisro, a contesté le certificat de vérification des dépens de son avoué, la SCP X... et Y... (la SCP), établi par le greffier en chef ; qu'à titre principal, elle a opposé la prescription de l'article 2273 du code civil dans sa rédaction alors applicable, et, subsidiairement, soutenu que la demande était injustifiée ;

Attendu que la SCP fait grief à l'ordonnance d'avoir déclaré prescrite l'action en paiement de frais exercée contre la société, alors, selon le moyen, « que le conseiller taxateur délégué avait constaté que, dans sa requête du 6 janvier 2005 portant contestation des dépens de l'avoué, la société avait fait valoir, à titre principal, que la demande en paiement était prescrite et, à titre subsidiaire, que la demande était injustifiée au regard de l'intérêt du litige, ce dont il résultait, nonobstant le caractère subsidiaire de cette dernière affirmation, un aveu par la

cliente de l'avoué du non-paiement des sommes réclamées par ce dernier, aveu justifiant la mise à l'écart de la courte prescription prévue en matière d'action en paiement des frais d'avoué ; qu'en retenant néanmoins que la contestation sur le fond du caractère justifié de la demande ne valait pas aveu de non-paiement, le conseiller taxateur délégué a violé les articles 2273 et 2275 du code civil » ;

Mais attendu que ne peuvent constituer un aveu des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance ; que le premier président ayant relevé que la contestation du montant des dépens n'était présentée qu'à titre subsidiaire, le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les autres griefs ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Ass. plén., 29 mai 2009

REJET

N° 07-20.913 - CA Versailles, 26 septembre 2007.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Gérard, Rap., assisté de Mme Roussel-Feron, greffier en chef - M. Mellottée, P. Av. gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Orstscheidt, Av.

Rapport de M. Gérard

Conseiller rapporteur

1. Rappel des faits et de la procédure

Par arrêt du 8 février 2002, la cour d'appel de Paris a condamné *in solidum* M. Z..., ès qualités de liquidateur de la société Ampersand Software BV, la société Ampersand Ltd et MM. Mickael A... et Georges B..., à payer à la société Sistro, aux droits de laquelle vient la société Allen Systems Group (la société Allen), une somme de 1 448 265 euros à titre de dommages-intérêts, ainsi que celle de 200 000 euros en vertu de l'article 700 du code de procédure civile, et aux dépens d'appel. La cour d'appel a également admis la SCP X... et Y... (la SCP), avoué de la société Sistro, au bénéfice des dispositions de l'article 699 du même code.

Le 7 décembre 2004, la SCP a fait signifier à la société Allen, à laquelle incombait le paiement des dépens, dès lors que les parties adverses ne les avaient pas réglés, un certificat de vérification dressé le 18 novembre 2004 par le greffier en chef de la cour d'appel, arrêtant l'état des frais à la somme de 110 777,15 euros.

Le 6 janvier 2005, la société Allen a engagé une procédure de contestation du certificat de vérification des dépens arguant :

- à titre principal, que l'action en paiement des frais de la SCP est prescrite en application de l'article 2273 du code civil ;
- à titre subsidiaire, que ladite demande est injustifiée, les dépens ayant été mis à la charge des parties adverses, et leur évaluation n'étant pas justifiée au regard de l'intérêt du litige.

Le premier président de la cour d'appel de Paris a accueilli la demande par une ordonnance du 12 septembre 2005, considérant que l'action en paiement dirigée contre la société Allen était prescrite et que la SCP ne pouvait soutenir qu'une contestation des dépens et le fait de soulever la prescription constituait un aveu de non-paiement faisant obstacle à l'application de la prescription.

La SCP a formé un pourvoi contre cette ordonnance, lui faisant grief d'avoir violé par fausse application l'article 2273 du code civil, en ne retenant pas un aveu de non-paiement, alors qu'en faisant valoir que la demande était injustifiée, la société Allen avait reconnu le non-paiement des sommes réclamées.

Par un arrêt du 21 décembre 2006, rendu au visa des articles 2273 et 2275 du code civil, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, après avoir énoncé que la courte prescription de l'article 2273 du code civil, reposant sur une présomption de paiement, doit être écartée lorsqu'il résulte de l'aveu du débiteur qu'il n'a jamais acquitté sa dette, a retenu une reconnaissance de l'absence de paiement de la créance par la société Allen, dès lors que, dans sa requête du 6 janvier 2005, celle-ci avait fait valoir à titre subsidiaire que les dépens avaient été mis à la charge de tiers et que l'évaluation ne semblait pas justifiée au regard de l'intérêt du litige.

Par une ordonnance du 26 septembre 2007, le premier président de la cour d'appel de Versailles, devant lequel les parties avaient été renvoyées par l'arrêt de la Cour de cassation, a dit prescrite la demande de la SCP, considérant que la demande de la société Allen sur le caractère injustifié des dépens, articulée à titre subsidiaire, ne saurait être assimilée à un aveu de non-paiement influant sur la demande principale.

C'est dans ces conditions que la deuxième chambre civile a ordonné, le 19 novembre 2008, en application des articles L. 431-6 et L. 431-7, alinéa premier, du code de l'organisation judiciaire, le renvoi en assemblée plénière du pourvoi formé par la SCP contre cette décision du 26 septembre 2007.

2. Analyse succincte des moyens

Dans un moyen unique comprenant trois branches, la SCP fait grief à l'ordonnance attaquée, rendue sur renvoi de cassation par le conseiller taxateur délégué par le premier président de la cour d'appel de Versailles, d'avoir déclaré prescrite l'action en paiement de frais exercée contre la société Allen.

1° La première branche est tirée de la violation, par le conseiller taxateur délégué, des articles 2273 et 2275 du code civil, en retenant que la contestation sur le fond du caractère justifié de la demande ne valait pas aveu de non-paiement. La société Allen avait en effet fait valoir, à titre principal, que la demande en paiement était prescrite et, à titre subsidiaire, que la demande était injustifiée au regard de l'intérêt du litige, ce dont il résultait, nonobstant le caractère subsidiaire de cette dernière affirmation, un aveu par la cliente de l'avoué du non-paiement des sommes réclamées par ce dernier, aveu justifiant la mise à l'écart de la courte prescription prévue en matière d'action en paiement des frais d'avoué.

Le mémoire ampliatif soutient qu'un fait allégué par une partie devient immédiatement un élément du débat, sur lequel le juge peut se fonder, même s'il n'est pas spécialement invoqué ou s'il n'est invoqué qu'à titre subsidiaire.

Le demandeur serait certes, selon le mémoire ampliatif, en droit de proposer des moyens fondés sur des règles de droit alternatives, voire contradictoires, car il ne s'agit que de constructions juridiques. Un lien de principal à subsidiaire serait établi pour éviter tout risque de contradiction logique au sein de l'argumentaire global. C'est pourquoi le juge ne peut examiner le moyen subsidiaire qu'après avoir rejeté le moyen principal. En revanche, la question ne se poserait même pas, selon le mémoire ampliatif, pour les données concrètes elles-mêmes, « *les faits* ».

Le mémoire en défense justifie la solution en relevant que le subsidiaire, subordonné à l'échec du principal, n'est toujours mis en œuvre qu'à titre conditionnel, l'aveu figurant dans des conclusions subsidiaires étant nécessairement équivoque.

2° Les deux dernières branches font grief à l'ordonnance d'avoir retenu que la SCP n'aurait jamais tenté de tirer parti de la contestation subsidiaire de sa cliente.

La SCP soutient, par la deuxième branche, que le conseiller taxateur délégué a dénaturé ses écritures et méconnu les termes du litige, en violation de l'article 4 du code de procédure civile, alors que, dans la lettre adressée le 7 février 2005 par la SCP au greffe de la première présidence de la cour d'appel de Paris, elle avait fait expressément valoir que la prescription abrégée n'était pas applicable lorsque le défendeur à l'action reconnaissait n'avoir pas réglé les sommes qui lui étaient demandées, et affirmé que la société Allen cherchait par tous moyens à ne pas régler ce qu'elle devait, puisqu'à titre subsidiaire, elle affirmait que la demande de la SCP serait injustifiée.

Avec la troisième branche, il est allégué, par la SCP, que le conseiller taxateur délégué a statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale au regard des articles 2273 et 2275 du code civil, ensemble les articles 7 et 12 du code de procédure civile, en se fondant, pour retenir l'absence d'aveu de non-paiement, sur la prétendue absence d'invocation de l'aveu par l'avoué dans les écritures opposées à la requête en contestation des dépens. Le juge aurait été tenu de vérifier, au vu des faits dans le débat, la réunion des conditions d'application de la prescription abrégée dont se prévalait la société Allen, et ces conditions faisaient défaut s'il était constaté que cette dernière avait admis le non-paiement, peu important que l'avoué ne se soit pas spécialement prévalu d'un tel aveu.

Il est proposé une non-admission de ces deux dernières branches, en ce qu'elles sont dirigées contre un motif surabondant. Certes la cour d'appel a relevé que « *la SCP n'a d'ailleurs jamais tenté de tirer parti de ce subsidiaire, ainsi qu'en font foi les lettres susvisées* ». Mais elle a retenu, pour fonder sa décision, que la contestation du montant des dépens, articulée à titre subsidiaire, ne saurait constituer un aveu de non-paiement influant sur la demande principale. Dès lors, à supposer le grief fondé, le motif critiqué, qui figure d'ailleurs entre parenthèses dans l'ordonnance, n'est pas le soutien nécessaire du dispositif de cette dernière. La critique est nécessairement vouée au rejet.

3. Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Il convient tout d'abord de relever que le premier président de la cour d'appel de Versailles, statuant sur renvoi, a retenu, dans son ordonnance, que l'action en contestation des dépens n'est pas un aveu de non-paiement, mais l'exercice d'un droit par une partie. Mais sa décision n'a pas été fondée sur ce motif, lequel n'est d'ailleurs pas même critiqué par les parties.

La question posée est plus exactement de savoir si le défendeur à l'action qui conteste le montant des sommes réclamées ne reconnaît pas, par là même, le non-paiement de ces sommes, et se trouve, ce faisant, privé de la faculté d'opposer la prescription de l'article 2273 du code civil.

Après avoir rappelé que cette prescription repose sur une présomption de paiement, il faudra dès lors se demander :

- s'il faut tenir compte de ce que l'aveu ne figure qu'à titre subsidiaire, après qu'à titre principal, a été invoqué le bénéfice de la prescription prévue par l'article 2273 du code civil, dans sa rédaction alors applicable ;
- ou s'il suffit de constater qu'en recourant à la procédure de contestation du certificat de vérification, le défendeur à l'action renonce nécessairement à se prévaloir de la prescription.

A noter que les prescriptions présomptives de paiement ont été abrogées par la loi du 17 juin 2008¹, dont les dispositions ne sont pas applicables à l'espèce, la présente procédure ayant été engagée avant leur entrée en vigueur.

4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

L'examen du pourvoi conduit en premier lieu à présenter les règles susceptibles de recevoir application, puis à rechercher leur possible articulation les unes avec les autres.

I. - Les règles applicables

Trois règles ont une incidence sur la solution du litige. La première est relative à la nature juridique de la prescription applicable en la matière, la deuxième porte sur la procédure organisée pour contester le montant des frais et dépens réclamés et la troisième, de nature processuelle, a trait à l'incidence que peut avoir le choix de contester, à titre subsidiaire, le montant réclamé.

A. - Les règles régissant la prescription de l'action en paiement des frais et dépens

1° Ce sont les articles 2273 du code civil et premier de la loi du 24 décembre 1897, dans leur rédaction antérieure à la loi du 17 juin 2008, qui trouvent matière à s'appliquer.

¹ Circulaire ministérielle du 8 juillet 2008 (Civ/07/08/204) ; V. Avena-Robardet et G.-A. Sillard, *Actualité Juridique Famille* 2008, p. 420, Recouvrement et vérification des dépens. Encore que la doctrine se demande si l'abrogation de ces textes a entraîné celle de la catégorie des prescriptions présomptives, notamment en matière cambiaire (S. Amrani-Mekki, *JCP* 2008, éd. G. I, 160, n° 31 ; B. Fauvarque-Cosson et J. François, *D.* 2008, p. 2512 ; C. Brenner et H. Lécuyer, *JCP* 2009, éd. E, 1169, n° 44 ; D. Mazeaud et R. Wintgen, *D.* 2008, p. 2523). Il reste cependant que la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a abrogé l'article 2273 du code civil (article premier) et supprimé le dernier alinéa de l'article premier de la loi du 24 décembre 1897 (article 8, I, 1° b).

Selon l'article 2273, dans sa rédaction alors applicable, « l'action des avoués, pour le paiement de leurs frais et salaires, se prescrit par deux ans, à compter du jugement des procès ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués », l'article premier de la loi du 24 décembre 1897 se bornant à renvoyer à l'article 2273 précité.

Cette prescription abrégée, qui s'applique aux actions des avoués en paiement de leurs frais et émoluments dus en raison des actes de leur postulation², repose sur une présomption de paiement, au même titre que celle figurant aux articles 2271 et 2272 du code civil et dans certains textes particuliers.

C'est ce qu'indique le dernier alinéa de l'article premier de la loi du 24 décembre 1897, en renvoyant à l'article 2275, dans sa rédaction antérieure à la loi du 17 juin 2008.

Cette prescription procéderait « du besoin que les créanciers de cette classe ont d'être promptement payés, de l'habitude dans laquelle on est d'acquitter ses dettes sans un long retard, et même sans exiger de quittance, et enfin sur les exemples trop souvent répétés de débiteurs, et surtout de leurs héritiers, contraints, en pareil cas, à payer plusieurs fois »³. Les dettes que les prescriptions dites présomptives de paiement « concernent sont de celles qu'on a coutume de régler rapidement, de sorte que, si le créancier est resté trop longtemps sans réclamer, la présomption légale est qu'il a dû recevoir son paiement mais que le débiteur en a perdu la preuve »⁴.

C'est pourquoi, lorsqu'un titre émané du débiteur porte reconnaissance de la dette, on est en présence d'une dette ordinaire impayée qui échappe à ces prescriptions⁵.

Il résulte du caractère ainsi reconnu à de telles prescriptions que, lorsque le délai est expiré, le débiteur est seulement présumé avoir acquitté sa dette. C'est donc le trait original de cette prescription que l'effet extinctif, à la différence d'une prescription ordinaire, ne prive pas le créancier de toute possibilité d'action.

L'article 2275 du code civil permet en effet au créancier de déférer le serment au débiteur qui lui oppose la prescription « sur la question de savoir si la chose a été réellement payée ». A cet unique moyen prévu par la loi⁶, la jurisprudence assimile l'aveu exprès ou tacite du débiteur⁷, ce qui serait d'ailleurs l'application de l'article 1352 du code civil, selon lequel nulle preuve n'est admise contre une présomption de la loi, sauf notamment serment ou aveu judiciaire. Dès lors que ce dernier a reconnu ne pas avoir payé, il est en effet sans intérêt de lui déférer le serment.

2° L'aveu peut être exprès⁸, mais un aveu tacite suffit⁹, dès lors qu'il émane du débiteur¹⁰. Aucun autre moyen n'est admis, de sorte que le créancier ne peut invoquer aucun témoignage, présomption de fait tirées des circonstances de la cause ou tout autre élément de preuve¹¹, encore que les juges du fond ne sont pas tenus d'employer le terme d'aveu, dès lors qu'ils ont souverainement déduit une reconnaissance de non-paiement¹².

La renonciation tacite à la prescription ne se présume pas, mais doit résulter d'un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer¹³. C'est aux juges du fond qu'il appartient en effet d'apprécier si la reconnaissance tacite résulte des circonstances de la cause¹⁴ comme des éléments versés aux débats¹⁵. La Cour de cassation contrôle en revanche l'existence d'un tel aveu lorsqu'il procède des pièces de la procédure elle-même, telles que les décisions juridictionnelles ou les écritures et actes de procédure des parties¹⁶.

L'aveu tacite résulte des explications fournies et des moyens de défense, ou encore du fait que le débiteur a commencé par invoquer un moyen de défense incompatible avec le paiement effectif¹⁷. C'est ainsi qu'on ne peut à la fois opposer la prescription à une demande de paiement, donc être présumé avoir payé ce qui est réclamé, et reconnaître en même temps qu'on ne doit rien¹⁸.

Un auteur a proposé de retenir trois séries d'hypothèses dans lesquelles l'aveu pourrait jouer¹⁹.

D'abord, première hypothèse, lorsque le défendeur nie formellement le principe même de la dette, « reconnaissant par là, de façon manifeste, qu'à la supposer existante, elle n'a pu être éteinte par aucun mode quelconque »²⁰. A noter toutefois qu'il peut être fait état d'une décision divergente, la chambre sociale ayant

² 2^e Civ., 25 janvier 1989, pourvoi n° 87-18.731 ; 1^{re} Civ., 2 février 1994, *Bull.* 1994, I, n° 43 ; 1^{re} Civ., 30 janvier 1996, *Bull.* 1996, I, n° 50, et 2^e Civ., 27 mars 2003, *Bull.* 2003, II, n° 79.

³ Bigot de Préameneu, cité par J.-J. Taisne, *Juris-Classeur Civil*, fasc. 100, Prescription, article 2270 à 2278, n° 4.

⁴ Jean Carbonnier, *Droit civil*, tome 4, Les obligations, 22^e éd., p. 625.

⁵ 1^{re} Civ., 15 janvier 1991, *Bull.* 1991, I, n° 17, note E. du Rusquec, *JCP* 1992, éd. G, II, 21863.

⁶ Civ., 10 avril 1878, *D.* 1878, p. 253 ; Civ., 26 janvier 1881, *D.* 1881, p. 59 ; Civ., 22 avril 1891, *DP* 1891, I, p. 416.

⁷ Req., 31 juillet 1899, *DP* 1899, I, p. 536 et *S.* 1899, I, p. 521.

⁸ Com., 14 mars 1972, *Bull.* 1972, IV, n° 87 ; Com., 13 janvier 1987, *Bull.* 1987, IV, n° 12, et 1^{re} Civ., 21 juin 1989, *Bull.* 1989, I, n° 251.

⁹ J.-J. Taisne précité (note 3), n° 79 et suivants ; A.-M. Sohm-Bourgeois, *Répertoire civil Dalloz*, Prescription civile, n° 415 et s.

¹⁰ 1^{re} Civ., 23 octobre 1990, pourvoi n° 89-14.141.

¹¹ J.-J. Taisne précité (note 3), n° 86.

¹² 2^e Civ., 13 novembre 1974, *Bull.* 1974, II, n° 296.

¹³ 2^e Civ., 5 novembre 1998, *Bull.* 1998, II, n° 258, et 3^e Civ., 3 mai 2001, *Bull.* 2001, III, n° 53.

¹⁴ Req., 28 avril 1936, *D.* 1936, p. 281.

¹⁵ 2^e Civ., 13 novembre 1974, précité (note 12).

¹⁶ 1^{re} Civ., 9 janvier 1967, *Bull.* 1967, I, n° 11, et 1^{re} Civ., 17 janvier 1995, *Bull.* 1995, I, n° 38.

¹⁷ Req., 16 juin 1896, *D.* 1897, I, p. 459.

¹⁸ J.-J. Munier, note sous Soc., 29 novembre 1967, *JCP* 1968, éd. G, II, 15493.

¹⁹ G. Holleaux, note sous trib. civ. Nancy, 21 novembre 1928, *D.* 1930, II, p.107.

²⁰ Req., 1^{er} décembre 1829, *S.*, I, p. 398 ; Civ., 20 novembre 1889, *D.* 1890, I, p. 60 ; Civ., 10 mai 1926, *S.*, 1926, I, p. 200 ; Civ., 16 juillet 1906, *D.* 1906, I, p. 366, et *S.* 1906, I, p. 400 ; Civ., 10 mars 1937, *D.* 1937, p. 217 ; Soc., 16 juin 1945, *D.* 1945, p. 338 ; 1^{re} Civ., 8 janvier 1991, *Bull.* 1991, I, n° 13, et 1^{re} Civ., 5 février 2002, pourvoi n° 99-21.510.

admis, par un arrêt du 14 novembre 1963²¹, que l'indication par l'employeur que les sommes réclamées à titre de commission seraient frappées par la prescription, venant immédiatement après l'affirmation sans aucune réserve que rien n'était dû, ne peut être tenue pour un aveu implicite de la reconnaissance de dette.

Ensuite, deuxième hypothèse, la présomption de paiement visant non pas n'importe lequel des paiements mais un paiement effectif et réel²², la courte prescription serait mise en échec lorsque le défendeur invoque l'extinction de la créance par compensation²³, novation²⁴, ou une remise de dette²⁵.

Dans ces deux séries d'hypothèses, les moyens de défense constituent, selon l'auteur précité, « *un aveu très formel que n'a pas été employé le mode d'extinction présumé par la loi* ».

Enfin, troisième hypothèse, plus délicat est le point de savoir si l'on est en présence d'un tel aveu lorsque le défendeur conteste le montant de la dette. On serait, selon cet auteur, « *à un de ces points limite où la théorie de l'aveu entre en contact avec et pourrait aisément entrer en conflit avec la prohibition des présomptions de fait* ». Il a toutefois été admis qu'il y a aveu lorsque le défendeur prétend avoir payé des acomptes²⁶, conteste le montant de la créance²⁷, formule des offres réelles²⁸, soutient que la créance n'est pas prouvée lorsque les parties sont en désaccord²⁹, ou encore lorsqu'il est établi que le débiteur a payé des intérêts³⁰. Ainsi a-t-il été fait remarquer que le défendeur n'est pas bien inspiré de contester à un moment donné l'existence même de la créance invoquée par le demandeur puisqu'aussi bien, un tel moyen de défense constitue un aveu implicite de non-paiement, au même titre d'ailleurs que la contestation du montant de la créance allégué par l'autre partie³¹.

