

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

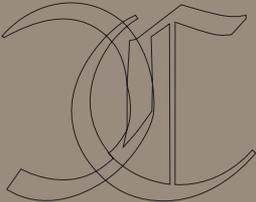
N° 748



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} octobre
2011*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

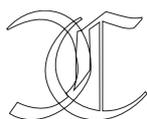
www.courdecassation.fr

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*

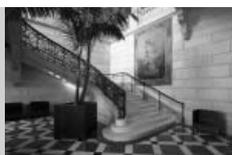
Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Par arrêt du 3 mai 2011 (*infra*, n° 1119), la chambre sociale a jugé qu'« un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ».

Qualifiant cette solution de « revirement de jurisprudence [...] spectaculaire », Jean Mouly (JCP 2011, éd. G, n° 764) note que « la Cour de cassation se range ainsi à la position du Conseil d'État » et que, désormais, « l'employeur ne saurait reprocher au salarié le fait de ne plus être à même d'exécuter le contrat de travail dès lors que cette impossibilité résulte de faits relevant de la seule vie personnelle du travailleur.

Il ne lui reste donc plus que le licenciement pour trouble objectif dans l'entreprise » (s'agissant, en l'espèce, d'un salarié qui, ayant commis des infractions routières « en dehors de l'exécution de son contrat de travail » ayant entraîné le retrait de son permis de conduire, ne pouvait plus conduire le véhicule de la société).

Jurisprudence

Le lendemain, la troisième chambre civile a jugé (*infra*, n° 1113) que « Le bailleur qui répond tardivement à une demande de renouvellement émanant du preneur est réputé avoir accepté le principe du renouvellement, mais n'est pas privé du droit de demander la fixation d'un nouveau loyer, qui prendra effet à compter de sa demande, en application de l'article L. 145-11 du code de commerce ». Dans son commentaire, Charles-Édouard Brault note (*Gazette du Palais*, n° 182-183, p. 26-27) qu'« une réponse tardive à une demande de renouvellement n'implique nullement la privation du bailleur de faire fixer judiciairement le montant du loyer du bail renouvelé, puisqu'il s'agit simplement d'une acceptation de principe ouvrant à chacune des parties la faculté de faire fixer le loyer dans le délai de la prescription biennale ».

Doctrine



Le 12 mai, la deuxième chambre civile (*infra*, n° 1150) a jugé que « *Le commettant ne s'exonère de sa responsabilité de plein droit, en application de l'article 1384, alinéa 5, du code civil, que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions* ». Commentant cette décision, Christophe Radé note (*Responsabilité civile et assurances*, juillet-août 2011, p. 18-19) que l'actuelle « *conception très stricte de l'abus de fonction [...] a [...] essentiellement pour objet et pour effet de transférer [sur l'employeur] le risque d'insolvabilité du salarié* » et que, dès lors, « *L'employeur payant une dette qui n'est pas au premier chef la sienne, il dispose logiquement d'un recours contre son salarié qui, s'il aboutit, sera en principe intégral puisque ce commettant n'a pas a priori commis de faute* », l'immunité reconnue au salarié en ce domaine cédant « *devant la preuve que le dommage a été intentionnellement causé* ».

Enfin, saisie de la question suivante : « *le désistement d'instance émanant du requérant accepté, le cas échéant, par la personne à protéger, entraîne-t-il de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection ?* », la Cour de cassation, par avis du 20 juin dernier, a estimé que « *Dans une procédure aux fins d'ouverture d'une mesure de protection en cours d'instruction devant le juge des tutelles et dès lors qu'aucune décision prononçant une telle mesure n'a encore été prise, le désistement d'instance émanant du requérant met fin à l'instance en application de l'article 394 du code de procédure civile* », et, par ailleurs, s'agissant de « *l'articulation entre mandat de protection future et mesure de protection judiciaire* » (cf. Thierry Verheyde, *AJ Famille* 2011, n° 7-8, p. 377 et s.), que « *Lorsque la question sur laquelle l'avis de la Cour de cassation est sollicité est sans objet, il n'y a pas lieu à avis* ».

Table des matières

Jurisprudence

Droit européen *Numéros*
1053 à 1099

Tribunal des conflits

Séparation des pouvoirs 1100 à 1103

Cour de cassation (*)

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Séance du 20 juin 2011

Majeur protégé *Page 21*

Cassation *Page 21*

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

Question prioritaire de constitutionnalité 1104

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

Accident de la circulation 1105
Action civile 1106
Architecte entrepreneur 1107
Association syndicale 1108
Assurance (règles générales) 1109
Atteinte à l'action de justice 1110
Atteinte à l'autorité de l'État 1111
Avocat 1112
Bail commercial 1113-1114
Chambre de l'instruction 1115
Contrainte judiciaire 1116
Contrat d'entreprise 1108

Contrat de travail, exécution 1117-1118
Contrat de travail, rupture 1119
Conventions internationales 1120
Copropriété 1121
Corruption 1122
Détention provisoire 1123
Divorce, séparation de corps 1124-1125
Énergie 1126
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) 1127
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) 1128 à 1131
Expropriation pour cause d'utilité publique 1132
Filiation 1133
Fondation 1134
Impôts et taxes 1135
Indemnisation des victimes d'infraction 1136
Instruction 1137
Mariage 1138
Marque de fabrique 1139
Mesures d'instruction 1140
Outre-mer 1141
Personne morale 1142

* 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.