Il a cependant été jugé que si le défendeur qui oppose la courte prescription est censé avoir payé ce qui lui est réclamé, cette règle ne fait pas obstacle à ce que ce même défendeur conteste la demande sur le fond, « *au moins lorsque ses allégations ne reposent pas sur des faits de nature à détruire la présomption qui est à la base de cette même prescription* »³².

B. - La procédure de contestation des dépens

1° Le code de procédure civile prévoit, dans ses articles 704 et suivants, une procédure spécifique et simplifiée de liquidation des dépens : la vérification des dépens. La vérification des dépens est une procédure préalable à leur recouvrement forcé. La partie qui requiert la vérification des dépens doit saisir le greffier de la juridiction, lequel délivre alors un certificat de vérification. La décision du greffier doit être notifiée par la partie qui poursuit la vérification à son adversaire, à moins qu'elle ne préfère saisir le juge si elle n'est pas satisfaite du certificat délivré, la notification du certificat emportant en effet son acceptation par la partie poursuivante. A défaut de contestation dans le délai d'un mois, le certificat de vérification devient définitif, la simple mention de l'absence de contestation sur le certificat suffisant à créer un titre exécutoire³³.

En cas de recours, le juge taxateur est saisi en application de l'article 708 du code de procédure civile. Dans ce cas, comme le précise l'article 710 du même code, il statue tant sur la demande de taxe que sur les autres demandes afférentes au recouvrement des créances. Le juge taxateur paraît à ce titre compétent pour examiner l'incidence de la prescription, lorsqu'elle est invoquée dans le cadre de cette procédure. C'est en tout cas en ce sens que se prononce la deuxième chambre civile. Le juge taxateur doit recueillir, au besoin après les avoir demandées, les observations du défendeur à la contestation.

2° La partie qui ne conteste pas le certificat n'est pas pour autant privée de tout recours, dès lors que l'absence de contestation du certificat ne saurait valoir ni acceptation ou reconnaissance de dette³⁴, ni renonciation à se prévaloir de la prescription³⁵. Il suffit de constater, comme l'a jugé la deuxième chambre civile³⁶, qu'il s'est écoulé plus de deux ans entre la condamnation au paiement des dépens et l'action en paiement, dès lors que n'a pas été relevé l'existence d'une cause qui aurait suspendu ou interrompu le cours de la prescription, avant que celle-ci ne fût acquise. Il résulte de cette même décision que la notification du certificat de vérification ne constitue pas une cause d'interruption de la prescription.

²¹ Bull. 1963, IV, n° 784.

²² Soc., 30 novembre 1939, Gaz. Pal. 1940, I, p.113.

²³ Civ., 31 octobre 1894, D. 1894, I, p. 536.

²⁴ Req., 7 mars 1866, S. 1866, I, p. 288.

²⁵ Req., 25 février 1863, S. 1863, I, p. 242.

²⁶ Civ., 31 janvier 1894, S. 1896, I, p. 20 ; Req., 7 juillet 1910, S. 1911, I, p.103.

²⁷ 1^{er} Civ., 8 janvier 1991, précité (note 20) ; Soc., 6 décembre 1967, DS 1968, somm., p. 40 ; Soc., 16 juin 1945, précité (note 20), et Soc., 22 avril 1960, Bull. 1960, IV, n° 374.

²⁸ Req., 31 juillet 1899, précité (note 7).

²⁹ Soc., 22 avril 1960, précité (note 27).

³⁰ 1^{er} Civ., 23 février 1994, pourvoi n° 91-22.347.

³¹ J. Mestre, *RTD civ.* 1991, p. 744, n° 12, et note G. B., sous Soc., 10 décembre 1948, *JCP* 1949, éd. G, II, 4843.

³² Soc., 29 janvier 1953, D. 1953, p. 238.

³³ V. Avena-Robardet et G.-A. Sillard, précité (note 1) ; M. Défossez, *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 525, Frais et dépens - Recouvrement des dépens, n° 1 à 34 ; J.-R. Binet, *Juris-Classeur. Encyclopédie des huissiers de justice*, fasc.10, Frais et dépens, en matière civile et commerciale - IV Recouvrement des dépens en matière civile et commerciale, n° 86 et s. ; G. Taormina, *Juris-Classeur. Voies d'exécution*, fasc. 470, Frais et dépens de l'exécution forcée, n° 1 à 50.

³⁴ 2^e Civ., 8 avril 1992, Bull. 1992, II, n° 119.

³⁵ 2^e Civ., 22 septembre 2005, pourvoi n° 04-10.618.

³⁶ 2^e Civ., 22 septembre 2005, précité (note 35).

3° Par quatre arrêts, l'un de la première chambre civile³⁷ et les autres de la deuxième³⁸, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur l'incidence de l'article 2273 du code civil, lorsque le défendeur à l'action conteste les sommes qui lui sont réclamées dans le cadre de cette procédure. En un pareil cas, elle lui dénie le droit d'invoquer la prescription, dès lors qu'il reconnaît, en contestant, même à titre subsidiaire, le montant réclamé, ne pas avoir réglé les sommes.

C. - La portée du principe de hiérarchie des moyens

1° L'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Versailles reprend, en la citant, l'observation du professeur Perrot³⁹, pour qui « en bonne logique, un subsidiaire n'est destiné à prendre le relais de la demande principale que si celle-ci est rejetée ». Ce même auteur poursuit « si au contraire elle est admise, un subsidiaire est vide de sens : il n'est toujours qu'une formule de précaution conditionnelle, subordonnée à l'échec du principal. Pour cette raison, tout devrait donc se passer comme s'il fallait attendre le résultat de la décision sur le principal pour savoir si juridiquement il y a lieu de prendre en compte un subsidiaire tenu en réserve pour le cas où le principal serait rejeté ; ce qui implique fatalement une hiérarchie dans le temps et un certain cloisonnement dans la manière d'appréhender successivement les problèmes ».

Au demeurant, pour un autre auteur⁴⁰, le code de procédure civile, « implicitement mais fermement », aurait envisagé l'ordre des demandes : « selon les articles 4 et 5, le juge est tenu par l'objet du litige tel que les parties l'ont fixé. C'est pourquoi le demandeur, quand il classe une demande en demande principale et l'autre en demande subsidiaire, impose au juge de statuer d'abord sur la première. Il dispense aussi le juge, s'il admet la première, d'examiner la seconde, émise seulement pour le cas où la première serait rejetée ». C'est en effet un principe constant que le juge ne peut adopter à la fois les conclusions principales et les conclusions subsidiaires, et qu'il n'est saisi des conclusions subsidiaires que par le rejet des conclusions principales⁴¹.

On touche ici l'un des problèmes essentiels du droit judiciaire : savoir dans quelle mesure les justiciables conservent la maîtrise de conflits qui ne concernent généralement que leurs intérêts privés⁴². Respecter la volonté des parties, c'est, au premier chef, ne point méconnaître la hiérarchie qu'elles ont elles-mêmes établie entre leurs demandes, le juge devant se lier à la volonté du justiciable, maître de sa stratégie, et respecter l'ordre dans lequel il entend que ses prétentions soient examinées, ainsi que l'a écrit J. Normand⁴³.

2° C'est ce principe qui permet d'expliquer que, prononçant l'annulation d'un jugement pour irrégularité de la saisine de la juridiction de première instance, une cour d'appel ne peut statuer sur le fond lorsque les conclusions prises sur le fond l'ont été à titre subsidiaire, ainsi que l'a jugé la deuxième chambre civile⁴⁴, qui a procédé, ce faisant, à un revirement de sa jurisprudence. C'est ainsi que, commentant cette décision, le professeur Bolard relève que « les conclusions subsidiaires au fond sont présentées, pour le cas où la nullité prétendue par l'appelant ne serait pas admise, ce serait les dénaturer qu'en déduire le consentement de l'appelant à l'effet dévolutif malgré la nullité prétendue... Ce serait une violation du principe dispositif : alors que seules les parties saisissent le juge, la cour d'appel puiserait sa saisine au fond dans un acte de l'appelant qui la refuse ». Ce principe a également été affirmé par la première chambre civile⁴⁵.

Dans un autre domaine, la deuxième chambre a jugé que la demande de péremption formée à titre principal, avant tout autre moyen, doit être retenue même s'il avait été subsidiairement demandé de confirmer la décision de première instance, aucun texte n'interdisant de conclure subsidiairement au fond dans les mêmes écritures⁴⁶.

De même, le juge modifie l'objet du litige en prononçant la révocation de l'ordonnance de clôture, ce qui n'était demandé qu'à titre subsidiaire, sans examiner la demande principale⁴⁷.

Le principe de la hiérarchie est donc un principe qu'applique la Cour de cassation⁴⁸.

³⁷ 1^{re} Civ., 3 janvier 1996, *Bull.* 1996, I, n° 8 : « la prescription abrégée de l'article 2273 du code civil n'est pas applicable lorsque le défendeur à l'action reconnaît n'avoir pas réglé les sommes qui lui sont réclamées » ; il en résulte que la personne qui a sollicité la vérification de l'état des frais de son avocat et reconnu par là même le non-paiement de la créance n'est ensuite plus recevable à invoquer la courte prescription de la demande en paiement, formée par cet avocat, de ses taxes et émoluments.

³⁸ - 2^e Civ., 15 décembre 2005, pourvoi n° 04-13.009 : « mais attendu que l'ordonnance retient que la prescription abrégée de l'article 2273 du code civil n'est pas applicable lorsque le défendeur à l'action reconnaît n'avoir pas réglé les sommes qui lui sont réclamées ; qu'en l'espèce, M. X..., qui conteste le bien-fondé des droits et émoluments revendiqués par la SCP Y..., n'en réclame pas le remboursement » ;

- 2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-14.674 : « mais attendu que, reposant sur une présomption de paiement, la prescription abrégée de l'article 2273 du code civil n'est pas applicable lorsque le défendeur à l'action reconnaît n'avoir pas réglé les sommes qui lui sont réclamées. Et attendu qu'il résulte des énonciations de l'ordonnance attaquée et des productions que M. X..., qui ne contestait pas le montant des dépens vérifiés, avait, par sa lettre du 27 novembre 2003 formant demande d'ordonnance de taxe en application des articles 706 à 708 du nouveau code de procédure civile, réclaté que la demande de vérification de dépens de la SCP soit déclarée irrecevable comme prescrite, que soit annulé le certificat de vérification et qu'il soit dit sans effet ; qu'ayant reconnu, par là même, le non-paiement de la créance de frais et émoluments de la SCP, il n'était donc pas recevable à en invoquer la courte prescription. Que par ce motif de pur droit, substitué à ceux qui sont critiqués par le moyen, l'ordonnance se trouve légalement justifiée » ;

- 2^e Civ., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 371.

³⁹ *Procédures* 2007, comm. 57, « La portée d'un subsidiaire ».

⁴⁰ G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008, éd. G, I, 156.

⁴¹ Civ., 29 novembre 1871, *D.* 1873, I, p. 82.

⁴² J. Normand, *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 152, Principes directeurs du procès - Office du juge - Fondement des prétentions litigieuses, n° 1.

⁴³ *RTD civ.* 1978, p. 704.

⁴⁴ 2^e Civ., 25 mai 2000, *Bull.* 2000, II, n° 87 ; note G. Bolard, *D.* 2000, p. 819 ; chronique L. Cadet, *JCP* 2000, éd. G, I, 267, n° 7 ; note R. Perrot, *Procédures* 2000, comm. 29 ; R. Perrot, *RTD civ.* 1990, p. 149.

⁴⁵ 1^{re} Civ., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, I, n° 167 ; R. Perrot, *RTD civ.* 2001, p. 957.

⁴⁶ 2^e Civ., 11 janvier 1995, *Bull.* 1995, II, n° 15.

⁴⁷ 3^e Civ., 8 décembre 1999, *Bull.* 1999, III, n° 238.

⁴⁸ Il peut être cité dans ce sens : 2^e Civ., 11 juin 1981, *Bull.* 1981, II, n° 130 ; 3^e Civ., 4 avril 2002, pourvoi n° 99-19.581 ; Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 01-45.679 ; Com., 10 décembre 2002, pourvoi n° 99-21.556 ; Com., 4 février 2003, pourvoi n° 99-16.177 ; 1^{re} Civ., 17 octobre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 319, et 2^e Civ., 15 novembre 2007, pourvoi n° 06-18.193.

II. - L'articulation des règles énoncées

S'agissant d'une procédure en contestation des dépens, la solution dépendra du point de savoir s'il faut donner la prévalence au principe de hiérarchie ou s'il ne faut pas « globaliser » les faits, pour prendre en compte le fait que l'aveu est intervenu dans le cadre d'une procédure dont l'objet est de permettre la contestation des dépens.

A. - La primauté donnée au principe de hiérarchie des moyens

1^o Cette conception est celle retenue par la décision en cause, selon laquelle « *la contestation du montant des dépens, articulée à titre subsidiaire, ne saurait constituer un aveu de non-paiement influant sur la demande principale, un subsidiaire n'étant destiné à prendre le relais de la demande principale que si celle-ci est rejetée... Raisonner autrement conduirait les parties à ne plus avancer d'argumentaire à titre subsidiaire, ce qui entraînerait une cascade de réouvertures de débat, la juridiction saisie étant tenue de respecter au coup par coup le principe de la contradiction* ».

La doctrine n'a pas manqué de souligner que cette conception est en conformité avec la jurisprudence relative à la « concentration des moyens ». Conformément à un arrêt rendu par l'assemblée plénière le 7 juillet 2006⁴⁹, « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* »⁵⁰. Cette « charge processuelle » a été étendue au défendeur⁵¹.

Le risque serait⁵² que, se conformant à ce principe de concentration, une partie, après avoir multiplié les demandes subsidiaires, se trouve « *non pas seulement en position d'affaiblir, au moins psychologiquement, le principal, mais également dans le cas assez curieux où le subsidiaire anéantit le principal, et juridiquement cette fois* ».

2^o Cette analyse du rapport entre le principal et le subsidiaire conduit à examiner son incidence éventuelle sur l'existence de l'aveu.

Que le défendeur ait avancé dans le débat le fait d'un non-paiement de la dette dont le règlement est poursuivi ne saurait être contesté. Pour autant, il pourrait être dénié à ce fait articulé pour les besoins du moyen la valeur d'un aveu. En avançant ce fait au soutien d'une demande subsidiaire, le défendeur ne le présente, en effet, que comme une hypothèse que le juge ne pourrait examiner qu'en cas de rejet de la demande principale. On sait qu'en la matière, pour combattre la prescription de l'article 2273 du code civil, il ne suffit pas d'alléguer des faits qui viendraient combattre la présomption légale de paiement, mais qu'il est nécessaire d'obtenir l'aveu du défendeur.

C'est ainsi qu'il a été jugé⁵³ que « *des conclusions par lesquelles le défendeur, après avoir nié totalement l'existence de la dette à lui réclamé, conclut, mais subsidiairement et pour le cas où il en serait décidé autrement, à ce que le chiffre de la demande soit réduit à une certaine somme, et fait aussi subsidiairement offre de cette somme, ne peuvent être considérées comme contenant de la part dudit défendeur un aveu de la dette* ». Le commentateur anonyme de cet arrêt souligne qu'en effet, de telles conclusions ne sont prises et l'offre réelle n'est faite que pour le cas où le principe de la dette, nié par le prétendu débiteur, serait admis par le juge. Dans de telles conditions, selon cet annotateur, les conclusions et l'offre ne sauraient constituer un aveu de la dette.

La deuxième chambre civile a retenu la même solution le 11 février 1998⁵⁴, à propos certes d'une demande en divorce mais sur le fondement des articles 1134 et 1356 du code civil, en jugeant que « *ne pouvaient constituer un aveu extrajudiciaire des conclusions additionnelles aux termes desquelles l'épouse, après avoir dénié toute espèce de faute de sa part, ne sollicitait le prononcé du divorce aux torts partagés qu'à titre « infiniment subsidiaire » et seulement dans l'hypothèse où la cour d'appel, « par impossible », viendrait à rentenir à son encontre des fautes constitutives de causes de divorce au sens de l'article 242 du code civil* »⁵⁵.

Cette même analyse est partagée par la chambre commerciale, qui, après avoir rappelé que l'aveu exige de la part de son auteur une manifestation non équivoque de sa volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques, retient qu'une cour d'appel, relevant le caractère ambigu des conclusions invoquées et appréciant leur portée en en faisant ressortir le caractère subsidiaire, a pu décider que celles-ci ne constituaient pas l'expression claire d'un aveu⁵⁶.

Par un arrêt du 26 septembre 2002⁵⁷, la chambre sociale a, de son côté, cassé un arrêt qui avait condamné une partie à payer une certaine somme, alors que cette dernière avait soutenu à titre principal ne rien devoir et ne reconnaissait devoir la somme qu'à titre subsidiaire.

⁴⁹ Bull. 2006, Ass. plén., n° 8.

⁵⁰ Note G. Wiederkehr, JCP 2007, éd. G, II, 10070 ; note L. Weiller, D. 2006, p. 2135 ; obs. R. Perrot, Procédures 2006, comm. 201 ; obs. S. Amrani-Mekki, JCP 2006, éd. G, I, 183, n° 15 ; obs. N. Fricero, Droit et procédures 2006, p. 348 ; étude G. Bolard, précité (note 40) ; H. Croze, Procédures 2006, Repère 9, « *Da mihi factum jusque* ».

⁵¹ Com., 20 février 2007, Bull. 2007, IV, n° 49 ; note L. Weiller sous 3^e Civ., 13 février 2008, pourvoi n° 06-22.093, JCP 2008, éd. G, II, 10052 ; obs. R. Perrot, Procédures 2008, comm. 104.

⁵² R. Perrot, précité (note 39).

⁵³ Req., 29 octobre 1894, S. 1895, I, p. 36.

⁵⁴ Bull. 1998, II, n° 48.

⁵⁵ Cf. également en ce sens : 2^e Civ., 15 novembre 2007, précité (note 48).

⁵⁶ Soc., 24 mai 1967, Bull. 1967, IV, n° 421 ; Com., 19 juin 2001, Bull. 2001, IV, n° 124 ; Com., 26 novembre 2002, pourvoi n° 97-11.608 ; cf. également Com., 11 juin 2003, pourvoi n° 00-16.146.

⁵⁷ Précité (note 48).

Ce serait donc le caractère équivoque de la reconnaissance qui permettrait d'écarter l'existence d'un aveu⁵⁸. A été ainsi reconnu comme n'exprimant pas, de la part du défendeur, un aveu de nature à faire obstacle à la prescription légale le fait, dans ses conclusions, d'avoir énoncé qu'il ne savait pas si cette facture avait été payée en tout ou en partie⁵⁹.

B. - La globalisation des faits en présence d'une procédure de contestation des dépens

1° La prétention de la SCP consiste à faire prévaloir la « *globalisation* » des faits articulés. En un pareil cas, le fait avancé, même au soutien d'un moyen subsidiaire, serait un élément du débat que le juge doit prendre en considération, sur le fondement de l'article 7 du code de procédure civile, sauf à admettre une partie à contredire ultérieurement et déloyalement son propre argumentaire. Dès lors, la partie qui articule un moyen, même subsidiaire, supposant un certain fait, place ce fait dans le débat et ce fait peut alors lui être opposé comme constitutif d'un aveu.

Il est vrai que, dans une conception large de l'article 7 du code de procédure civile, tous les faits qui apparaissent à l'examen du dossier et des pièces qui y sont apportées ont vocation à être « *dans le débat* »⁶⁰. C'est ainsi que le juge peut se fonder sur des éléments puisés dans les documents régulièrement versés aux débats en matière de délai de prescription acquisitive ou extinctive, ou de délai de forclusion⁶¹. La Cour de cassation a reconnu cette faculté, relevant dans de nombreux arrêts que le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'ont pas spécialement invoqués à l'appui de leurs prétentions⁶², dès lors que le fait était dans le débat⁶³.

Un tel aveu peut ainsi résulter des conclusions du demandeur⁶⁴, le défendeur pouvant alors soutenir que ce dernier a, « *par son attitude, au cours de l'instance, apporté la preuve qu'il n'a pas payé ce qu'il affirme, en opposant la prescription, avoir réglé* ».

A noter que la distinction entre moyens de droit et fait ne serait d'ailleurs pas aussi tranchée que l'indiquerait le mémoire ampliatif, un auteur⁶⁵ soutenant que la demande subsidiaire ne doit pas être dénuée de tout lien avec la demande principale : « *on ne saurait demander une chose et son contraire* ».

Le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui viendrait au soutien de cette thèse⁶⁶. Ce principe a été retenu en jurisprudence, notamment lorsqu'un contractant invoque le contrat en même temps qu'il cherche à s'en soustraire⁶⁷, ou encore lorsqu'un plaideur développe une argumentation contraire à celle qu'il aurait précédemment présentée. En un pareil cas, le plaideur n'est pas autorisé à présenter un moyen contraire à ses premières écritures⁶⁸.

Cette démarche, qui n'est pas nouvelle⁶⁹ et pour laquelle la première chambre civile a fait expressément référence à la théorie de l'estoppel, issue de la *Common Law*⁷⁰, conduit à admettre que la recevabilité d'un moyen soit appréciée au regard de sa cohérence par rapport au comportement procédural antérieur de la partie qui l'invoque. Ainsi que l'écrit un auteur⁷¹, l'intérêt de se référer à la cohérence du comportement procédural est que cette méthode objective la bonne foi, ce en quoi elle correspond aux exigences du procès, qui a besoin d'une « *marque fixe* », mieux que la référence pure et simple à la loyauté, trop imprécise.

Dans un arrêt rendu le 27 février 2009⁷², l'assemblée plénière a censuré une cour d'appel qui, après avoir relevé qu'une partie n'avait « *pas cessé de se contredire au détriment de ses adversaires en leur réclamant devant deux juridictions différentes une chose et son contraire* », avait décidé « *que ce comportement procédural, qui consiste pour un plaideur, tout en étant parfaitement informé de la situation, à soutenir en même temps deux positions incompatibles, sera sanctionné, en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'estoppel), par l'irrecevabilité des demandes actuelles* ». L'assemblée plénière a retenu, sur un moyen relevé d'office au visa de l'article 122 du code de procédure civile, « *que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* » et relevé « *qu'en l'espèce, notamment, les actions engagées [par la partie dont les demandes avaient été déclarées irrecevables] n'étaient ni de même nature ni fondées sur les mêmes conventions, et n'opposaient pas les mêmes parties* ».

Le communiqué relatif à cet arrêt précise que, sans exclure l'application de la règle dite de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ou estoppel, en matière procédurale, la Cour de cassation se réserve le droit

⁵⁸ Sur l'aveu, cf. F. Ferrand, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Preuve, n° 650 et s. ; J.-L. Mouralis, *Répertoire civil Dalloz*, Preuve, n° 673 et s. ; D. Veaux, *Juris-Classeur Civil*, fasc. 157, Contrats et obligations, articles 1354 à 1356.

⁵⁹ 1^{er} Civ., 17 janvier 1995, précité (note 16).

⁶⁰ J. Normand, précité (note 42), n° 176 et s. ; R. Martin, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Principes directeurs du procès, p. 14, n° 113 et s.

⁶¹ J. Normand, précité (note 42), n° 17.

⁶² 3^e Civ., 6 mars 1973, *Bull.* 1973, III, n° 172 ; 2^e Civ., 19 mai 1980, *Bull.* 1980, II, n° 115, et 1^{er} Civ., 20 novembre 1984, *Bull.* 1984, I, n° 315.

⁶³ Com., 6 juin 1989, *Bull.* 1989, IV, n° 180 ; Com., 6 octobre 1992, *Bull.* 1992, IV, n° 291, et 1^{er} Civ., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 505.

⁶⁴ Soc., 29 novembre 1967, obs. J.-J. Munier, précité (note 18).

⁶⁵ E. Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP* 1991, éd. G, I, 3493.

⁶⁶ P. Le Tourneau, *Juris-Classeur civil*, Contrats et obligations, articles 1131 à 1133, n° 80 et suivants. ; N. Cayrol, Action en justice, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, n° 238 et 239.

⁶⁷ Cf. notamment les observations de J. Mestre et B. Fages in *RTD civ.* 2002, p. 93.

⁶⁸ Com., 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-19.076 ; B. Rolland, *Procédures* 2008, comm. 18 ; 2^e Civ., 20 octobre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 257.

⁶⁹ Par ex., 1^{er} Civ., 16 juin 1992, *Bull.* 1992, I, n° 180.

⁷⁰ 1^{er} Civ., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 302.

⁷¹ L. Cadiet, *JCP* 2006, éd. G, I, 133, n° 14.

⁷² Assemblée plénière, 27 février 2009, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 1 : « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* »... « *les actions engagées par la société Sédéa n'étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties* ».

d'en contrôler les conditions d'application, étant observé que le premier avocat général a appelé l'attention sur les conséquences qui peuvent être tirées d'un manque de cohérence et d'une incompatibilité dans les argumentations successives d'une partie, en se référant au principe plus général de cohérence et de loyauté procédurale.

Il convient de noter qu'en l'espèce, la contradiction produit ses effets non pas au détriment d'un tiers mais du demandeur à la contestation, et que l'absence de cohérence relève d'une argumentation présentée de manière successive dans la même instance.

Cette contradiction n'avait pas échappé au premier président d'une cour d'appel qui, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 décembre 2005, a retenu que le débiteur, alors qu'il contestait le bien-fondé des droits et émoluments revendiqués, n'en réclame pas le remboursement⁷³.

Face à de telles prétentions contradictoires émanant du débiteur des sommes réclamées, sur quel fondement pourrait-on interdire à l'autre partie de puiser dans l'ensemble du dossier les faits qui pourraient venir au soutien de sa position ? Ce serait, en ce cas, la priver de la possibilité effective de combattre la présomption de paiement, dès lors que l'aveu n'avait pas été exprimé à titre principal. C'est bien le sens de l'arrêt rendu par la chambre sociale le 10 juillet 1959⁷⁴, qui a jugé que « *lorsqu'un employeur oppose à une demande en paiement de salaires l'exception de prescription de l'article 2271 du code civil, le tribunal ne peut rejeter l'offre de délation de serment faite par le salarié, même à titre subsidiaire, la délation de serment constituant son seul moyen de défense contre l'exception de prescription soulevée* ».

La particularité de la procédure tient à ce que, pour paralyser l'obtention par le créancier d'un titre exécutoire, le débiteur doit engager un recours en contestation des dépens devant le juge taxateur. Ce faisant, il est en droit d'opposer, à titre principal, une fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'article 2273 du code civil et, à titre subsidiaire, de présenter une défense au fond sur le caractère injustifié de la créance. Il est acquis que la fin de non-recevoir tirée de la prescription se trouve justifiée par une présomption de paiement, tandis que la défense au fond constitue, selon une jurisprudence constante, un aveu de non-paiement.

Une telle situation est ainsi analysée par la doctrine : la défense au fond, qui tend à « *faire rejeter comme non justifiée après examen au fond du droit, la prétention de l'affaire* », constitue un moyen de défense direct, tandis que la fin de non-recevoir, qui tend à faire déclarer la demande irrecevable sans examen au fond, constitue un moyen de défense indirect⁷⁵. On se trouve donc apparemment en présence de deux moyens de défense apparemment inconciliables, reposant sur l'allégation de faits radicalement contradictoires. Ne doit-on pas en conclure que la fin de non-recevoir tirée d'une prescription fondée sur une présomption de paiement ne peut être accueillie si, au fond, le défendeur reconnaît n'avoir pas payé la somme réclamée ?

Le lien de subsidiarité serait dès lors sans conséquence, car avouer, « *c'est reconnaître la vérité et donc créer une présomption de vérité qui ne peut pas être remise en cause une fois que le plaideur se sera rendu compte de la portée de la reconnaissance* »⁷⁶. Il importerait peu à quel moment l'aveu serait intervenu, dès lors qu'il l'a été dans l'instance en cause⁷⁷ et alors, au surplus, que le choix de l'argumentation ne relève que de la stratégie judiciaire⁷⁸.

2° La globalisation des faits pourrait être justifiée par la considération que l'action engagée a pour objet, précisément, la contestation des sommes réclamées. Le juge saisi statue, en effet, tant sur la demande de taxe que sur les autres demandes afférentes au recouvrement des dépens (article 710 du code de procédure civile). L'examen de la jurisprudence conduit ainsi à se demander si ce n'est pas l'objet même de la procédure qui doit être pris plus précisément en compte. En engageant la procédure en cause, la partie conteste nécessairement le montant réclamé, qu'elle présente par pure stratégie cette contestation à titre subsidiaire ou principal importerait peu.

La deuxième chambre⁷⁹ décide de manière constante que le défendeur à l'action, poursuivi en paiement du montant des dépens, lorsqu'il conteste les dépens, reconnaît qu'il n'a pas payé les sommes réclamées. Or, dans toutes ces affaires, c'est ce dernier qui a introduit l'action en contestation devant le juge taxateur.

Est-ce à dire qu'une partie, si elle veut recourir à cette action, ne peut que demander la restitution des sommes qu'elle aurait versées à tort⁸⁰ ?

Cette analyse ressort plus clairement de l'arrêt précité de la deuxième chambre civile du 18 janvier 2006⁸¹. Une partie, même si elle se garde de contester le montant des sommes réclamées, ne peut utiliser cette procédure pour demander que soit déclarée irrecevable comme prescrite la demande de vérification et que soit annulé et dit sans effet le certificat de vérification. Malgré les précautions ainsi prises par elle, il a été jugé que cette partie avait reconnu, par là même, le non-paiement de la créance de frais et émoluments et n'était donc pas recevable à invoquer la courte prescription. La deuxième chambre civile n'a-t-elle pas voulu sanctionner l'atteinte au principe de cohérence, consistant, pour le débiteur, à invoquer une prescription présomptive de paiement dans le cadre d'une action en contestation des dépens engagée par lui ?

⁷³ Cf. en ce sens : cour d'appel d'Aix-en-Provence, ordonnance 16 mars 1999.

⁷⁴ Bull. 1959, IV, n° 913.

⁷⁵ I. Pétel-Teyssié, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Défenses, exceptions, fins de non-recevoir ; Y. Desdevises, *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 128, Moyens de défense, règles générales.

⁷⁶ F. Ferrand, précité (note 58), n° 679.

⁷⁷ Cour d'appel de Paris, ordonnance 9 janvier 2006 ; cour d'appel de Paris, ordonnance 22 octobre 2007.

⁷⁸ Cour d'appel de Rouen, 28 novembre 2007.

⁷⁹ 15 décembre 2005, 18 janvier 2006, 21 décembre 2006, précité (note 38).

⁸⁰ 2° Civ., 15 décembre 2005, précité (note 38).

⁸¹ 2° Civ., 18 janvier 2006, précité (note 38).

Dès lors, la partie disposerait d'une option. Soit elle conteste le certificat de vérification, mais alors elle perd tout droit de se prévaloir de la prescription, laquelle est fondée sur une présomption de paiement. Soit elle entend se prévaloir de la prescription, auquel cas elle doit se garder d'engager une action fondée sur l'article 710 du code civil, étant précisé qu'elle serait en droit d'opposer la prescription dès le premier acte d'exécution.

Conclusion

Il conviendra donc, si l'assemblée plénière fait prévaloir le principe de hiérarchie des moyens, de rejeter le pourvoi. A l'inverse, la cassation de l'arrêt s'imposerait sur la première branche, pour le cas où serait retenue l'analyse reposant sur la spécificité de la procédure de contestation prenant en compte la globalisation des faits.

Avis de M. Mellottée

Premier avocat général

Faits et procédure

La société Allen Systems Group France (la société), venant aux droits de la société Sisro, a contesté le certificat de vérification des dépens établi à la demande de la SCP X... et Y..., avoués près la cour d'appel de Paris (la SCP), qui l'avait représentée dans une instance ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 février 2002.

Dans sa contestation, la société soutenait à titre principal que l'action en paiement de la SCP était prescrite, en application des dispositions de l'article 2273 du code civil.

Subsidiairement, elle prétendait en outre que la demande n'était pas fondée, en ce que les dépens avaient été mis à la charge d'un tiers et en ce que leur évaluation était injustifiée au regard de l'intérêt du litige.

Par ordonnance du 12 septembre 2005, le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris a déclaré l'action prescrite au motif que plus de deux années s'étaient écoulées entre le prononcé de l'arrêt, le 8 février 2002, et la signification du certificat de vérification des dépens, intervenue le 7 décembre 2004, sans que la SCP puisse soutenir qu'une contestation des dépens et le fait de soulever la prescription constituaient un aveu de non-paiement faisant obstacle à l'application de la prescription.

Cette ordonnance a été cassée par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 21 décembre 2006, pour violation des articles 2273 et 2275 du code civil.

Après avoir rappelé que la courte prescription de l'article 2273 du code civil, qui repose sur une présomption de paiement, doit être écartée lorsqu'il résulte de l'aveu du débiteur qu'il n'a pas acquitté sa dette, l'arrêt retient que, dans sa requête du 6 janvier 2005 portant contestation des dépens de l'avoué, la société avait fait valoir à titre subsidiaire que la demande était injustifiée, en ce que les dépens avaient été mis à la charge de tiers et en ce que leur évaluation semblait excessive au regard de l'intérêt du litige, reconnaissant, par là même, l'absence de paiement de cette créance.

Désigné comme juridiction de renvoi, le premier président de la cour d'appel de Versailles, par ordonnance du 26 septembre 2007, a dit à son tour prescrite la demande de la SCP en considérant :

- que l'action en contestation des dépens n'est pas un aveu de non-paiement ;
- que la contestation du montant des dépens, articulée à titre subsidiaire, ne saurait constituer un aveu de non-paiement influant sur la demande principale ;
- qu'un subsidiaire n'est destiné à prendre le relais de la demande principale que si celle-ci est rejetée ;
- qu'il s'ensuit que l'argument subsidiaire de la société ne peut être pris en compte dans l'examen de son argument principal ;
- que, dans ces conditions, la demande de la société sur le caractère injustifié des dépens ne saurait être assimilée à un aveu de non-paiement de nature à faire échec à sa demande principale.

Le nouveau pourvoi

Dans son nouveau pourvoi formé le 26 novembre 2007, la SCP articule un moyen unique en trois branches, qui reproche à l'ordonnance d'avoir déclaré prescrite l'action en paiement de ses frais, en lui faisant grief :

- d'une violation des articles 2273 et 2275 du code civil, dès lors qu'il résultait de la requête du 6 janvier 2005 portant contestation des dépens, nonobstant le caractère subsidiaire de l'affirmation selon laquelle la demande était injustifiée, un aveu de non-paiement des sommes réclamées par la SCP justifiant la mise à l'écart de la courte prescription ;
- d'une violation de l'article 4 du code de procédure civile, le magistrat taxateur ayant dénaturé les observations de la SCP en retenant que l'avoué n'aurait jamais tenté de tirer parti de la contestation subsidiaire de sa cliente ;
- d'un manque de base légale au regard des articles 2273 et 2275 du code civil, 7 et 12 du code de procédure civile, le magistrat taxateur ayant statué par un motif inopérant en retenant une prétendue absence d'invocation par l'avoué de l'aveu de non-paiement.

Même si la motivation de l'ordonnance ainsi attaquée, rendue sur renvoi de cassation, apparaît plus développée que la décision précédente, elle procède des mêmes considérations. Tout au plus, le délégué du premier président de la cour d'appel de Versailles a-t-il ajouté deux éléments nouveaux, en retenant d'une part que la contestation du montant des dépens, articulée à titre subsidiaire, ne saurait constituer un aveu de non-paiement influant sur la demande principale, et en retenant par ailleurs que la SCP n'avait jamais tenté de tirer parti de ce subsidiaire, ainsi qu'en font foi les correspondances échangées entre les parties.

Nonobstant cette double affirmation, il n'en reste pas moins constant que l'ordonnance développe une argumentation directement contraire à l'arrêt de cassation qui saisissait la juridiction de renvoi et que la décision rendue par cette dernière est principalement attaquée par le même grief tiré d'une violation des articles 2273 et 2275 du code civil, développé à la première branche du moyen.

C'est dans ces conditions qu'en application des dispositions des articles L. 431-6 et L. 431-7, alinéa premier, du code de l'organisation judiciaire, la deuxième chambre civile, saisie de l'instance, a ordonné, le 19 novembre 2008, le renvoi en assemblée plénière du pourvoi formé par la SCP contre la décision rendue le 26 septembre 2007 par le premier président de la cour d'appel de Versailles.

Le préalable des deuxième et troisième branches

Le mémoire en défense avance que les deuxième et troisième branches constituent un préalable.

Concernant la deuxième branche, il est fait à la cour d'appel le reproche d'avoir dénaturé les observations de l'avoué en considérant que la SCP n'avait « *jamais tenté de tirer parti du subsidiaire venant contester le montant des dépens, ainsi qu'en font foi les lettres susvisées* ».

Pour ce qui est de la troisième branche, celle-ci ne fait que décliner ce même grief et reproche au magistrat taxateur d'avoir statué par un motif inopérant, en retenant une prétendue absence d'invocation par l'avoué de l'aveu de non-paiement.

Ainsi qu'il en est justement fait état, le motif ainsi critiqué - l'observation étant au demeurant assortie d'une parenthèse - apparaît surabondant dans la mesure où, pour se prononcer comme il l'a fait, le premier président de la cour d'appel de Versailles a considéré que la demande subsidiaire de la société tendant à voir dire et juger que les dépens étaient injustifiés ne pouvait être considérée comme un aveu de non-paiement de nature à faire échec au moyen principal tiré de la prescription.

Il importe peu par conséquent que l'avoué n'ait pas tenté de tirer parti de ce subsidiaire, comme il en est fait le reproche à la décision, puisque ce subsidiaire n'est pas, en toute hypothèse, le soutien nécessaire du dispositif de l'ordonnance.

La double critique ainsi formulée apparaît dès lors sans fondement, ce qui induit la non-admission ou, à tout le moins, le rejet des deuxième et troisième branches du moyen unique articulé au soutien du pourvoi.

La question de fond posée par la première branche et les prétentions des parties

C'est par conséquent sur la seule première branche que se concentre l'essentiel de l'argumentation développée par le mémoire ampliatif, qui reproche à l'ordonnance d'avoir déclaré prescrite l'action en paiement de frais exercée par la SCP alors que le conseiller taxateur délégué avait constaté que, dans sa requête du 6 janvier 2005 portant contestation des dépens de l'avoué, la société avait fait valoir, à titre principal, que la demande en paiement était prescrite et, à titre subsidiaire, que la demande était injustifiée au regard de l'intérêt du litige et du fait que les dépens avaient été mis à la charge d'un tiers, ce dont il résultait, nonobstant le caractère subsidiaire de cette dernière affirmation, un aveu par la cliente de l'avoué du non-paiement des sommes réclamées par ce dernier, aveu justifiant la mise à l'écart de la courte prescription prévue en matière d'action en paiement des frais d'avoué ; qu'en retenant néanmoins que la contestation sur le fond du caractère justifié de la demande ne valait pas aveu de non-paiement, le conseiller taxateur délégué avait violé les articles 2273 et 2275 du code civil.

Au soutien de sa prétention, le demandeur à la cassation fait valoir « *qu'un fait allégué par une partie, même au soutien d'un simple moyen subsidiaire, devient immédiatement un élément du débat, sur lequel le juge peut se fonder même s'il n'est pas spécialement invoqué ou s'il n'est invoqué qu'à titre subsidiaire* ».

A l'appui de cette affirmation, le mémoire ampliatif se réfère expressément à l'article 7 du code de procédure civile, qui dispose que « *parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention* » ; puis, invoquant l'arrêt de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006 et l'arrêt de la chambre commerciale du 11 décembre 2007 (pourvoi n° 06-16.104), dont il ressort qu'il incombe aux parties de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature à fonder la demande, il considère que « *tous les faits ont, ab initio, une égale vocation à constituer des éléments du débat que la partie qui les a allégués ne peut ensuite valablement renier et dans lesquels le juge peut puiser* » (cf. mémoire ampliatif, p. 13).

A cet égard, le pourvoi expose en substance que, s'agissant d'une approche intellectuelle, si une partie est libre de développer des raisonnements juridiques alternatifs et d'articuler des règles de droit abstraites exclusives ou contradictoires l'une de l'autre en établissant entre elles un lien de principal à subsidiaire, le juge se trouve alors dans l'obligation de n'examiner le moyen subsidiaire qu'après l'examen et le rejet du moyen principal.

A l'inverse, il en va tout différemment s'agissant des données concrètes que constituent les faits de l'instance, la partie ne pouvant alors présenter comme non avenue une circonstance de fait au seul motif qu'elle n'a été avancée qu'au soutien d'un moyen subsidiaire.

Selon lui, et se recommandant en cela de la règle de l'estoppel, « *permettre à la partie qui a allégué un fait de nier ensuite ce fait ou d'alléguer un fait contradictoire serait attentatoire à la dignité de la justice, car cela reviendrait à légitimer le mensonge, c'est-à-dire la représentation inexacte et déloyale de la réalité (...), c'est ce qui explique que la règle de droit et la conclusion d'un moyen subsidiaire ne doivent être examinées que si le moyen principal est rejeté mais que le fait allégué au soutien du moyen subsidiaire doit être tenu pour allégué immédiatement par la partie concernée, sauf à admettre une partie à contredire ultérieurement et déloyalement son propre argumentaire* ».

En réponse à la prétention ainsi soutenue, le mémoire en défense se réfère, pour l'approuver, à l'ordonnance attaquée, en avançant qu'elle a justement considéré que la demande de la société sur le caractère injustifié des dépens ne saurait s'assimiler à un aveu de non-paiement de nature à faire échec à sa demande principale.

S'appuyant en cela sur le commentaire critique de l'arrêt de la deuxième chambre civile du 21 décembre 2006 fait par le professeur Perrot¹, il développe l'idée que le subsidiaire, qui est subordonné à l'échec du principal, n'est toujours mis en œuvre qu'à titre de précaution conditionnelle, et que l'aveu figurant dans des conclusions subsidiaires est nécessairement équivoque et ne saurait, dès lors, constituer un aveu véritable, lequel exige de la part de son auteur une manifestation non équivoque de sa volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques².

Il fait par ailleurs état d'une jurisprudence présentée comme constante, selon laquelle les juges du fond dénaturent les conclusions d'une partie en considérant qu'elles reconnaissent un fait alors même que ce fait n'est invoqué qu'à titre subsidiaire³.

Enfin, le défendeur à la cassation fait observer qu'au plan pratique, suivre le raisonnement développé par le pourvoi, eu égard notamment à la solution mise en œuvre par l'arrêt du 21 décembre 2006, reviendrait à placer la partie qui souhaite se prévaloir de la courte prescription dans une situation intenable et contraire en toute hypothèse à ses intérêts, en la contraignant :

- soit à se prévaloir uniquement de la fin de non-recevoir tirée de la prescription, sans pouvoir, si elle est écartée, discuter le quantum de la créance ou ressaisir le juge de cette question ;

- soit à renoncer à se prévaloir de la prescription, pour ne faire porter son action que sur le principe de la créance sur un autre fondement que sa prescription ou pour contester son montant.

Identification du point de droit à juger

En l'état des prétentions et arguments ainsi avancés, tant en demande qu'en défense, la problématique posée par la procédure est de déterminer si le fait de contester le montant des sommes réclamées ne constitue pas par lui-même la reconnaissance du non-paiement de ces sommes et, partant, prive le défendeur de la faculté d'opposer la prescription de l'article 2273 du code civil.

Pour répondre à cette question, et après que la prescription a été avancée à titre principal, il importerait essentiellement d'apprécier :

- si la contestation du bien-fondé de la demande constitue un aveu de non-paiement et s'il convient de tenir compte de ce que cet aveu résultait d'une prétention émise à titre subsidiaire ;

- ou si le seul fait de contester le certificat de vérification emporte nécessairement renonciation à se prévaloir de la prescription.

Concernant la procédure même de contestation des dépens prévue par les articles 704 et suivants du code de procédure civile, il n'apparaît pas indispensable de l'examiner ici en détail. Les parties, au demeurant, ne remettent aucunement en cause l'exercice de ce droit, pas davantage qu'elles ne contestent la régularité de la procédure entreprise.

Il importe seulement de préciser que la partie qui ne conteste pas le certificat de vérification des dépens n'est pas pour autant privée de tout recours, dès lors que l'absence de contestation n'emporte pas l'acceptation ou la reconnaissance de la dette, pas plus qu'elle n'implique la renonciation à se prévaloir de la prescription⁴.

Pour ce qui est, en revanche, des règles régissant la prescription de l'action en paiement des frais et dépens, cette question, qui intéresse directement le fond du débat, mérite quelques développements.

La prescription de l'action en recouvrement des dépens : du principe général de la hiérarchie des moyens à leur nécessaire globalisation

Les courtes prescriptions de six mois à deux ans établies par les articles 2271 à 2273 du code civil, dont relève celle intéressant la présente affaire, concernent des dettes qu'il n'est pas d'usage de constater par un titre et dont le paiement, qui intervient généralement à bref délai, s'opère souvent sans donner lieu à la délivrance d'une quittance.

Le souhait du législateur, en déclarant ces créances éteintes à l'expiration d'un temps étroitement limité, était de considérer que les dettes correspondantes étaient payées et qu'il convenait de protéger le débiteur contre le risque d'avoir à payer une seconde fois, faute de quittance.

Les courtes prescriptions en cause reposent par conséquent sur une présomption de paiement⁵.

L'article 2275 du code civil prévoit que seul le défèrement ou le serment permet au créancier d'échapper à la courte prescription.

Cependant, et de manière aussi ancienne que constante, la jurisprudence assimile au serment l'aveu du débiteur par lequel celui-ci reconnaît n'avoir pas payé la somme réclamée.

¹ Roger Perrot, *Procédures* 2007, commentaire 57 : « la portée d'un subsidiaire ».

² Cf. Com., 19 juin 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 124, et Com., 11 juin 2003, pourvoi n° 00-16.146.

³ 2^e Civ., 11 juin 1981, *Bull.* 1981, II, n° 130, Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 01-45.679, et 2^e civ., 15 novembre 2007, pourvoi n° 06-18.193.

⁴ 2^e Civ., 8 avril 1992, *Bull.* 1992, II, n° 119, et 22 septembre 2005, pourvoi n° 04-10.618.

⁵ *Répertoire Dalloz*, mars 2002, n° 415 à 427, et les nombreux ouvrages cités, notamment Aubry et Rau, tome 2, § 774, Planiol et Ripert, tome 7, n° 1394, Colin et Capitant, tome 2, n° 1636, Ripert et Boulanger tome 2, n° 207, Mazeaud et Chabas, tome 2, premier volume, n° 1190. On peut également se référer utilement à une jurisprudence constante et qui remonte très haut dans notre ancien droit, selon le commentaire de M. Holleaux au *Dalloz* 1930, II, p. 107 : Civ., 22 avril 1891, Req., 31 juillet 1899, Civ., 16 juillet 1906, et, plus près de nous, Soc., 29 janvier 1953, Civ., 28 octobre 1954, 1^{re} Civ., 23 février 1994, pourvoi n° 91-22.347.

Traditionnellement, cet aveu, qui empêche le débiteur d'invoquer la courte prescription, peut être un aveu tacite, résultant le plus souvent du fait que le débiteur a mis en œuvre un moyen de défense incompatible avec le paiement effectif.

Il suffit pour cela que les juges du fond constatent qu'il résulte des explications fournies par le débiteur lui-même ou des moyens de défense qu'il avance au soutien de sa prétention qu'aucun paiement n'avait eu lieu et qu'il y a bien une incompatibilité entre les arguments dont il fait état⁶.

Il convient toutefois que l'aveu du débiteur, qui ne saurait se déduire d'un simple comportement passif, soit non équivoque et reconnaisse pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques⁷.

Eu égard à cette jurisprudence et aux multiples et très diverses situations factuelles qu'elle prend en compte, il ne fait guère de doute, concernant la présente affaire, que le fait pour la société d'avancer que les dépens avaient été mis à la charge d'un tiers et qu'ils n'étaient pas justifiés dans leur montant au regard de l'intérêt du litige est de nature à établir sans équivoque qu'elle n'avait pas payé la somme que lui réclamait la SCP.

Mais, ici, la difficulté de conférer à cet aveu la faculté de faire classiquement échec à la courte prescription de l'article 2273 du code civil tient au fait que l'aveu en cause résulte d'une argumentation avancée à titre seulement subsidiaire par la SCP défenderesse à l'action.

La hiérarchie des moyens

Il apparaît constant qu'une prétention en justice émise à titre subsidiaire n'a habituellement à être examinée qu'après qu'il aura été statué sur la demande principale.

Au surplus, il résulte d'une jurisprudence très abondante que l'éventuel aveu ressortissant de cette prétention émise à titre subsidiaire ne saurait être considéré comme constituant l'expression claire et non équivoque de la volonté de son auteur, le caractère ambigu de celle-ci résultant précisément de sa subsidiarité même⁸.

De façon également uniforme, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à considérer que le juge qui adopte à la fois les conclusions principales et les conclusions subsidiaires d'une partie statue *ultra petita*⁹, de même qu'il est communément admis que le juge qui se prononce sur la demande subsidiaire sans avoir auparavant examiné la demande principale dénature le sens et la portée des conclusions de la partie qui les a formulées¹⁰.

Et il est vrai qu'il est difficilement contestable que le juge doit se plier à la volonté du justiciable, lequel est maître de sa stratégie, que ce juge doit respecter l'ordre dans lequel le justiciable entend que ses prétentions soient examinées et qu'à procéder autrement, il modifierait l'objet de la demande. Respecter la volonté des parties c'est, au premier chef, ne pas méconnaître la hiérarchie qu'elles ont elles-mêmes établie entre leurs demandes¹¹.

Selon le commentaire imagé qu'en fait le professeur Putman, la demande subsidiaire est formulée pour le cas où la demande principale ne serait pas accueillie. L'avocat demande, « *si par extraordinaire* » le juge ne le suivait pas sur une première argumentation, que « *subsidiairement* » il lui en accorde une autre ou « *très subsidiairement* » une troisième... et ainsi de suite jusqu'à « *l'infiniment subsidiaire* ». « *La demande subsidiaire est la deuxième ligne de fantassins qui se lèvent quand l'ennemi a abattu la première* »¹².

Commentant, pour le critiquer, un arrêt de la chambre commerciale du 18 avril 1999 s'étant prononcé sur l'effet dévolutif de l'appel-nullité et la portée des conclusions subsidiaires sur le fond, le professeur Perrot s'exprime en ces termes : « *Que signifie un subsidiaire sinon une hiérarchie qui n'a de sens que si le principal échoue ? Mais encore faut-il que ce principal soit jugé, car s'il est accueilli, le subsidiaire s'évanouit en fumée (...). Il est donc parfaitement arbitraire de retenir des conclusions subsidiaires sur le fond comme étant de nature à éluder toute discussion sur le moyen de nullité invoqué à titre principal (...) en oubliant simplement qu'un subsidiaire est dépourvu de toute efficacité juridique si le principal est reconnu fondé* ».¹³

Dans la continuité de la jurisprudence citée et des opinions doctrinales ainsi émises, on comprend dès lors aisément les appréciations réservées formulées par ce même éminent commentateur à l'encontre de l'arrêt de la deuxième chambre civile du 21 décembre 2006 rendu dans la présente affaire et qui est à l'origine de votre assemblée plénière, après que le premier président saisi sur renvoi après cassation a refusé de s'incliner devant cette décision.

Tout en admettant que la solution n'était pas évidente, le professeur Perrot indique que cet arrêt du 21 décembre 2006 et l'orientation qui en résulte invitent à réfléchir une nouvelle fois sur la portée d'un subsidiaire.

⁶ *Répertoire civil Dalloz*, précité, n° 432; Req., 25 février 1863; Civ., 31 octobre 1894; Req., 31 juillet 1899; Soc., 29 novembre 1967; Com., 23 juin 1973, *Bull.* 1973, IV, n° 216; 2° Civ., 13 novembre 1974, *Bull.* 1974, II, n° 296; 1° Civ., 3 janvier 1996, *Bull.* 1996, I, n° 8, et Com., 25 avril 2001, pourvoi n° 98-17.859; cour d'appel d'Aix-en-Provence, 16 mars 1999; cour d'appel de Paris, 9 janvier 2006 et 22 octobre 2007.

⁷ Soc., 24 mai 1967, *Bull.* 1967, IV, n° 421; 3° Civ., 4 mai 1976, *Bull.* 1976, III, n° 182; 1° Civ., 26 mai 1999, *Bull.* 1999, I, n° 170; 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-18.564, et 2° Civ., 15 décembre 2005, pourvoi n° 04-13.009.

⁸ Req., 29 octobre 1894; 2° Civ., 11 février 1998, *Bull.* 1998, II n° 48; Com., 19 juin 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 124, 26 novembre 2002, pourvoi n° 97-11.608, et 11 juin 2003, pourvoi n° 00-16.146.

⁹ Civ., 29 novembre 1871.

¹⁰ 1° Civ., 13 mars 1963, *Bull.* 1963, I, n° 157; 2° Civ., 11 juin 1981, *Bull.* 1981, II, n° 130; Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 01-45.679, et 2° Civ., 15 novembre 2007, pourvoi n° 06-18.193.

¹¹ Jacques Normand, *RTD civ.* 1978, p. 704.

¹² Emmanuel Putman, *JCP* 1991, éd. G., doctrine p. 84.

¹³ Roger Perrot, *RTD civ.*, janvier-mars 1990, p. 149 et 150. Voir aussi Henry Solus et Roger Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome 3, procédure de première instance, n° 88 et 89.

En bonne logique, expose-t-il, « un subsidiaire n'est destiné à prendre le relais de la demande principale que si celle-ci est rejetée. Si au contraire elle est admise, un subsidiaire est vide de sens : il n'est toujours qu'une formule de précaution conditionnelle, subordonnée à l'échec du principal. Pour cette raison, tout devrait donc se passer comme s'il fallait attendre le résultat de la décision sur le principal pour savoir si juridiquement il y a lieu de prendre en compte un subsidiaire tenu en réserve pour le cas où le principal serait rejeté ; ce qui implique fatalement une hiérarchie dans le temps et un certain cloisonnement dans la manière d'appréhender successivement les problèmes ».

Dans le cas présent, poursuit ce commentateur, « ce n'est pas ainsi que la Cour de cassation a raisonné : elle a globalisé les problèmes, en tirant argument du subsidiaire pour y voir un aveu de non-paiement de nature à faire échec au principal, sur la prescription. On entend dire souvent qu'un subsidiaires affaiblit le principal. Il y a parfois une part de vérité, tout au moins psychologiquement. Mais cette fois (...) on se trouve dans un cas assez curieux où le subsidiaire anéantit le principal, et juridiquement cette fois »¹⁴.

Tout en exprimant de vives réserves quant à cette décision du 21 décembre 2006, le commentaire précité semble néanmoins relativiser quelque peu ses précédentes observations critiques. Il réaffirme cependant avec force le principe du nécessaire respect de la hiérarchie des moyens voulue par les parties, ainsi que du caractère conditionnel des arguments avancés au soutien d'une prétention subsidiaire : ceux-ci n'ont à être examinés qu'après le rejet du moyen principal.

A l'évidence, d'ailleurs, l'ordonnance faisant l'objet du pourvoi s'inspire très largement de cette étude dont elle reprend, en la citant, l'argumentation essentielle.

En effet, en l'état des orientations d'une jurisprudence et d'une doctrine très largement dominantes, la solution la plus aisée à mettre en œuvre apparaît par conséquent celle consistant à privilégier le principe de la hiérarchie des moyens, sur lequel s'appuie précisément la décision attaquée.

Dans cette hypothèse, rappelons-le, l'argument développé au titre d'une prétention subsidiaire ne saurait être considéré comme constituant un aveu véritable, et ceci d'autant moins que ce subsidiaire n'a à être pris en compte qu'à la condition du rejet préalable du moyen principal.

Dès lors, la conclusion qui se dégage naturellement de ces constatations est celle d'une proposition tendant au rejet du pourvoi.

Cependant, et en dépit de l'apparente cohérence et évidence d'un rejet, le présent avis, eu égard aux circonstances dont relève cette affaire, incline malgré tout à privilégier la solution consistant à globaliser les faits en présence d'une contestation des dépens.

Les limites du principe hiérarchique et la nécessaire globalisation des prétentions

Le pourvoi développe l'idée selon laquelle, en application des dispositions de l'article 7 du code de procédure civile, un fait avancé, même au soutien d'un moyen subsidiaire, constitue un élément du débat que le juge doit prendre en considération, sauf à admettre qu'une partie puisse contredire son propre argumentaire et sauf ainsi à valider un comportement procédural incohérent, venant attenter au principe général de bonne foi dont le respect répond à l'exigence de la marche normale d'un procès.

Tout d'abord et en bonne logique, le principe de la hiérarchie des moyens, sur lequel la décision se fonde essentiellement, ne peut trouver à s'appliquer que dans les procédures où les arguments avancés à la suite les uns des autres peuvent être examinés successivement, de manière à ce que chacun d'eux fassent l'objet d'une réponse appropriée avant que l'argument suivant soit à son tour examiné.

Les deux décisions citées au rapport constituent d'ailleurs des exemples topiques de cette hiérarchie : dans le premier arrêt, il est en effet jugé que ne peuvent être considérées comme contenant de la part du défendeur un aveu de la dette les conclusions par lesquelles celui-ci « après avoir nié totalement l'existence de la dette à lui réclamée, conclut, mais subsidiairement et pour le cas où il en serait décidé autrement, à ce que le chiffre de la demande soit réduit à une certaine somme et fait aussi subsidiairement offre de cette somme... »¹⁵.

Malgré son apparente similitude avec la procédure soumise à votre examen, cette affaire n'a en réalité que peu à voir avec elle. Le problème posé est différent : les juges du fond étaient en effet parfaitement à même de statuer dans un premier temps sur l'existence même de la dette et, celle-ci étant acquise, ils avaient, dans un second temps, à se prononcer sur son montant. Dans l'hypothèse inverse où ils auraient rejeté l'existence de la dette, l'examen de son montant serait par là même devenu sans objet.

On se trouve ici dans une situation classique autant que courante d'une prétention principale suivie d'une prétention subsidiaire, la réponse apportée à la première conditionnant en droit et en bon sens le traitement de la seconde.

Il en va de même pour la deuxième procédure évoquée, intéressant une demande en divorce, dans laquelle il a été jugé que « ne pouvaient constituer un aveu extrajudiciaire des conclusions additionnelles aux termes desquelles l'épouse, après avoir dénié toute espèce de faute de sa part, ne sollicitait le divorce aux torts partagés qu'à titre infiniment subsidiaire et seulement dans l'hypothèse où la cour d'appel, « par impossible », viendrait à retenir à son encontre des fautes constitutives d'une cause de divorce au sens de l'article 242 du code civil »¹⁶.

Pour avoir jugé le contraire, l'arrêt de la cour d'appel de Riom du 11 juin 1996 est cassé parce que, là encore, comme dans le cas précédent, les juges du fond étaient en mesure de statuer d'abord sur la demande

¹⁴ Roger Perrot, « La portée d'un subsidiaire », *Procédures* n° 3, mai 2007, commentaire 57.

¹⁵ Req., 29 octobre 1894, S. 1895, I, p. 36.

¹⁶ 2^e Civ., 11 février 1998, *Bull.* 1998, II, n° 48.

principale en divorce du mari pour faute de sa femme, demande qui, si elle avait été rejetée comme elle aurait dû l'être, leur interdisait de prononcer un divorce aux torts partagés en se fondant sur le moyen de défense subsidiaire avancé par l'épouse.

De manière générale, les mêmes observations peuvent être faites concernant les décisions qui sont souvent citées au soutien du principe de la hiérarchie des moyens. C'est ainsi, à titre d'exemple, que :

- le juge ne peut accueillir la demande reconventionnelle subsidiaire de divorce pour faute sans avoir au préalable statué sur les conclusions principales de débouté¹⁷ ;
- une partie qui conclut subsidiairement au fond est recevable dans sa demande préalable de voir constater la péremption de l'instance¹⁸ ;
- les juges du fond ne peuvent à bon droit révoquer une ordonnance de clôture alors qu'il était demandé à titre principal le rejet des pièces et conclusions communiquées après l'ordonnance de clôture, et seulement subsidiairement la révocation de cette ordonnance¹⁹.

Les exemples jurisprudentiels pourraient être multipliés à l'infini tant les décisions rendues en la matière apparaissent nombreuses.

Mais ce qui importe ici c'est que, dans toutes ces procédures, une constante s'impose, selon laquelle le respect de la hiérarchie des moyens apparaît autant naturel qu'impératif chaque fois que le juge est en situation de devoir se prononcer d'abord sur la prétention émise à titre principal avant, et seulement en cas de rejet de celle-ci, d'avoir à statuer sur la demande subsidiaire.

Telle n'est pas cependant, et loin s'en faut, la situation dont relève la présente instance. On ne se trouve pas effet dans la configuration classique maintes fois traitée et dont la jurisprudence ci-dessus évoquée suffit à faire comprendre le bien-fondé en même temps que les limites.

Dans le cas qui nous intéresse ici, et ainsi qu'en fait justement état le rapport, la particularité de la procédure tient au fait que, pour paralyser l'obtention par le créancier d'un titre exécutoire, le débiteur doit engager un recours en contestation des dépens devant le juge taxateur.

Pour ce faire, il est en droit d'opposer à la demande qui lui est faite une fin de non-recevoir tirée de la prescription abrégée de l'article 2273 du code civil.

Mais, dans la mesure où cette courte prescription repose sur une présomption de paiement, on ne peut la constater et lui faire produire ses effets qu'à la condition de s'assurer qu'elle est juridiquement applicable, c'est-à-dire qu'elle ne soit entachée d'aucun aveu par lequel le débiteur reconnaîtrait ne pas avoir payé.

En effet, en cas d'aveu de non-paiement, la présomption de paiement tombe, ce qui entraîne par voie de conséquence immédiate la non-application du régime dérogatoire de la courte prescription de deux ans édictée par l'article 2273 du code civil sur laquelle elle se fonde et qui, comme on l'a vu, concerne des dettes qu'il n'est pas d'usage de constater par un titre et dont le paiement qui intervient à bref délai s'opère la plupart du temps sans donner lieu à la délivrance d'une quittance.

Il n'y a pas par conséquent ici de hiérarchie des moyens : le subsidiaire apparaît indissolublement lié au principal, puisqu'il en constitue l'élément d'appréciation nécessaire et qu'il est la condition même de son application.

En décider autrement et statuer sur la seule prescription, au motif qu'elle est l'argument avancé à titre principal par la société débitrice, reviendrait en l'espèce à priver la SCP créancière de la possibilité de combattre la présomption de paiement au prétexte que l'aveu de non-paiement ressortit d'un moyen subsidiaire.

Se prononcer ainsi serait ici d'autant plus choquant qu'il résulte à l'évidence de la propre demande de la débitrice que celle-ci n'a pas payé ce qui lui est justement réclamé.

Il ne suffit pas qu'une partie qualifie de « *subsidiaire* » la prétention qu'elle émet pour que cette prétention devienne de manière effective un argument authentiquement subsidiaire²⁰.

Autant il est naturel que les parties soient maîtres de leur stratégie et qu'elles puissent librement développer les arguments qu'elles estiment utiles au soutien de leur prétention, autant il ressort de la mission du juge d'en apprécier la pertinence et la portée véritables, sans être nécessairement lié par la présentation qu'on lui en fait.

C'est ainsi que, de manière générale, concernant l'incidence de l'article 2273 du code civil lorsque le défendeur à l'action conteste les sommes qui lui sont réclamées, la jurisprudence dénie à ce dernier le droit d'invoquer la prescription dès lors qu'en contestant le montant avancé, il reconnaît ne pas avoir réglé les sommes en cause, peu important alors que cette contestation soit ou non exprimée à titre subsidiaire.

A cet égard, l'arrêt du 21 décembre 2006 de la deuxième chambre civile, loin d'être isolé ou de caractériser une décision d'espèce, s'inscrit au contraire dans un courant jurisprudentiel très ancien et très affirmé,

¹⁷ TGI Nice, 1^{er} juin 1977, *JCP* 1978, éd. G, II, 18907, note Raymond Lindon.

¹⁸ 2^e Civ., 11 janvier 1995, *Bull.* 1995, II, n° 15.

¹⁹ 3^e Civ., 8 décembre 1999, *Bull.* 1999, III, n° 238.

²⁰ Soc., 10 juillet 1959, *Bull.* 1959, IV, n° 913 : « *Le tribunal ne peut rejeter l'offre de délation de serment faite par le salarié, même à titre subsidiaire, car elle constitue son seul moyen de défense contre l'exception de prescription de l'article 2271 du code civil soulevée par son employeur* ».

duquel il ressort en substance que, reposant sur une présomption de paiement, la prescription abrégée de l'article 2273 du code civil n'est pas applicable lorsque le défendeur à l'action reconnaît n'avoir pas réglé les sommes qui lui sont réclamées, ce qui fait qu'il n'est plus recevable à invoquer la courte prescription²¹.

D'autres formulations font état de ce que :

- l'aveu du défaut de paiement est inconciliable avec la présomption de paiement, sur laquelle est fondée la courte prescription²² ;
- ou que la prescription de l'article 179 du code de commerce (devenu l'article L. 511-78) ne peut être invoquée par celui qui reconnaît ne pas avoir acquitté le montant de la lettre de change²³ ;
- ou encore que le débiteur dont le non-paiement est reconnu ne peut se prévaloir de la prescription de l'article 179 du code de commerce²⁴, ou ne peut se prévaloir de la prescription annale de l'article 2272 du code civil²⁵ ;
- ou, enfin, que lorsque le débiteur conteste, à défaut de preuve, l'existence même de la créance, le non-paiement de cette créance est par là même avoué ; la prescription de l'article 2272 du code civil opposée par le débiteur (...) n'est donc pas applicable²⁶.

On peut aussi avec profit se référer à plusieurs arrêts de cours d'appel ayant décidé que la prescription de paiement est inapplicable²⁷ ou qu'elle doit être écartée²⁸ dès lors qu'il résulte des termes mêmes du recours que le débiteur n'a pas réglé les dépens.

Une récente décision de la cour d'appel de Rouen, après avoir rappelé une nouvelle fois que, reposant sur une présomption de paiement, la prescription abrégée n'est pas applicable lorsque le débiteur reconnaît n'avoir pas réglé les sommes réclamées, énonce qu'il n'y a pas à « *accorder la moindre portée à la contestation au fond désormais subsidiaire (...) qui relève de la stratégie judiciaire* »²⁹.

Inapplicable, irrecevable, inconciliable, inopposable.... la litanie de ces diverses fins de non-recevoir ne se limite pas à la seule considération du pourvoi selon laquelle les faits avancés sont dans le débat et soumis à l'appréciation du juge.

Toute cette jurisprudence va en réalité bien au-delà et rappelle avec force les règles d'application de la prescription abrégée fondée sur une présomption de paiement : cette prescription ne peut être invoquée par le débiteur dès lors que l'absence de paiement résulte de son aveu ou de son serment.

Plus que l'appréciation globale d'un ensemble de circonstances de fait, c'est le cadre juridique de ces courtes prescriptions, voulu par la loi et la jurisprudence, qui fait que la présomption de paiement sur laquelle elles se fondent est forcément exclusive d'un aveu de non-paiement.

De l'ensemble de ces décisions applicables à ces courtes prescriptions, et sans qu'il soit nécessaire de se référer à une hiérarchie des moyens entre demande principale et demande subsidiaire qui n'a pas lieu d'être, il ressort que c'est le moyen lui-même tiré de la prescription abrégée qui devient fondamentalement irrecevable lorsqu'il se conjugue avec un aveu de non-paiement, avec lequel il est inconciliable.

La doctrine, de son côté, même si elle semble s'être assez peu penchée sur cette question, paraît elle aussi admettre que « *la présomption de paiement est incompatible avec la constatation que le règlement n'a pas eu lieu* »³⁰.

Ainsi, M. Yannick Dagonne-Labbé considère que « *la durée de la prescription ne doit pas dépendre de considérations procédurales mais de la nature de la créance concernée* », puis, poursuivant son analyse, ce même auteur expose que « *la prescription de l'article 2273, comme celles des articles 2271 et 2272, est fondée sur une présomption de paiement qui ne peut être renversée qu'en cas d'aveu du débiteur du non-règlement de sa dette ou, au moins, d'un acte de celui-ci établissant le défaut de paiement. C'est le cas, par exemple, si le débiteur conteste le bien-fondé de la créance, ou encore s'il invoque la prescription de la demande en vérification des dépens. En effet, en exerçant ces actions, leur auteur reconnaît implicitement l'absence de paiement de sa dette et, dès lors, la prescription de l'article 2273 du code civil fait place à celle de l'article 2262 du même code (...). Le demandeur, en invoquant la prescription, admet par là même qu'il n'avait pas acquitté sa dette* »³¹.

Rappelons, pour mémoire, que la prescription de l'article 2262 visée était alors la prescription de droit commun de trente ans.

De son côté, le professeur Putman considère lui aussi que « *le subsidiaire ne doit pas être un moyen pour le plaideur d'esquiver les difficultés soulevées par sa demande, qu'il s'agisse de formuler l'objet du litige ou d'en préciser le fondement juridique (...). Lorsque c'est la hiérarchie du principal et du subsidiaire qui est inexacte,*

²¹ Civ., 20 novembre 1889, *DP*. 1890 I, p. 60 ; 1^{re} Civ., 3 janvier 1996, *Bull.* 1996, I, n° 8 ; 2^e Civ., 15 décembre 2005, pourvoi n° 04-13.009, et 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-14.674.

²² Com., 23 juin 1970, *Bull.* 1970, IV, n° 411.

²³ Com., 24 novembre 1970, *Bull.* 1970, IV, n° 316 ; 13 janvier 1987, *Bull.* 1987, IV, 1987, n° 12, et 27 juin 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 194.

²⁴ Com., 19 juin 1973, *Bull.* 1973, IV, n° 216.

²⁵ 2^e Civ., 13 novembre 1974, pourvoi n° 73-12.977.

²⁶ 1^{re} Civ., 9 janvier 1967, *Bull.* 1967, I, n° 11, et 8 janvier 1991, *Bull.* 1991, I, n° 13.

²⁷ CA Rouen, 8 mars 1957, *D.* 1957, p. 761.

²⁸ CA Paris, 9 janvier 2006, pourvoi n° 05-09.272 (*Jurica*) et 22 octobre 2007, n° 06-19.808 (*Jurica*)

²⁹ CA Rouen, 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-02.708 (*Jurica*)

³⁰ Emmanuel du Rusquec, *JCP* 1992, éd. G, II, 21863.

³¹ Yannick Dagonne-Labbé, *Les petites affiches*, 23 mai 2007, n° 103.

un plaideur ayant formulé subsidiairement la demande qui aurait dû être principale, il appartiendra seulement au juge de rétablir l'ordre d'examen des questions (...) une qualification exacte s'impose au plaideur, sous peine d'être taxé de tourner les règles de droit »³².

En réalité, et s'il est possible d'utiliser ce néologisme juridique, nous nous trouvons ici en présence d'un « *faux subsidiaire* »³³, qui n'est articulé que de manière spé cieuse dans le seul but d'inciter le juge, voire même de le contraindre, à ne pas inclure dans le débat l'aveu de non-paiement du débiteur, alors que cet aveu conditionne la prescription abrégée de l'action en recouvrement des dépens que ce même juge retient par ailleurs.

Des moyens de défense contradictoires

Au-delà de la nécessaire globalisation des faits et des prétentions qui paraît ressortir de la spécificité des contentieux liés aux actions en recouvrement des dépens et à la prescription abrégée dont elles font l'objet en raison de la présomption de paiement qui s'y attache, l'attitude adoptée par la société débitrice dans la présente procédure pose une autre difficulté en considération du principe que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui³⁴.

Il est constant à cet égard qu'on ne saurait demander une chose et son contraire³⁵ et que, dans cette affaire, la société avance des arguments directement contradictoires ou qui sont, à tout le moins, inconciliables entre eux.

Le même plaideur, en effet, ne peut pas à la fois demander que soit constatée la prescription abrégée de l'action en recouvrement dont il fait l'objet tout en développant une prétention subsidiaire de laquelle il ressort un aveu de sa part de non-paiement de sa dette, alors qu'un tel aveu fait précisément échec à la courte prescription qu'il invoque par ailleurs à titre principal. La contradiction apparaît ici particulièrement flagrante.

La faculté reconnue aux parties de développer librement les moyens et arguments qu'elles estiment utiles au soutien de leur prétention³⁶ ne les autorise pas à contrevenir au principe général de bonne foi et de loyauté qui doit guider leur action, aussi bien en matière d'obligations contractuelles que dans le domaine de la procédure³⁷.

Comme le souligne le premier avocat général Régis de Gouttes³⁸, ce principe, qui a été consacré en matière procédurale dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 juin 2005³⁹ ainsi que dans le rapport de la commission Magendie de juin 2004 sur la célérité et la qualité de la justice, peut être rattaché à d'autres principes bien connus : le devoir de bonne foi, l'obligation de cohérence, l'interdiction de l'abus de droit, la règle *Nemo auditur...*

Pour M. de Gouttes, l'interdiction de se contredire ne serait alors qu'un corollaire ou une application particulière de cet ensemble de règles participant au principe général de loyauté dans le procès.

Dans le cas qui nous intéresse ici, sans que les agissements de la société débitrice puissent à proprement parler relever de l'estoppel dans la mesure où cette société n'est pas revenue sur une position qu'elle aurait fait valoir auprès de l'autre partie conduisant cette dernière à modifier sa position à son propre détriment, il n'en demeure pas moins que le fait pour le même plaideur d'avancer successivement dans la même procédure deux prétentions incompatibles de manière à interdire à l'autre partie de faire valoir son droit et à contraindre le juge à statuer conformément à son intérêt relève d'un comportement procédural critiquable, justifiant la fin de non-recevoir de la demande en ce qu'elle caractérise la contradiction fondamentale de l'argumentation soutenue.

Décider le contraire reviendrait à valider un comportement déloyal et priverait le créancier de la possibilité effective de combattre la présomption de paiement et l'exception de prescription qu'on lui oppose, dès lors que l'aveu de non-paiement n'a pas été examiné à titre principal.

Enfin, et contrairement à l'affirmation du mémoire en défense selon laquelle le principe de concentration des moyens, voulu par l'arrêt de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006⁴⁰ et réaffirmé par la chambre commerciale le 11 décembre 2007⁴¹, placerait le défendeur dans une situation intenable, il y a lieu de souligner que cette jurisprudence ne lui interdit aucunement d'argumenter utilement au soutien de sa prétention.

En revanche, elle lui impose de mettre en œuvre une stratégie cohérente, conforme au respect de la loi et aux exigences d'un procès équitable, en évitant de recourir à des moyens procéduraux contradictoires, voire délibérément trompeurs, dans le but d'empêcher son adversaire de faire valoir ses prétentions et d'égarer la religion du juge.

³² Emmanuel Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP* 1991, éd. G, n° 10, p. 84 et s.

³³ Ou d'un « *faux ami* » comme en fait état E. Putman (cf. note 32) dans son commentaire de l'arrêt de la première chambre civile du 8 décembre 1987, *Bull.* 1987, I, n° 335, *RTD civ.* 1988, p. 746, obs. J. Mestre.

³⁴ P. Le Tourneau, *Juris-Classeur civil*, contrats et obligations, fasc. 10-1 n° 80 et s. ; N. Cayol, *Répertoire de procédure civile Dalloz* n° 238 et 239.

³⁵ E. Putman précité, cf. notes 32 et 33.

³⁶ J. Mestre et B. Farges, *RTD civ.* 2002, p. 93.

³⁷ Serge Guinchard, *Les modèles du droit processuel*, Droit privé 2007, p. 1039.

³⁸ Avis émis à l'occasion de l'arrêt de l'assemblée plénière du 27 février 2009, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 1.

³⁹ 1^{re} Civ., 7 juin 2005, *Bull.* 2005, I, n° 241.

⁴⁰ Assemblée plénière, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 8 : « *Il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* ».

⁴¹ Com., 11 décembre 2007, pourvoi n° 06-16.104 : « *Il incombe aux parties de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature à fonder la demande* ».

Elle lui impose aussi d'opter clairement dans le choix des arguments qu'il avance : soit il conteste le certificat de vérification, mais alors il renonce dans ce cas à se prévaloir de la prescription, soit, étant sûr de son bon droit et de la pertinence de son analyse, il invoque la prescription et il renonce du même coup à mettre en cause le bien-fondé ou le montant de la créance dont on lui réclame le règlement⁴².

S'il est libre, en fonction de son intérêt et des éléments dont il dispose, de choisir l'une ou l'autre de ces solutions, il ne lui est pas possible de les mettre toutes les deux cumulativement en œuvre alors que, dans le cas présent, elles sont exclusives l'une de l'autre et inconciliables entre elles.

Sans doute l'obligation de concentration des moyens vient-elle renforcer cette contrainte, mais la nécessité de devoir développer une argumentation cohérente ne résulte évidemment pas des seuls arrêts précités du 7 juillet 2006 et du 11 décembre 2007 mais, comme on l'a vu, d'une jurisprudence aussi ancienne que constante, propre à la question qui fait l'objet du présent débat.

Il reste bien sûr toujours loisible à un plaideur de présenter un argument subsidiaire, mais à la condition toutefois que l'argument ainsi avancé constitue un subsidiaire véritable et qu'il ne soit pas, comme en l'espèce, un procédé dilatoire relevant de la seule stratégie judiciaire pour faire échec à la demande dont il fait l'objet.

A défaut, la jurisprudence dont il a été fait état vient justement interdire qu'une partie émette une prétention tout en soutenant une prétention contraire et, si elle se risque néanmoins à le faire, invite le juge à ne pas être dupe d'une telle manœuvre.

Mais n'est-ce pas là précisément le jeu normal du régime spécifique dont relèvent les courtes prescriptions des articles 2271 à 2273 du code civil et n'est-ce pas là non plus la réponse naturelle qu'il convient d'apporter à la nécessité du respect de la cohérence procédurale et, partant, à l'exigence d'un procès équitable ?

Conclusion

En définitive et au regard du régime particulier des courtes prescriptions s'appliquant à la procédure de recouvrement des dépens et à la présomption de paiement sur laquelle repose ce régime, l'arrêt de la deuxième chambre civile du 21 décembre 2006 apparaît en l'espèce parfaitement justifié, nonobstant les appréciations critiques auxquelles il a donné lieu.

C'est donc au prix d'une erreur de droit et en violation des dispositions des articles 2273 et 2275 du code civil que la décision attaquée a statué comme elle l'a fait en ayant décidé, à tort, que la prescription était acquise sans prendre en compte l'existence d'un aveu de non-paiement qui lui faisait échec, au motif erroné que cet aveu, résultant d'une prétention subsidiaire, n'avait pas à être pris en considération.

Dès lors, et en conclusion des présentes observations, il est émis un avis de cassation de l'ordonnance rendue le 26 septembre 2007 par le premier président de la cour d'appel de Versailles.

L'avis de cassation ainsi émis se trouve par ailleurs renforcé au regard du caractère contradictoire de l'argumentation soutenue par la société devant le juge du fond et qui aurait pu justifier que sa demande fondée sur des prétentions incompatibles et inconciliables l'une par rapport à l'autre soit jugée irrecevable.

⁴² 2^e Civ., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 371.

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° *IIIO*

Arbitrage

Procédure. - Instance. - Demande incidente. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

Lorsque son investiture procède d'une clause compromissoire, l'arbitre peut être saisi par une partie d'une demande incidente, dès lors qu'entrant par son objet dans les prévisions de cette clause, cette demande se rattache par un lien suffisant aux prétentions originaires que la partie lui avait soumises et que l'arbitre statue dans le délai qui lui a été imparti.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.
CASSATION

N° 08-10.815. - CA Besançon, 14 novembre 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Vuitton et Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 60, mai 2009, Actualités, n° 3413, p. 15-16 (« La sentence statuant sur une demande incidente ne met pas forcément l'arbitre hors jeu »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 16-17, 16 avril 2009, Jurisprudence, n° 1401, p. 22-23, note Jacques Béguin (« Conditions de recevabilité par un tribunal arbitral d'une demande incidente »), et le Recueil Dalloz, n° 15, 16 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1025-1026, note Xavier Delpech (« Conditions de recevabilité par l'arbitre d'une demande incidente »).

N° *IIII*

Avocat

Montant. - Contestation. - Procédure. - Recours contre la décision du bâtonnier. - Lettre recommandée. - Formalité légale. - Effet.

La formalité de la lettre recommandée, prévue par l'article 176 du décret n° 31-1197 du 27 novembre 1991, n'est destinée qu'à régler toute contestation sur la date du recours.

Dès lors, encourt la cassation l'ordonnance qui déclare irrecevable le recours contre la décision d'un bâtonnier, au motif qu'il a été formé par lettre déposée au greffe de la cour d'appel.

2^e Civ. - 19 mars 2009.
CASSATION

N° 08-15.838. - CA Versailles, 9 avril 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Loriferne, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Thomas-Raquin et Bénabent, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 14, 9 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 956-957, note Valérie Avena-Robardet (« Contestation d'honoraires : portée de la lettre recommandée »). Voir également la revue Procédures, n° 5, mai 2009, commentaires n° 136, p. 15, note Roger Perrot (« Recevabilité du recours formé par lettre déposée au greffe ») et n° 168, p. 33-34, note Hervé Croze (« Contestation d'honoraires »).

N° *IIII2*

Bail (règles générales)

Prix. - Fixation. - Accord des parties. - Clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat. - Défaut. - Office du juge. - Limites. - Détermination.

En présence d'un bail stipulant un loyer mensuel d'un certain montant et précisant que le loyer appliqué tient compte de la participation du locataire à la surveillance du bailleur, viole l'article 1134 du code civil une cour d'appel qui accueille la demande de conversion en équivalent financier de l'obligation de surveillance devenue impossible en raison du décès du bailleur, alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat.

3^e Civ. - 18 mars 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 07-21.260. - CA Aix-en-Provence, 18 septembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Proust, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 14, 9 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 950-951, note Yves Rouquet (« Sort du loyer minoré consenti au locataire qui s'occupait du bailleur décédé »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 5, mai 2009, commentaire n° 115, p. 28, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Loyer : conversion d'une obligation de surveillance en équivalent de loyer »), la Revue des loyers, n° 897, mai 2009, Jurisprudence, p. 228-229, note Jacques Rémy (« Que devient l'exécution d'une obligation de faire en échange d'une partie du loyer lorsqu'elle est devenue impossible ? »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/09, juin 2009, n° 513, p. 489-490.

N° III3

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Résiliation. - Causes. - Manquement du preneur à ses obligations. - Non-paiement des loyers. - Plan d'apurement octroyé par le bailleur dans le délai de deux mois du commandement de payer visant la clause résolutoire. - Respect des engagements au terme du plan. - Portée.

Le juge qui retient que le locataire, bénéficiaire d'un plan d'apurement consenti par son bailleur dans le délai de deux mois du commandement de payer visant la clause résolutoire, a, au terme de ce plan, respecté ses engagements en déduit, sans violer l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989, que la demande en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire doit être rejetée, peu important le retard apporté dans le paiement des premières mensualités de ce plan amiable.

3° Civ. - 18 mars 2009.

REJET

N° 08-10.743. - CA Aix-en-Provence, 9 octobre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 5, mai 2009, commentaire n° 113, p. 26-27, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Clause de résiliation de plein droit : plan d'apurement respecté ? »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/09, juin 2009, n° 524, p. 499-500.

N° III4

1° Bail rural

Bail à ferme. - Reprise. - Conditions. - Appréciation. - Date pour laquelle le congé a été donné.

2° Bail rural

Bail à ferme. - Reprise. - Conditions. - Dispositions applicables. - Loi en vigueur à la date d'effet du congé.

1° Les conditions de la reprise d'un bail à ferme s'apprécient à la date pour laquelle le congé a été délivré.

2° L'ordonnance du 13 juillet 2006 modifiant l'article L. 411-58 du code rural ne peut s'appliquer qu'au congé prenant effet après sa date de publication.

3° Civ. - 18 mars 2009.

REJET

N° 08-12.106. - CA Orléans, 10 décembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - M. Peyrat, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, M^e Balat, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 373, mai 2009, commentaire n° 77, p. 32 (« Précisions sur l'application dans le temps de l'article L. 411-58 du code rural modifié »).

N° III5

Banque

Responsabilité. - Faute. - Manquement à l'obligation de mise en garde. - Domaine d'application. - Exclusion. - Constitution d'une sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers.

La sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers, n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation

d'autrui, n'est pas un cautionnement et, s'agissant d'une hypothèque sur un bien limitée à celui-ci, elle est nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant, ainsi qu'aux risques de l'endettement né de l'octroi du crédit.

Justifie ainsi sa décision la cour d'appel qui retient que la banque qui fait souscrire une telle sûreté n'est dès lors pas tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard du constituant, que celui-ci soit ou non averti.

Com. - 24 mars 2009.

REJET

N° 08-13.034. - CA Lyon, 15 janvier 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Riffault-Silk, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 60, mai 2009, Actualités, n° 3426, p. 33 à 35 (« Pas d'obligation de mise en garde en matière de cautionnement réel »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires, n° 38, mai 2009, Actualités, n° 2295, p. 31 à 33, note Eric Bazin (« En cas de souscription d'une hypothèque, le banquier n'est pas tenu d'un devoir de mise en garde ») et n° 2300 (Pas de devoir de mise en garde lors de la constitution d'une hypothèque »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 16-17, 16 avril 2009, Jurisprudence, n° 1399, p. 17 à 19, note Dominique Legeais (« Absence de devoir de mise en garde au profit du constituant d'une sûreté pour autrui ») et La Semaine juridique, édition générale, n° 21, 20 mai 2009, Jurisprudence, n° 10091, p. 30 à 33, note Alain Gourio (« Le risque fondement du devoir de mise en garde du banquier prêteur »), le Recueil Dalloz, n° 14, 9 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 943-944, note Valérie Avena-Robardet (« Le « cautionnement réel exclut le devoir de mise en garde »), et la revue Procédures, n° 5, mai 2009, commentaire n° 161, p. 32, note Hervé Croze (« Contentieux bancaire »).

N° III6

Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Appel d'une décision de prolongation. - Circonstance imprévisible et insurmontable mettant obstacle à la comparution. - Caractérisation. - Portée.

Saisie de l'appel d'une ordonnance de prolongation de détention d'une personne ayant demandé à comparaître et dont l'audition a été prévue sous forme de visioconférence, la chambre de l'instruction ne peut statuer en se bornant à constater que l'appelant a été admis, deux jours avant l'audience, dans un établissement hospitalier.

Il appartient aux juges de constater que cette circonstance, imprévisible, constitue un obstacle à l'audition de l'intéressé qui ne peut être surmonté, fût-ce en différant l'examen de l'appel sans les limites du délai légal.

Crim. - 17 mars 2009.

CASSATION

N° 08-88.460. - CA Bordeaux, 12 novembre 2008.

M. Pelletier, Pt. - Mme Palisse, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 5, mai 2009, Jurisprudence, p. 233-234, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Comparution personnelle de droit devant la chambre de l'instruction en cas d'appel d'une ordonnance de prolongation de détention provisoire »).

N° III7

Concurrence

Pratique anticoncurrentielle. - Abus de position dominante. - Conditions. - Position dominante. - Marché de référence. - Exclusion. - Cas. - Marché distinct du marché dominé.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, en l'absence de circonstances particulières démontrant l'existence d'un lien entre la position dominante détenue par une entreprise sur un marché et son comportement prétendument abusif sur un marché distinct, dit non applicables les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE.

Com. - 17 mars 2009.

REJET

N° 08-14.503. - CA Paris, 8 avril 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Beaudonnet, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - M^e Ricard, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 38, mai 2009, Actualités, n° 2304, p. 41 à 45, note Virginie Lefebvre Dutilleul, Patrice Mottier et Olivia Ramos Garcia (« Prix prédateurs sur un marché dominé et abus de position dominante : des liens difficiles à nouer »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 13, 2 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 867-868, note Eric Chevrier (« Affaire Glaxo : prédation par acquisition d'une réputation »), et la revue Contrats - concurrence - consommation, n° 5, mai 2009, commentaire n° 144, p. 38, note David Bosco (« La Cour de cassation suit la cour d'appel de Paris dans l'affaire Glaxo »).

32

N° III8

Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. - Article 5 § 3. - Matière délictuelle ou quasi délictuelle. - Définition. - Cas. - Livraison en France de produits contrefaits.

Une cour d'appel qui constate qu'une société danoise, sollicitée par des voies qu'elle n'a aucunement tenue pour anormales, a livré à Paris des produits contrefaits en a exactement déduit que les juridictions françaises étaient compétentes en application de l'article 5 § 3 de la Convention de Bruxelles de 1968, pour les seuls faits dommageables produits en France.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.

REJET

N° 08-14.119. - CA Paris, 20 février 2008.

M. Bargue, Pt. - Mme Monéger, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Thomas-Raquin et Bénabent, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 38, mai 2009, Actualités, n° 2291, p. 29 (« Contrefaçon : compétence juridictionnelle communautaire »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 15, 16 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1014-1015, note Xavier Delpech (« Compétence communautaire en matière de contrefaçon »), la revue Procédures, n° 5, mai 2009, commentaire n° 151, p. 23, note Cyril Nourissat (« Nouvelle précision sur la compétence internationale en matière de contrefaçon »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/09, juin 2009, n° 581, p. 541.

N° III9

Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Immunité de juridiction. - Etats étrangers. - Application. - Exclusion. - Acte de gestion. - Applications diverses.

Si un Etat est en droit de revendiquer l'immunité de juridiction quant à l'appréciation des motifs de la décision de fermeture d'une délégation consulaire, le juge français garde le pouvoir de vérifier la réalité de la fermeture invoquée et les conséquences du licenciement d'un salarié motivé par cette décision, dès lors que celui-ci n'occupe pas des fonctions lui conférant une responsabilité particulière dans l'exercice du service public consulaire.

Encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour faire droit à la fin de non-recevoir tirée du principe de l'immunité de juridiction soulevée par les Etats-Unis d'Amérique, retient que la décision prise par cet Etat de fermer des délégations à l'étranger, dont le consulat de la Martinique, constitue un acte de souveraineté ne pouvant s'analyser comme un simple acte de gestion et que l'analyse des conditions dans lesquelles un salarié, licencié à la suite de la fermeture de ce consulat, exerçait ou non des fonctions en rapport avec la mission de service public consulaire est sans intérêt pour le litige.

Soc. - 31 mars 2009.

CASSATION

N° 07-45.618. - CA Fort-de-France, 27 septembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Deby, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 22, 27 mai 2009, Jurisprudence, n° 10097, p. 34 à 36, note François Mélin (« Conditions dans lesquelles un Etat étranger peut invoquer devant les tribunaux français son immunité de juridiction dans le cadre d'un licenciement »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 569, p. 497-498.

N° II20

Contrat de travail, exécution

Accident du travail ou maladie professionnelle. - Suspension du contrat de travail. - Terme. - Visite de reprise. - Portée.

Il résulte de l'article L. 230-2 I, devenu L. 4121-1, du code du travail, interprété à la lumière de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, ainsi que de l'article R. 241-51, alinéa premier, devenu R. 4624-21, du code du travail que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité. Il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier, lors de la reprise du travail ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail, destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation, ou éventuellement de l'une et de l'autre de ces mesures.

A défaut, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité dans le travail

a ainsi été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat.

Justifie sa décision la cour d'appel qui a décidé qu'il ne pouvait être reproché une faute grave au salarié victime d'un accident du travail qui n'avait pas été soumis à la visite de reprise à l'issue d'un arrêt de travail de plus de huit jours, alors que les faits qui lui étaient reprochés consistaient à ne pas avoir repris le travail à une date à laquelle il n'y était pas tenu.

Soc. - 25 mars 2009.
REJET

N° 07-44.408. - CA Toulouse, 6 juillet 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.). - Mme Capitaine, Rap. - M. Deby, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Balat, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 21-22, 19 mai 2009, Jurisprudence, n° 1227, p. 34 à 36, note Pierre-Yves Verkindt (« La visite médicale de reprise : une nécessité absolue ! »).

N° I I 2 I

Contrat de travail, exécution

Lieu d'exécution. - Travail accompli dans plusieurs Etats membres. - Lieu habituel d'exécution du travail. - Caractérisation. - Compétence judiciaire. - Détermination.

Il résulte de l'article 19 § 2 a du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qu'un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un Etat membre peut être attiré dans un autre Etat membre devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail ; que le lieu de travail habituel est l'endroit où le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail pour le compte de son employeur, en tenant compte de l'intégralité de la période d'activité du travailleur ; qu'en cas de périodes stables de travail dans des lieux successifs différents, le dernier lieu d'activité devrait être retenu dès lors que, selon la volonté claire des parties, il a été décidé que le travailleur y exerçait de façon stable et durable ses activités.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, s'agissant d'un litige opposant un armateur à son matelot, engagé, par une société ayant son siège social à Luxembourg, pour naviguer sur un bateau battant pavillon luxembourgeois, retient la compétence de la juridiction du lieu du port où le bateau était amarré au moment de son licenciement au seul motif que l'intéressé y travaillait depuis cinq mois, un tel motif étant impropre à caractériser le dernier lieu de travail habituel au sens de l'article 19 du Règlement.

Soc. - 31 mars 2009.
CASSATION

N° 08-40.367. - CA Aix-en-Provence, 12 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Mazard Rap. - M. Deby, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 22, 28 mai 2009, Panorama, n° 1561, p. 42. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 568, p. 496-497.

N° I I 2 2

Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Inaptitude au travail. - Obligation de reclassement. - Impossibilité. - Effets. - Indemnités. - Indemnité spéciale. - Montant. - Détermination.

L'indemnité spéciale de licenciement prévue par l'article L. 122-32-6, devenu L. 1226-14, du code du travail est, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, égale au double de l'indemnité légale prévue par l'article L. 122-9, devenu L. 234-9, de ce code.

Viole l'article L. 1226-14 susvisé la cour d'appel qui, sans relever l'existence de telles dispositions conventionnelles, condamne l'employeur à payer au salarié, licencié pour inaptitude à la suite d'un accident du travail, une somme correspondant au double d'une indemnité conventionnelle.

Soc. - 25 mars 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 07-41.708. - CA Lyon, 7 février 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Chollet, Rap. - M. Deby, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Bouilloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 523, p. 467-468.

N° I I 2 3

Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Maladie ou accident non professionnel. - Inaptitude au travail. - Inaptitude consécutive à la maladie. - Reclassement du salarié. - Délai d'un mois. - Prorogation ou suspension du délai. - Impossibilité. - Portée.

Le délai d'un mois fixé par l'article L. 122-24-4, devenu L. 1226-4, du code du travail, qui court à compter du second examen du médecin du travail constatant l'inaptitude, avant que l'employeur ne soit tenu de reprendre le paiement du salaire au salarié ni licencié ni reclassé, ne peut être prorogé ni suspendu, peu important que le médecin du travail soit conduit à préciser son avis après la seconde visite.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui condamne un employeur au paiement d'un rappel de salaire pour la période du 21 au 27 octobre 2004, le salarié n'ayant été licencié que le 27 octobre alors que la deuxième visite était intervenue le 21 septembre 2004, même si le médecin du travail avait été conduit à émettre, le 14 octobre, une réserve supplémentaire sur la nature des postes que le salarié pouvait occuper.

Soc. - 25 mars 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 07-44.748. - CA Grenoble, 10 septembre 2007.

M. Texier, Pt (f.f.). - M. Gosselin, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 507, p. 455 à 457. Voir également le Recueil Dalloz, n° 16, 23 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1092-1093, note S. Maillard (« Examen médical de reprise : pas de prorogation ni de suspension du délai d'un mois »).

N° *II24*

Contrat de travail, rupture

Clause de non-concurrence. - Indemnité de non-concurrence. - Paiement. - Contestation. - Preuve par l'employeur du non-respect de la clause. - Nécessité. - Effets. - Clause renversant la charge de la preuve. - Clause inopérante.

Il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'une éventuelle violation de l'obligation de non-concurrence pesant sur le salarié. La clause contractuelle inversant la charge de la preuve est inopérante.

Doit être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui déclare inopérante une telle clause.

Soc. - 25 mars 2009.

REJET

N° 07-41.894. - CA Rennes, 15 février 2007.

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

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 23, 2 juin 2009, Jurisprudence, n° 1241, p. 31-32, note Isabelle Beyneix (« Il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'une éventuelle violation de l'obligation de non-concurrence »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 533, p. 472.

N° *II25*

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Défaut. - Applications diverses. - Salarié soumis à un agrément administratif. - Retrait de l'agrément. - Effet rétroactif. - Portée.

Eu égard à l'effet rétroactif que comporte une décision de l'autorité administrative rapportant un acte antérieur, la décision du préfet de revenir sur sa précédente décision de retrait d'agrément et d'autoriser le salarié à exercer sa profession dans le domaine de la sécurité privée a conféré à ce dernier un droit définitivement acquis à être réputé n'avoir jamais perdu l'agrément nécessaire à l'exercice des fonctions d'agent de sécurité.

Fait une exacte application de la loi la cour d'appel qui, se plaçant au jour du licenciement, a constaté que, sur recours exercé par le salarié, la décision de retrait ayant été annulée, le licenciement ne reposait sur aucune cause réelle et sérieuse.

Soc. - 25 mars 2009.

REJET

N° 07-45.686. - CA Douai, 26 octobre 2007.

Mme Mazars, Pt (f.f.). - M. Flores, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 506, p. 454-455.

N° *II26*

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Formalités légales. - Entretien préalable. - Convocation. - Contenu. - Prononcé d'une mise à pied. - Portée.

La mise à pied prononcée par l'employeur dans l'attente de sa décision dans la procédure de licenciement engagée dans le même temps a un caractère conservatoire.

Dès lors, viole l'article L. 122-41, devenu L. 1332-3, du code du travail, la cour d'appel qui retient qu'une mise à pied conservatoire étant nécessairement à durée indéterminée, le salarié qui, par la lettre le convoquant à un entretien préalable à un éventuel licenciement, a été mis à pied à titre conservatoire pour un temps déterminé, puis licencié disciplinairement, a été sanctionné deux fois pour les mêmes faits.

Soc. - 18 mars 2009.

CASSATION

N° 07-44.185. - CA Metz, 21 mai 2007.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Grivel, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 19, 5 mai 2009, Jurisprudence, n° 1199, p. 23 à 26, note Danielle Corrigan-Carsin (« La mise à pied, mesure conservatoire »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 534, p. 472-473.

N° *II27*

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Indemnités. - Attributions. - Exclusion. - Cas. - Licenciement pour faute grave. - Exception. - Volonté manifeste des parties.

Sauf volonté contraire des parties, le licenciement pour faute grave exclut le versement d'une indemnité de licenciement.

Soc. - 31 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 07-44.564. - CA Lyon, 29 août 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Divialle, Rap. - M. Deby, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 22, 28 mai 2009, Panorama, n° 1563, p. 42. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 530, p. 470-471.

N° *II28*

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Règles relatives au licenciement. - Renonciation. - Renonciation par avance. - Interdiction. - Applications diverses. - Signature d'un contrat à durée déterminée au cours de l'exécution d'un contrat à durée indéterminée.

L'interdiction de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement, qui résulte de l'article L. 122-14-7, alinéa 3, devenu L. 1231-4, du code du travail, rend sans effet la signature d'un contrat à durée déterminée alors que le contrat à durée indéterminée est toujours en cours d'exécution.

Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui, ayant constaté que le contrat à durée indéterminée d'un salarié n'avait pas été rompu, en a exactement déduit que les parties étaient demeurées liées par ce contrat, alors même qu'un nouveau contrat de travail à durée déterminée avait été conclu entre elles en cours d'exécution du contrat à durée indéterminée initial.

Soc. - 25 mars 2009.

REJET

N° 06-46.330. - CA Nîmes, 25 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Bouvier, Rap. - M. Allix, Av. Gén. -
M^e Blanc, SCP Delvolvé, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de
jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 497,
p. 448-449.*

N° **II29**

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Reclassement. - Obligation
de l'employeur. - Etendue.

Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne pouvant
être prononcé que si son reclassement dans l'entreprise, ou
dans le groupe auquel elle appartient, est impossible, seuls
les emplois salariés doivent être proposés dans le cadre du
reclassement.

Viola dès lors les articles L. 1235-1 et L. 1233-4 du code
du travail l'arrêt qui retient que l'employeur manque à son
obligation de reclassement en ne proposant pas au salarié un
des postes de commerciaux qu'il avait l'intention de créer pour
assurer la prospection et la commercialisation de ses produits,
sans constater que les agents commerciaux occupaient des
emplois salariés au service de l'entreprise.

Soc. - 31 mars 2009.

CASSATION

N° 07-44.480. - CA Nîmes, 25 juillet 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Bobin-Bertrand, Rap. - M. Deby, Av.
Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, M^e Copper-Royer,
Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue
de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire
n° 509, p. 457-458. Voir également le Recueil Dalloz, n° 17,
30 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1146-1147, note
S. Maillard (« Obligation de reclassement : périmètre limité aux
emplois salariés »).*

N° **II30**

Contrats et obligations conventionnelles

Exécution. - Exécution non conforme aux stipulations
contractuelles. - Option du créancier. - Modification. -
Possibilité. - Conditions. - Détermination.

Le contractant victime d'une inexécution a la faculté de modifier
son option entre poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa
résolution, tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale
par une décision passée en force de chose jugée.

Il s'ensuit que viole l'article 1184, alinéa 2, du code civil la cour
d'appel qui retient que le fait, pour un acquéreur, d'avoir assigné
les vendeurs en restitution de l'acompte versé à la signature de
la promesse et en paiement de dommages-intérêts équivaut
à une renonciation à son acquisition, alors que celui-ci s'est
désisté de cette demande avant d'assigner les vendeurs en
réalisation forcée de la vente.

3^e Civ. - 25 mars 2009.

CASSATION

N° 08-11.326. - CA Poitiers, 21 novembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Nési, Rap. - M. Cuiinat, Av. Gén. -
SCP Capron, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Vincent et
Ohl, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue
Lamy droit civil, n° 60, mai 2009, Actualités, n° 3411, p. 13
(« Exécution forcée du contrat ou dommages-intérêts : la
victime peut changer de stratégie en cours de procédure »).*

N° **II31**

Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Cadre
de la représentation. - Unité économique et sociale. -
Composition et périmètre. - Modification. - Modalités. -
Détermination. - Portée.

Il se déduit de l'article L. 2322-4 du code du travail qu'il
appartient aux parties de définir lors de chaque scrutin la
composition et le périmètre de l'unité économique et sociale.

Doit donc être cassé le jugement du tribunal d'instance qui
rejette la demande d'annulation des élections au comité
d'entreprise d'une unité économique et sociale dont il était
allégué que le périmètre avait changé depuis les dernières
élections, alors que cette modification n'avait fait l'objet ni d'un
protocole préélectoral unanime, ni d'une décision de justice
préalablement à ces élections.

Soc. - 31 mars 2009.

CASSATION

N° 08-60.494. - TI Marseille, 24 juillet 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. -
M^e Spinosi, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue
La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 22,
28 mai 2009, Panorama, n° 1559, p. 41. Voir également la
Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire
n° 559, p. 488-489.*

N° **II32**

Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Comité
de groupe. - Membres. - Représentants du personnel. -
Désignation. - Modalités. - Détermination. - Portée.

En application de l'article L. 2333-2 du code du travail, les
représentants du personnel au comité d'entreprise de groupe
sont désignés par les organisations syndicales représentatives,
parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de
l'ensemble des sociétés du groupe.

Il en résulte qu'un syndicat ne peut désigner au comité de
groupe qu'un représentant du personnel ayant été élu sur sa
propre liste.

Soc. - 31 mars 2009.

REJET

N° 08-60.482. - TI Paris 9, 27 juin 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Cavarroc,
Av. Gén. - M^e Spinosi, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue
La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 22,
28 mai 2009, Panorama, n° 1560, p. 41-42. Voir également la
Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire
n° 550, p. 480.*

N° **II33**

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Organes. - Représentant des salariés. - Attributions. -
Exclusion. - Pouvoir général de représentation de chaque
membre du personnel. - Portée.

Une transaction, fût-elle homologuée, n'a d'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties ou de ceux qu'elle représentait lors de sa conclusion.

Le représentant des salariés, auquel ses fonctions ne confèrent pas un pouvoir général de représentation de chaque membre du personnel, n'a pas mandat spécial de chaque salarié pour conclure en son nom une transaction.

Soc. - 31 mars 2009.

CASSATION

N° 06-46.378. - CA Paris, 24 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Divialle, Rap. - M. Deby, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Monod et Colin, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 532, p. 471-472. Voir également le Recueil Dalloz, n° 17, 30 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1146, note B. Ines (« Transaction homologuée par le représentant des salariés »).

N° **II34**

État

Responsabilité. - Fonctionnement défectueux du service de la justice. - Activité juridictionnelle. - Conditions. - Faute lourde ou déni de justice. - Définition.

Lorsque des procédures pénales (arrêt n° 1, pourvoi n° 07-17.575) ou une procédure pénale et une procédure civile (arrêt n° 2, pourvoi n° 07-17.576) qui se sont succédé ont le même objet, elles doivent être considérées dans leur ensemble pour apprécier le caractère raisonnable des délais observés par les juridictions judiciaires.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.

REJET

Arrêt n° 1 :

N° 07-17.575. - CA Lyon, 24 mai 2007.

M. Bargue, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Foussard, Av.

Arrêt n° 2 :

N° 07-17.576. - CA Lyon, 24 mai 2007.

M. Bargue, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 5, mai 2009, commentaire n° 152, p. 23-24, note Natalie Fricero (« Appréciation globale du délai en cas de procédures ayant le même objet »).

N° **II35**

Étranger

Entrée en France. - Maintien en zone d'attente. - Zone d'attente. - Autorités de contrôle. - Détermination. - Portée.

La zone d'attente d'un aéroport se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national.

A méconnu les articles L. 221-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le premier président qui, pour ordonner la prolongation du maintien en zone d'attente d'un mineur de nationalité étrangère, a retenu que celui-ci ne pouvait faire l'objet d'une mesure de protection en application des dispositions de l'article 375 du code civil, une telle mesure ne pouvant être mise en œuvre que sur le territoire national.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-14.125. - CA Paris, 21 février 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 5, mai 2009, commentaire n° 166, p. 33, note Hervé Croze (« Contentieux familial : protection du mineur »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 5, mai 2009, Jurisprudence, p. 225, note Inès Gallmeister (« Le mineur placé en zone d'attente d'un aéroport peut bénéficier d'une mesure de protection prise en application de l'article 375 du code civil »).

N° **II36**

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Fin de la rétention. - Demande de l'étranger. - Recevabilité. - Moment. - Détermination.

En application de la loi des 16-24 août 1790, un étranger n'est recevable à demander au juge judiciaire qu'il soit mis fin à sa rétention qu'après que la prolongation de celle-ci a été ordonnée.

Excède ses pouvoirs le juge des libertés et de la détention qui accueille la demande d'un étranger maintenu en rétention administrative tendant à ce que, avant toute prolongation de cette mesure, il y soit mis fin.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-13.496. - TGI Angers, 7 février 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Odent, Av.

N° **II37**

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Procédure. - Nullité. - Cas. - Nullité de la procédure judiciaire préalable. - Exclusion. - Applications diverses. - Contrôle d'identité dans la zone frontalière terrestre de 20 kilomètres entre la France et les Etats parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

A ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas et violé l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale le premier président qui a subordonné la régularité du contrôle d'identité dans la zone frontalière terrestre de 20 kilomètres entre la France et les Etats parties à la Convention signée à Schengen à la justification par l'autorité administrative de circonstances particulières tenant au comportement de l'intéressé.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-11.587. - CA Douai, 8 décembre 2007.

M. Bargue, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Odent, SCP Le Bret-Desaché, Av.

N° **II38**

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Prolongation

de la rétention. - Ordonnance du juge des libertés et de la détention. - Assignation à résidence. - Obligations de l'étranger assigné à résidence. - Obligation de se présenter quotidiennement aux services de police ou aux unités de gendarmerie territorialement compétents.

Il résulte de l'article L. 552-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile que l'étranger assigné à résidence doit se présenter quotidiennement aux services de police ou aux unités de gendarmerie territorialement compétents au regard du lieu d'assignation, en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement.

Violé ce texte le premier président qui oblige l'étranger assigné à résidence à ne se présenter qu'une fois par semaine aux services de police compétents.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-12.968. - CA Paris, 23 janvier 2008.

M. Bague, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Boutet, Av.

N° **II39**

Expert-comptable et comptable agréé

Responsabilité. - Obligation de conseil. - Etendue.

L'expert-comptable qui a reçu la mission de rédiger les bulletins de paie et les déclarations sociales pour le compte de son client a, compte tenu des informations qu'il doit recueillir sur le contrat de travail pour établir ces documents, une obligation de conseil afférente à la conformité de ce contrat aux dispositions légales et réglementaires.

Com. - 17 mars 2009.

CASSATION

N° 07-20.667. - CA Grenoble, 19 septembre 2007.

Mme Favre, Pt. - M. Pietton, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 18, 7 mai 2009, Chronique de la Cour de cassation - chambre commerciale, n° 6, p. 1244, note Renaud Salomon (« Expert-comptable : une responsabilité étendue pour manquement à son obligation de conseil ») et n° 14, 9 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 945-946, note Xavier Delpech (« Devoir de conseil de l'expert-comptable »).

N° **II40**

Fonctionnaires et agents publics

Fonction publique d'Etat. - Détachement. - Effets. - Soumission aux règles applicables à la fonction exercée en détachement. - Exclusion. - Cas. - Versement d'une indemnité de licenciement ou de fin de carrière.

Selon l'article 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant statut général des fonctionnaires d'Etat, le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant les fonctions qu'il exerce par l'effet de son détachement, à l'exception des dispositions des articles L. 122-3-5, L. 122-3-8 et L. 122-9, devenus L. 1243-6, L. 1243-1 et L. 1234-9, du code du travail, et de toute disposition législative, réglementaire ou conventionnelle prévoyant le versement d'indemnités de licenciement ou de fin de carrière.

Il s'ensuit que ce texte interdit le versement au fonctionnaire d'Etat détaché auprès d'une collectivité territoriale de la Nouvelle-Calédonie, dont la rupture du contrat de travail a été jugée abusive, de toute indemnité de licenciement.

Soc. - 31 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-40.137. - CA Nouméa, 10 octobre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Deby, Av. Gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° **II41**

Impôts et taxes

Impôt de solidarité sur la fortune. - Assiette. - Titres confiés à un trust.

Ayant retenu qu'un acte de trust prévoyait que, du vivant du constituant, les *trustees* devraient détenir les biens dans le trust à son bénéfice et lui payer les revenus en provenant ainsi que tout montant du principal, sans limitation, qu'il pourrait demander à tout moment, et que le constituant pouvait à tout moment révoquer la convention et rentrer en possession des biens confiés ou exiger que tout ou partie du portefeuille soit liquidé pour en percevoir le prix, ou même que les titres lui soient remis, une cour d'appel a pu déduire de ces constatations et appréciations souveraines que le constituant et bénéficiaire viager de ce trust avait le droit de jouir et de disposer des titres confiés, et qu'ils devaient être inclus dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune.

Com. - 31 mars 2009.

REJET

N° 07-20.219. - CA Pau, 26 juin 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Farhouat-Danon, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 22, 28 mai 2009, Panorama, n° 1566, p. 52. Voir également la Revue de droit fiscal, n° 16, 16 avril 2009, Actualités, n° 117, p. 5, et n° 24, 11 juin 2009, n° 365, p. 23 à 26, note Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall (« Biens détenus dans un trust : inclusion dans l'assiette de l'ISF si le constituant peut être considéré comme ayant un droit de jouissance et de disposition »), le Recueil Dalloz, n° 16, 23 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1089, note X. Delpech (« Transfert de propriété en matière de trust »), et la revue Droit des sociétés, n° 6, juin 2009, commentaire n° 130, p. 42-43, note Jean-Luc Pierre (« Assujettissement à l'ISF du constituant et bénéficiaire d'un trust »).

N° **II42**

Instruction

Désignation du juge d'instruction. - Juge d'instruction empêché. - Remplacement. - Remplacement par le président du tribunal de grande instance. - Condition.

Il se déduit de l'application combinée des articles 84, alinéas 3 et 4, et 50 du code de procédure pénale que le président du tribunal de grande instance n'est compétent pour accomplir un acte d'instruction utile ou rendre une ordonnance, lorsque le juge d'instruction saisi du dossier est empêché, que si, d'une part, il n'a pu désigner un autre juge d'instruction pour le remplacer, si, d'autre part, un autre juge n'a pas été désigné en application des dispositions de l'article 50 et si, enfin, l'urgence et l'impossibilité de réunir l'assemblée générale des magistrats du tribunal ont été constatées.

Ne justifie pas sa décision et encourt la censure en application de ces textes la chambre de l'instruction saisie de l'appel d'une ordonnance de mise en accusation rendue par le président du tribunal en l'absence du juge d'instruction empêché qui,

sans rechercher si les conditions précitées étaient réunies, écarte l'exception de nullité soulevée par le mis en examen en énonçant que le président s'est lui-même désigné et que cette désignation constitue, aux termes de l'article 83, dernier alinéa, dudit code, un acte d'administration.

Crim. - 18 mars 2009.

CASSATION

N° 08-88.486. - CA Pau, 5 décembre 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Pometan, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Carbonnier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 17, 30 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1144-1145, note C. Girault (« Compétence en cas d'empêchement du juge d'instruction »).

N° **II43**

Juge de l'exécution

Procédure. - Saisine. - Saisine comme juridiction de renvoi pour compétence. - Effets. - Obligation de statuer.

Un juge de l'exécution saisi, en application de l'article 96, alinéa 2, du code de procédure civile, comme juridiction de renvoi pour se prononcer sur un litige est tenu de statuer.

2^e Civ. - 19 mars 2009.

CASSATION

N° 08-12.814. - CA Rennes, 19 octobre 2006.

M. Gillet, Pt. - M. Alt, Rap. - SCP Delvolvé, SCP Vincent et Ohl, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 5, mai 2009, commentaire n° 148, p. 20, note Roger Perrot (« Juge saisi comme juridiction de renvoi »).

N° **II44**

Juridictions correctionnelles

Saisine. - Ordonnance de renvoi. - Faits qualifiés délit constituant un crime. - Article 469, alinéa 4, du code de procédure pénale. - Portée.

L'article 469, alinéa 4, du code de procédure pénale prévoit que, lorsqu'elle est saisie par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction d'une infraction non intentionnelle, la juridiction correctionnelle conserve la possibilité de se déclarer incompétente et de renvoyer le ministère public à mieux se pourvoir, s'il apparaît que les faits sont de nature à entraîner une peine criminelle parce qu'ils ont été commis de façon intentionnelle.

Méconnaît ce texte la cour d'appel qui, après avoir constaté que le décès de la victime est la conséquence des violences commises par le prévenu, énonce qu'elle est tenue de statuer en l'état de la qualification d'homicide involontaire retenue par l'ordonnance de renvoi.

Crim. - 24 mars 2009.

CASSATION

N° 08-84.849. - CA Montpellier, 13 mai 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Palisse, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 18, 7 mai 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1207-1208, note M. Léna (« Correctionnalisation judiciaire : revendication du caractère volontaire de l'homicide par l'auteur »).

N° **II45**

Juridictions de l'application des peines

Cour d'appel. - Chambre de l'application des peines. - Appel des jugements du tribunal d'application des peines concernant la libération conditionnelle. - Composition de la juridiction. - Détermination. - Portée.

Encourt la censure l'arrêt d'une chambre de l'application des peines rejetant une demande de libération conditionnelle et dont il résulte des mentions que la juridiction était composée de trois magistrats, en violation des dispositions de l'article 712-13, alinéa 2, du code de procédure pénale.

Crim. - 18 mars 2009.

CASSATION

N° 08-85.870. - CA Bordeaux, 2 juillet 2008.

Mme Ponroy, Pt (f.f.). - Mme Koering-Joulin, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **II46**

Marque de fabrique

Perte du droit sur la marque. - Action en déchéance. - Applications diverses. - Emploi du signe comme désignation usuelle du produit. - Produits ou services visés à l'enregistrement. - Détermination.

Prive sa décision de base légale au regard de l'article L. 714-6 du code de la propriété intellectuelle la cour d'appel qui prononce la déchéance des droits du propriétaire d'une marque sans préciser les produits et services visés à l'enregistrement dont la dénomination protégée serait devenue la désignation usuelle.

Com. - 17 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-10.668. - CA Paris, 31 octobre 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Pezard, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Thomas-Raquin et Bénabent, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 15, 16 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1018-1019, note J. Daleau (« Dégénérescence d'une marque entrée dans le langage courant »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/09, juin 2009, n° 580, p. 540-541.

N° **II47**

Officiers publics ou ministériels

Notaire. - Responsabilité. - Dommage. - Réparation. - Etendue. - Limites. - Applications diverses. - Partage successoral. - Restitution de sommes indûment perçues par des collatéraux à un héritier réservataire. - Absence de caractère indemnitaire. - Portée.

Les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit.

Par suite, encourt la cassation l'arrêt qui, après avoir condamné des collatéraux à restituer à l'héritier réservataire les sommes qu'ils avaient indûment perçues à l'issue d'un partage successoral, condamne le notaire ayant commis une faute dans le règlement de la succession à payer à cet héritier des dommages-intérêts d'un montant égal à celui de l'actif successoral, diminué des droits de succession, puisque cette somme comprend une partie de l'actif successoral devant faire l'objet d'une restitution et qu'une telle restitution ne constitue

pas en elle-même un préjudice indemnisable, le notaire pouvant seulement être condamné à la garantir à la mesure de l'insolvabilité des collatéraux tenus à restitution.

1^{re} Civ. - 25 mars 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 07-20.774. - CA Nancy, 25 septembre 2007.

M. Bague, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Bachellier et Potier de la Varde, M^e Haas, M^e Hémerly, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 61, juin 2009, Actualités, n° 3459, p. 22 (« De la bonne sanction de la faute du notaire dans le règlement de la succession »), et n° 3478, p. 51-52 (« Le notaire avait omis l'existence d'un héritier »).

N° **II48**

Prescription acquisitive

Conditions. - Possession. - Caractères. - Caractérisation. - Portée.

En présence d'une possession exercée sur divers objets mobiliers pendant plus de trente ans, revêtant les caractères exigés par l'article 2229 du code civil, la cour d'appel en a exactement déduit que la prescription acquisitive édictée par les dispositions de l'article 2262 du code civil pouvait être opposée à la partie adverse.

1^{re} Civ. - 19 mars 2009.
REJET

N° 07-12.290. - CA Aix-en-Provence, 26 octobre 2006.

M. Bague, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Piwnica et Molinié, M^e Blondel, Av.

N° **II49**

Presse

Diffamation. - Diffamation envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. - Personne ou groupe de personnes protégés. - Exclusion. - Cas.

Justifie sa décision, au regard des articles 5 de la loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, et 32, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 la cour d'appel qui déboute les parties civiles de leurs demandes dans une procédure suivie contre l'auteur d'une pièce de théâtre, le metteur en scène et l'éditeur de cette pièce comportant, selon les plaignants, l'imputation ou l'allégation de faits de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération des harkis ou de leurs descendants, dès lors que ceux-ci ne constituent pas un groupe de personnes entrant dans l'une des catégories limitativement énumérées par l'article 32, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 et que, d'autre part, l'interdiction de toute diffamation envers les harkis posée par l'article 5 de la loi du 23 février 2005 n'est assortie d'aucune sanction pénale.

Crim. - 31 mars 2009.
REJET

N° 07-86.892. - CA Paris, 12 septembre 2007.

M. Pelletier, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Copper-Royer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 17, 30 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1143-

1144, note S. Lavric (« Propos injurieux envers les harkis : loi applicable »). Voir également la revue Droit pénal, n° 6, juin 2009, commentaire n° 77, p. 25-26, note Michel Véron (« Diffamation ou injure à l'encontre des harkis »).

N° **II50**

Presse

Injures. - Injures publiques. - Injures envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. - Personnes et corps protégés. - Exclusion. - Cas.

Justifie sa décision la cour d'appel qui relaxe un prévenu poursuivi du chef d'injures raciales à l'égard de membres de la communauté harkie, sur le fondement de l'article 33, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 et de l'article 5 de la loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, dès lors que, d'une part, les propos dénoncés ne visent pas un groupe de personnes entrant dans l'une des catégories limitativement énumérées par l'article 33, alinéa 3, de la loi sur la liberté de la presse, et que, d'autre part, l'interdiction de toute injure envers les harkis posée par l'article 5 précité de la loi du 23 février 2005 n'est assortie d'aucune sanction pénale.

Crim. - 31 mars 2009.
REJET

N° 07-88.021. - CA Montpellier, 13 septembre 2007.

M. Pelletier, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 17, 30 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1143-1144, note S. Lavric (« Propos injurieux envers les harkis : loi applicable »). Voir également la revue Droit pénal, n° 6, juin 2009, commentaire n° 77, p. 25-26, note Michel Véron (« Diffamation ou injure à l'encontre des harkis »).

N° **II51**

1^o Presse

Procédure. - Instruction. - Constitution de partie civile initiale. - Plainte avec constitution de partie civile ne répondant pas aux exigences de la loi du 29 juillet 1881. - Combinaison des mentions de la plainte et de celles du réquisitoire introductif. - Recevabilité des poursuites. - Conditions.

2^o Presse

Diffamation. - Personnes et corps protégés. - Citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public. - Faits liés à la fonction ou la qualité. - Constatations nécessaires.

1^o Le réquisitoire introductif peut pallier l'insuffisance d'une plainte avec constitution de partie civile qui a omis de viser le texte répressif, dès lors qu'il est lui-même conforme aux prescriptions de l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881 et qu'il intervient dans le délai de la prescription que la plainte irrégulière n'a pas interrompu.

2^o L'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 ne réprime les diffamations dirigées contre une personne revêtue de la qualité qu'il énonce que lorsque ces diffamations, qui doivent s'apprécier non d'après le mobile les ayant inspirées ou le but recherché par leur auteur, mais selon la nature du fait sur lequel elles portent, contiennent des critiques d'actes de la fonction ou d'abus de la fonction, ou encore lorsqu'elles établissent que la qualité ou la fonction de la personne visée a été soit le moyen d'accomplir le fait imputé, soit son support nécessaire.

L'erreur dans la qualification de la personne diffamée affecte la régularité de la poursuite et la juridiction saisie doit relaxer les prévenus, après avoir constaté l'irrecevabilité de celle-ci.

Crim. - 17 mars 2009.
CASSATION SANS RENVOI

N° 08-86.659. - CA Besançon, 16 juillet 2008.

M. Joly, Pt (f.f.). - M. Straehli, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 5, mai 2009, Jurisprudence, p. 225-226, note Guillaume Royer (« La diffamation envers un citoyen chargé d'un mandat public suppose la critique d'un acte relevant de sa fonction »).

N° **1152**

Prêt

Prêt d'argent. - Intérêts conventionnels. - Calcul. - Stipulation d'une base de trois cent soixante jours. - Validité.

Si le taux effectif global (TEG) doit être calculé sur la base de l'année civile, rien n'interdit aux parties à un prêt de convenir d'un taux d'intérêt conventionnel calculé sur une autre base.

Dès lors, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant relevé qu'il était expressément mentionné dans l'acte de prêt que les intérêts conventionnels seraient calculés sur la base de 360 jours, retient que ces modalités, qui ont été librement convenues entre les parties, ne peuvent être remises en cause.

Com. - 24 mars 2009.
REJET

N° 08-12.530. - CA Rouen, 6 décembre 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Guillou, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 38, mai 2009, Actualités, n° 2302, p. 39 (« Possibilité de prévoir contractuellement le calcul de l'intérêt conventionnel sur une base de 360 jours »), et n° 2313, p. 53 (« Calcul du taux d'intérêt conventionnel »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 15, 16 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1016, note Valérie Avena-Robardet (« Taux d'intérêt : le diviseur "360" jours peut être contractuellement prévu »).

N° **1153**

Preuve

Preuve testimoniale. - Admissibilité. - Article 1341 du code civil. - Interdiction de prouver outre et contre le contenu aux actes. - Portée.

En vertu de l'article 1341 du code civil, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Dès lors, il incombe à celui qui conteste la véracité des bordereaux délivrés en contrepartie des sommes versées d'établir par écrit leur fausseté, sauf fraude.

1^{re} Civ. - 19 mars 2009.
CASSATION

N° 08-15.251. - CA Chambéry, 11 mars 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Garban, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M^e Odent, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/09, juin 2009, n° 590, p. 551-552.

N° **1154**

1^o Procédure civile

Acte de procédure. - Nullité. - Vice de forme. - Définition. - Personne morale. - Organe la représentant légalement. - Désignation. - Défaut.

2^o Représentation des salariés

Délégué syndical. - Désignation. - Contestation. - Action en contestation. - Demandeur. - Personne morale. - Mandataire. - Pouvoir spécial. - Défaut. - Régularisation. - Moment. - Détermination.

1^o Le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure ne constitue qu'un vice de forme, et la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour la partie qui l'invoque de prouver l'existence d'un grief.

2^o Viole l'article 121 du code de procédure civile et les articles L. 2327-8 et R. 2327-6 du code du travail le tribunal d'instance qui, pour déclarer irrecevable la demande d'annulation de la désignation d'un délégué syndical, présentée par une société et le directeur d'un de ses établissements, et valider la désignation de ce délégué, énonce que l'irrégularité de fond affectant l'acte n'a pas été régularisée dans les quinze jours suivant cette désignation, le pouvoir délivré par le président-directeur général au directeur n'ayant été produit qu'à l'audience, alors qu'il n'était tenu que de vérifier que le pouvoir de représenter la personne morale avait bien été donné avant l'expiration de ce délai.

Soc. - 31 mars 2009.
CASSATION PARTIELLEMENT SANS RENVOI

N° 08-60.517. - TI Nantes, 8 octobre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 548, p. 479-480.

N° **1155**

1^o Procédures civiles d'exécution

Mesures d'exécution forcée. - Saisie-attribution. - Tiers saisi. - Obligation de renseignement. - Condamnation à verser des dommages-intérêts au créancier saisissant pour manquement à son obligation de renseignement. - Application. - Conditions. - Exclusion. - Efficacité de la saisie.

2^o Procédures civiles d'exécution

Mesures d'exécution forcée. - Saisie-attribution. - Tiers saisi. - Obligation de renseignement. - Etendue de ses obligations à l'égard du saisi. - Déclaration inexacte ou mensongère. - Sanction.

1^o L'efficacité de la saisie n'est pas une condition d'application de l'alinéa 2 de l'article 60 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

Dès lors, un tiers saisi, même s'il n'est redevable d'aucune somme envers le débiteur saisi, peut être condamné au versement de dommages-intérêts pour manquement à son obligation de renseignement.

N° 1158

2° Justifie légalement sa décision de condamner le tiers saisi à payer des dommages-intérêts, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 60 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, la cour d'appel qui retient que le tiers saisi a donné à l'huissier de justice une réponse inexacte, dont est résulté un préjudice.

2° Civ. - 19 mars 2009.
REJET

N° 08-11.303. - CA Lyon, 29 novembre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Moussa, Rap. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Foussard, Av.

N° 1156

Protection des consommateurs

Surendettement. - Dispositions communes. - Mesures de remise, rééchelonnement ou effacement d'une dette. - Exclusion. - Dettes alimentaires. - Caractérisation. - Défaut. - Applications diverses.

Au sens de l'article L. 333-1 du code de la consommation, ne constituent pas des dettes alimentaires du débiteur surendetté les dettes à l'égard d'une maison de retraite.

2° Civ. - 19 mars 2009.
CASSATION

N° 07-20.315. - CA Montpellier, 27 novembre 2006.

M. Gillet, Pt. - M. Grellier, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 14, 9 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 945, note I. Tchotourian (« Surendettement : frais de maison de retraite »).

N° 1157

Renvoi d'un tribunal à un autre

Intérêt d'une bonne administration de la justice (article 663 du code de procédure pénale). - Dessaisissement. - Requête du ministère public. - Nécessité. - Portée.

L'article 663 du code de procédure pénale réserve au seul ministère public l'initiative de la mise en œuvre de la procédure de dessaisissement entre juges d'instruction.

Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction qui énonce notamment que, si l'article 663 du code susvisé a pour objet d'autoriser, de manière exceptionnelle, le ministère public à requérir le dessaisissement d'un juge d'instruction, cette disposition n'exclut pas que le juge d'instruction puisse prendre l'initiative de ce dessaisissement ou y procède malgré des réquisitions contraires.

Crim. - 31 mars 2009.
CASSATION SANS RENVOI

N° 08-88.226. - CA Versailles, 12 novembre 2008.

M. Joly, Pt (f.f.). - M. Finidori, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 19, 14 mai 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1280-1281, note M. Léna (« Dessaisissement du juge d'instruction pour faits connexes : initiative réservée au ministère public »). Voir également la revue Droit pénal, n° 6, juin 2009, commentaire n° 87, p. 38-39, note Albert Maron et Marion Haas (« Un procureur qui n'a pas envie d'être mis au placard »).

Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'Etat. - Heures prises en dehors du temps de travail. - Paiement. - Charge. - Détermination.

Le paiement des heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'Etat prises en dehors de leur temps de travail incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui retient que l'enseignant intégré de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail au sein de laquelle il exerce ses fonctions relève des dispositions de l'article L. 2143-1 du code du travail et doit disposer à ce titre, avant comme après la promulgation de la loi n° 2004-5 du 5 janvier 2005 qui a modifié l'article L. 442-5 du code de l'éducation, du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions syndicales, et qui, relevant que ces heures étaient accomplies en dehors du temps de travail, en déduit exactement qu'elles devaient être payées par l'établissement d'enseignement privé.

Soc. - 31 mars 2009.
REJET

N° 08-40.408. - CA Paris, 20 novembre 2007.

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

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 578, p. 503-504.

N° 1159

Saisie immobilière

Adjudication. - Immeuble. - Délivrance. - Obligation du vendeur. - Manquement. - Applications diverses. - Vendeur exploitant le fonds de commerce.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui constate que, par le seul effet de l'adjudication, l'exploitant d'un fonds de commerce, qui n'était pas locataire mais propriétaire de l'immeuble où était implanté ce fonds, était dépourvu de titre lui permettant de poursuivre son exploitation et de justifier de son maintien dans les locaux acquis par l'adjudicataire, qui n'était pas tenu de lui consentir un bail commercial.

Com. - 31 mars 2009.
REJET

N° 08-14.180. - CA Aix-en-Provence, 8 février 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Laporte, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 38, mai 2009, Actualités, n° 2283, p. 25 (« Conséquences de l'adjudication d'un immeuble sur le fonds qui y est exploité »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 17, 30 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1139, note E. Chevrier (« Propriété d'un fonds de commerce après adjudication de l'immeuble »).

N° 1160

Sécurité sociale, accident du travail

Faute inexcusable de l'employeur. - Contrat d'assurance. - Loi du 27 janvier 1987. - Application dans le temps. - Condition.

Ayant été assignée en réparation par plusieurs anciens salariés invoquant sa responsabilité civile au titre d'une faute inexcusable ayant causé leur maladie professionnelle due à l'exposition à l'amiante, une société a procédé à des déclarations de sinistres auprès de son assureur, qui lui a opposé un refus de garantie au motif que l'exposition éventuelle à l'amiante de ces salariés remontait à une période antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 33-II de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987, devenu l'article L. 452-4 du code de la sécurité sociale, qui autorise les employeurs à s'assurer pour les conséquences de leurs fautes inexcusables.

La cour d'appel a retenu que les polices souscrites en 1993 et 2001 fonctionnaient en base « réclamation » et qu'elles stipulaient qu'étaient couvertes toutes réclamations, quelle que soit la date de commission du fait générateur, et même si ce fait était antérieur à la souscription.

Ayant constaté que, dans les contrats litigieux souscrits postérieurement au 28 janvier 1987, date d'entrée en vigueur de cette loi, la société et les coassureurs avaient convenu de déroger au principe de non-rétroactivité de ladite loi en étendant la garantie du risque constitué par les conséquences financières de toute réclamation indemnitaire des salariés fondée sur la responsabilité de l'employeur pour faute inexcusable, la cour d'appel en a exactement déduit que cette garantie était applicable aux indemnités mises à la charge de la société reconnue responsable d'une faute inexcusable à l'égard de ces salariés, dont les demandes d'indemnisation avaient été déposées après le 28 janvier 1987 et pendant la durée de validité de ces contrats.

2^e Civ. - 19 mars 2009.

REJET

N° 07-19.506 et 07-19.559. - CA Paris, 3 juillet 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Bizot, Rap. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Responsabilité civile et assurances, n° 5, mai 2009, étude n° 7, p. 7 à 9, par Hubert Groutel (« L'assurance de la faute inexcusable de l'employeur entre nullité et validité »).

N° 1161

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Impôts et taxes. - Contributions indirectes. - Applications diverses. - Redevance perçue par une commune sur les passagers des navires empruntant un port.

Il résulte de la décision du Tribunal des conflits du 27 novembre 2008 que la redevance sur les passagers des navires débarquant dans le port de Gustavia, instituée par la délibération du conseil municipal de la commune de Saint-Barthélemy du 29 octobre 1998, présente le caractère d'une contribution indirecte puisqu'elle est assise sur des opérations déterminées, constituées par les embarquements, débarquements et transits des passagers des navires empruntant ce port, de sorte que l'action en restitution des sommes indûment versées à ce titre, qui a été engagée à la suite de l'annulation par le juge administratif de la délibération l'ayant instituée, relève de la compétence du juge judiciaire.

Dès lors, encourt la cassation un arrêt d'une cour d'appel qui, ayant retenu que le prélèvement litigieux constituait une imposition directe, recouvrée par la commune, et concernait une prestation de service dans le cadre d'une concession dévolue par le département, en a déduit que les créances en découlant étaient de nature administrative et échappaient par conséquent à la compétence du juge judiciaire.

Com. - 17 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 06-10.423. - CA Basse-Terre, 23 août 2005

Mme Favre, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - Mme Bonhomme, Av. gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

N° 1162

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Agences de voyage. - Convention nationale de travail du personnel des agences de voyage et du tourisme du 12 mars 1993. - Champ d'application. - Salariés sédentaires. - Caractérisation. - Examen des conditions effectives de travail.

La convention collective des agences de voyage et de tourisme n'est applicable qu'aux salariés sédentaires qui travaillent de façon permanente en agence et qui peuvent, le cas échéant, être temporairement détachés pour exercer la fonction de guide accompagnateur ou accompagnateur.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui, se fondant sur l'examen des conditions effectives de travail des salariés concernés, rejette leur demande de bénéficier des stipulations de cette convention collective plutôt que de celles de la convention collective des guides accompagnateurs, en relevant qu'il n'est pas démontré que leur situation corresponde à celle visée par la convention collective des agences de voyage et de tourisme.

Soc. - 25 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-41.229. - CA Versailles, 15 janvier 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 561, p. 491-492.

N° 1163

Statuts professionnels particuliers

Gérant de succursale. - Application du code du travail. - Dispositions relatives aux conventions et accords collectifs de travail. - Bénéfice. - Portée.

Les travailleurs visés à l'article L. 781-1, devenu L. 7321-1 et L. 7321-3, du code du travail, bénéficient des dispositions de ce code, et notamment de celles du titre V, livre II, relatif aux conventions collectives ; par suite, ils bénéficient de la convention collective à laquelle est soumis le chef d'entreprise qui les emploie.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui décide que les dispositions d'une convention collective applicable au chef d'entreprise ne s'appliquent pas à un gérant régi par les articles susvisés.

Soc. - 25 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-41.242. - CA Nîmes, 10 janvier 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Texier, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 585, p. 509-510.

N° **1164**

Transports maritimes

Marchandises. - Acconier. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Dépotage d'un conteneur transporté par voie maritime. - Portée.

Le dépotage d'un conteneur transporté par voie maritime, n'étant pas une opération qui réalise le débarquement de la marchandise ni une opération de reprise sous hangar et sur terre-plein qui en serait la suite nécessaire, n'est pas une opération de manutention maritime soumise aux dispositions des articles 50 et suivants de la loi du 18 juin 1966, peu important que la vérification de l'état de la marchandise transportée ait été effectuée à cette occasion.

Com. - 24 mars 2009.

REJET

N° 08-11.589. - CA Lyon, 29 novembre 2007.

Mme Favre, Pt. - M. Potocki, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° **1165**

Travail réglementation, durée du travail

Repos et congés. - Congés payés. - Droit au congé. - Exercice. - Report. - Condition.

Eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail ou, en cas de rupture, être indemnisés au titre de l'article L. 223-14, devenu L. 3141-26, du code du travail.

Soc. - 25 mars 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-43.767. - CA Aix-en-Provence, 12 juin 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Chollet, Rap. - M. Deby, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 519, p. 464-465. Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 24, 11 juin 2009, Jurisprudence, n° 1609, p. 44 à 46, note Stéphane Béal et Marie-Noëlle Rouspide-Katchadourian (« Inaptitude : périmètre du reclassement du salarié »).

N° **1166**

Travail réglementation, rémunération

Salaire. - Supplément familial de salaire. - Calcul. - Modalités de calculs prévus par la convention collective applicable. - Modification des dispositions conventionnelles. - Application aux contrats de travail en cours. - Effets.

Les modalités de calcul du sursalaire familial prévu par la convention collective des praticiens de la mutualité sociale agricole pour les médecins-conseils ayant des enfants à charge ne résulte pas du contrat de travail, mais de la convention elle-même.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui accorde un rappel de sursalaire à des médecins qui n'avaient pas de droit ouvert au bénéfice du sursalaire, au moment où les dispositions nouvelles de la convention collective modifiant son mode de calcul sont entrées en vigueur.

Soc. - 25 mars 2009.

CASSATION

N° 07-42.318 et 07-42.319. - CA Paris, 14 mars 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Texier, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 6, juin 2009, commentaire n° 563, p. 493.

N° **1167**

Vente

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

Prive sa décision de base légale au regard de l'article 1641 du code civil la cour d'appel qui prononce la résolution d'une vente de deux véhicules anciens sur le fondement des vices cachés, sans rechercher si, au vu des spécificités de la vente et de la nature de la chose vendue, qualifiée, selon ses constatations, par l'expert judiciaire, de « sans potentiel réel d'utilisation sauf rénovation complète », le vice dont elle relevait l'existence suffisait à rendre celle-ci impropre à l'usage auquel l'acquéreur pouvait sérieusement s'attendre.

1^{re} Civ. - 19 mars 2009.

CASSATION

N° 08-12.657. - CA Reims, 19 décembre 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Marais, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M^e Blondel, M^e Blanc, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/09, juin 2009, n° 530, p. 502-503.

N° **1168**

Vente

Pacte de préférence. - Violation. - Caractérisation. - Double connaissance du pacte et de l'intention de son titulaire. - Date d'appréciation. - Détermination. - Portée.

La connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de sa réitération par acte authentique.

3^e Civ. - 25 mars 2009.

CASSATION

N° 07-22.027. - CA Grenoble, 19 novembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - M. Jacques, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. -
M^e Blondel, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 60, mai 2009, Actualités, n° 3412, p. 13-14 (« Violation d'un pacte de préférence et appréciation de la bonne foi de l'acquéreur »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 15, 16 avril 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1019-1020, note G. Forest (« Pacte de préférence : date d'appréciation de la mauvaise foi du tiers acquéreur »).

N° *II69*

Vente

Promesse de vente. - Promesse unilatérale. - Option. -
Exercice. - Délai. - Absence. - Rétractation du promettant. -
Moment. - Effets. - Constatations nécessaires.

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 1101 et 1134 du code civil une cour d'appel qui ordonne la réalisation forcée d'une vente au profit de la société d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) au motif que, les vendeurs ayant retiré leur promesse unilatérale de vente sans mettre préalablement la bénéficiaire en demeure d'accepter ou de refuser la vente alors qu'aucun délai n'était prévu pour lever l'option, ce retrait était sans effet sur l'acceptation de la vente intervenue postérieurement, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le retrait de la promesse unilatérale n'avait pas été notifié à la SAFER avant que celle-ci ne déclare accepter cette promesse.

3^e Civ. - 25 mars 2009.

CASSATION

N° 08-12.237. - CA Colmar, 29 novembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Nési, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. -
SCP Roger et Sevaux, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 60, mai 2009, Actualités, n° 3409, p. 12 (« Toujours pas de réalisation forcée pour la promesse unilatérale rétractée »).

Cours et tribunaux

Les décisions des juges de première instance ou d'appel publiées dans le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* sont choisies en fonction de critères correspondant à l'interprétation de lois nouvelles ou à des cas d'espèce peu fréquents ou répondant à des problèmes d'actualité. Leur publication n'engage pas la doctrine des chambres de la Cour de cassation.

Dans toute la mesure du possible - lorsque la Cour s'est prononcée sur une question qui se rapproche de la décision publiée - des références correspondant à cette jurisprudence sont indiquées sous cette décision avec la mention « à rapprocher », « à comparer » ou « en sens contraire ».

Enfin, les décisions présentées ci-dessous seront, lorsque les circonstances le permettent, regroupées sous un même thème, visant à mettre en valeur l'état de la jurisprudence des juges du fond - ou d'une juridiction donnée - sur une problématique juridique précisément identifiée.

Jurisprudence des cours d'appel relative à la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

N° 1170

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Choses dont on a la garde (article 1384, alinéa premier, du code civil). - Garde. - Pouvoirs de contrôle, d'usage et de direction.

L'article 1384, alinéa premier, du code civil dispose que l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde. Il en résulte que la responsabilité du dommage causé par une chose est liée à l'usage qui est fait de la chose, ainsi qu'aux pouvoirs de direction et de contrôle exercés sur elle.

En l'espèce, il résulte d'attestations de trois clients de la société intimée que l'appelant jouait à se bousculer avec ses amis sur une banquette de la discothèque, lorsqu'il en est tombé, un verre à la main, et s'est entaillé la main en écrasant ce verre dans sa chute. En sa qualité de consommateur de la boisson qui lui avait été servie, l'appelant avait acquis l'usage, la direction et le contrôle du verre qui la contenait. La garde du verre lui ayant été ainsi transférée, il ne peut à présent tenir la société intimée pour responsable du dommage que lui a causé cet objet.

CA Agen (1^{er} ch. civile), 18 mars 2008. - RG n° 06/01745.

M. Imbert, Pt. - MM. Mornet et Lippmann, conseillers.

N° 1171

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Committant-préposé. - Action contre le préposé seul. - Conditions. - Subrogation dans les droits de la victime - Défaut.

En droit, le committant ne dispose d'aucune action récursoire à l'encontre de son salarié devant la juridiction de droit commun, dès lors qu'il ne peut se prévaloir d'une subrogation dans les droits de la victime, laquelle ne dispose d'aucune action contre le préposé qui agit dans les limites de la mission qui lui était impartie, hors le cas où le préjudice de la victime résulte d'une infraction pénale ou d'une faute intentionnelle.

Ainsi, le committant doit répondre seul du préjudice subi par un client et ne peut exercer de recours subrogatoire à l'encontre de son préposé, dès lors que, d'une part, le préposé, dans le cadre de poursuites pour abus de confiance, a été relaxé des fins de la poursuite par décision définitive, d'autre part, si le préposé a certes commis une faute, celle-ci ne peut être qualifiée

d'intentionnelle, dans la mesure où il n'est pas démontré qu'il a agi dans l'intention de nuire à son employeur ou à la victime, ou dans un but d'enrichissement personnel.

CA Besançon (2^e ch. civile), 7 mai 2008. - RG n° 07/00402.

M. Sanvido, Pt. - MM. Polanchet et Vignes, conseillers.

N° 1172

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Faute. - Définition.

Dès lors qu'une inexécution d'une obligation de faire contractuelle, par un sous-traitant non agréé par le maître de l'ouvrage, a causé un dommage à un tiers au contrat, la faute délictuelle est également constituée à l'égard de ce tiers.

CA Pau (1^{er} ch. civile), 27 mai 2008. - RG n° 05/03214.

M. Negre, Pt. - Mme Carthe-Mazeres et M. Augey, conseillers.

Jurisprudence des cours d'appel relative au transport routier de marchandises

N° 1173

Transports terrestres

Marchandises. - Prescription. - Prescription annale (article L. 133-6 du code de commerce). - Interruption. - Acte interruptif. - Reconnaissance du non-paiement des sommes dues.

La prescription annale de l'article L. 133-6 du code de commerce est interrompue du fait de la reconnaissance par l'expéditeur du non-paiement des sommes dues au transporteur.

Constitue une telle reconnaissance la demande faite au transporteur de prendre en compte les sommes versées par un codébiteur et de l'informer sur le montant restant à payer.

CA Aix-en-Provence (2^e ch. civile), 29 mai 2008 - RG n° 06/20293.

M. Simon, Pt - MM. Jacquot et Fournier, conseillers.

N° 1174

1^o Transports terrestres

Marchandises. - Responsabilité. - Action en justice. - Intérêt à agir. - Clause de réserve de propriété. - Personne susceptible de s'en prévaloir.

2^o *Transports terrestres*

Marchandises. - Responsabilité. - Clause limitative. - Exclusion. - Dol ou faute lourde. - Appréciation. - Portée.

1^o Le transporteur ou son assureur ne peuvent se prévaloir d'une clause de réserve de propriété, contractée dans l'intérêt du vendeur, pour contester l'intérêt à agir de l'acquéreur en cas d'avarie ou de perte de la marchandise vendue pendant les opérations de transport que l'acquéreur leur a commandées.

2^o Commet une faute lourde et non une faute grave le transporteur qui a laissé en stationnement un véhicule qui transportait des alcools d'une valeur importante, entre minuit et quatre heures du matin, sur un parking isolé non équipé de vidéo-surveillance ni d'alarme, dans une zone industrielle non surveillée, clos par un portail dont la cellule électrique pouvait être facilement neutralisée, les clefs du véhicule étant déposées dans un coffre situé à l'extérieur des bâtiments, la clef du coffre étant elle-même placée sous un bidon à proximité du coffre et à la vue de tous.

Nonobstant le coût modique du transport, l'absence d'instructions particulières de l'expéditeur et la nécessité de faire stationner le véhicule pour respecter les consignes relatives aux horaires de chargement et de livraison, le transporteur a commis une négligence d'une extrême gravité, dénotant son inaptitude à l'accomplissement de la mission qu'il avait acceptée.

Cette faute lourde exclut les limitations conventionnelles de responsabilité.

CA Lyon (3^e ch. civile, section A), 28 février 2008 - RG n° 06/08059.

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

N° *II75*

Transports terrestres

Marchandises. - Responsabilité. - Perte ou avarie. - Article L. 133-3 du code de commerce. - Domaine d'application. - Exclusions. - Portée.

Aux termes de l'article L. 133-3 du code de commerce, la réception des objets transportés éteint toute action contre le

voiturier pour avarie si, dans les trois jours, le destinataire n'a pas notifié au voiturier, par lettre recommandée, sa protestation motivée.

Cette disposition n'est pas applicable en l'espèce puisqu'elle ne concerne que les rapports entre le voiturier et le destinataire, et non le fournisseur et le destinataire, et parce qu'elle ne s'applique pas aux transports internationaux, en vertu du même article, troisième alinéa.

Nonobstant cette absence de délai, la réception sans protestation ni réserves de marchandises prétendument livrées en état défectueux, en quantité excessive et sans bon de commande, rend inopérante une contestation tardive reposant sur un constat d'huissier et un courrier émis quatre mois après la livraison, alors même que lesdites marchandises ont été dédouanées et que le destinataire s'est acquitté des frais de transit et de douane.

CA Saint-Denis de la Réunion (ch. commerciale), 30 avril 2008 - RG n° 07/00832.

M. Crèze, Pt - Mme Pony et M. Blot, conseillers.

N° *II76*

Transports terrestres

Marchandises. - Transport international. - Convention de Genève du 19 mai 1956 (CMR). - Conclusion et exécution du contrat de transport. - Obligations du transporteur. - Vérification de l'état apparent de la marchandise et de son emballage.

Par application des articles 8 et 9 de la Convention de Genève du 19 mai 1956 (CMR), le transporteur est tenu de vérifier, lors de la prise en charge de la marchandise, l'état apparent de la marchandise et de son emballage. S'il n'exprime aucune réserve à ce sujet, il s'expose à subir les effets de la présomption de bon état apparent de la marchandise comme de son emballage.

Il s'évince de ce mécanisme que le transporteur n'est pas tenu d'une quelconque présomption si le conditionnement de la marchandise a été, de manière inapparente, inadéquat.

CA Douai (2^e ch., 2^e section), 8 janvier 2008 - RG n° 06/03901.

M. Fossier, Pt - Mme Nève de Mévergnies et M. Deleneuille, conseillers.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **120,90 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **22,60 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

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

Numéro de payeur :

Date : Signature :

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

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2009, frais de port inclus.

191097070-000909



Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

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

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

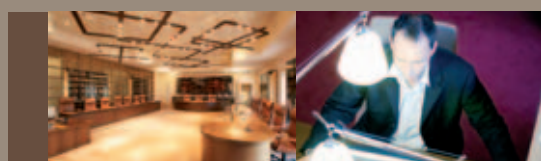
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



**Direction
des Journaux
officiels**

26, rue Desaix
75727 Paris
cedex 15

renseignements :
01 40 58 79 79

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :
par courrier
par télécopie :
01 45 79 17 84
sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr

Prix : 7 €
ISSN 0750-3865