Prescription acquisitive	1143	Sécurité sociale	1152
Presse	1144	Sécurité sociale, accident du travail	1153-1154
Procédure civile	1151	Sécurité sociale, assurance des non-salariés (loi du 12 juillet 1966)	1155
Propriété littéraire et artistique	1145-1146	Société (règles générales)	1156
Régimes matrimoniaux	1147-1148	Séparation des pouvoirs	1157
Représentation des salariés	1149	Statuts professionnels particuliers	1158
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	1150	Transports routiers	1159
Saisie immobilière	1151	Vente	1160 à 1163

Jurisprudence

Droit européen

I. - COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

N° 1053

Convention européenne des droits de l'homme

Article 2. - Droit à la vie. - Enquête effective. - Violation. - Cas. - Disparition d'une personne sans réaction des autorités adaptée aux circonstances.

Viole l'article 2 de la Convention le manque de diligence des autorités françaises pour effectuer une enquête à la suite de la disparition d'une personne majeure et de son compagnon, malgré les nombreuses démarches des parents de la victime, finalement retrouvée assassinée.

Chambre, 30 juin 2011.

Aff. Girard c/ France (requête n° 22590/04).

N° 1054

Convention européenne des droits de l'homme

Articles 3 et 5. - Interdiction des traitements inhumains ou dégradants. - Droit à la liberté et à la sûreté. - Violation. - Cas. - Détention en Russie.

La détention provisoire de l'homme d'affaires russe Mikhail Khodorkovskiy, qui était le principal actionnaire de la société pétrolière Loukos, est contraire aux articles 3 et 5 de la Convention.

La Cour a constaté deux violations de l'article 3 en raison des conditions de la détention à l'audience et dans le centre de détention provisoire après le 8 août 2005 :

- une violation de l'article 5 § 1 b (légalité de la détention d'un individu pour insoumission à une ordonnance rendue conformément à la loi) du fait de l'arrestation le 25 octobre 2003 ;

- une violation de l'article 5 § 3 (durée de détention) du fait de la durée du maintien en détention pendant l'enquête et le procès ;

et quatre violations de l'article 5 § 4 (recours concernant la légalité d'une détention avant condamnation) en raison des vices procéduraux ayant affecté la procédure de placement et de maintien en détention.

Chambre, 31 mai 2011.

Aff. Mikhail Khodorkovskiy c/ Russie (requête n° 5829/04).

N° 1055

1^o Convention européenne des droits de l'homme

Article 5. - Droit à la liberté et à la sûreté. - Violation. - Cas. - Arrestation préventive d'un militant des droits de l'homme.

2^o Convention européenne des droits de l'homme

Article 8. - Droit au respect de la vie privée. - Violation. - Cas. - Portée et modalités de la collecte et de l'utilisation des données figurant dans une base de données, ni claires ni prévisibles.

1^o La Convention, en particulier l'article 5 § 1 c, n'autorise pas la détention, en tant que stratégie générale de prévention, de personnes que les autorités considèrent, à tort ou à raison, comme étant dangereuses ou susceptibles de commettre des infractions. L'explication du gouvernement selon laquelle le requérant risquait de commettre des « *infractions à caractère extrémiste* » n'est pas suffisamment précise pour être acceptable au regard de la Convention. Le seul soupçon précis qui pesait sur l'intéressé était la circonstance qu'il était susceptible de transporter des écrits extrémistes ; or, aucun élément n'a été avancé pour étayer ce soupçon. La Cour remarque avec préoccupation que celui-ci reposait apparemment sur le simple fait que le requérant appartenait à une organisation de défense des droits de l'homme.

La Cour souligne que l'appartenance à un organe de protection des droits de l'homme ne saurait justifier l'arrestation d'une personne. Dès lors, le requérant a été arrêté de manière arbitraire, en violation de l'article 5 § 1.

2^o En recueillant et en conservant des données sur les déplacements en train et en avion du requérant, les autorités russes ont porté atteinte à sa vie privée. Elle rappelle que, pour que pareille ingérence soit justifiée, des garanties minimales contre les abus doivent être énoncées dans la législation. La base de données contenant le nom du requérant a été créée en vertu d'un arrêté ministériel qui n'a pas été publié ni rendu accessible au public d'une quelconque manière. Les citoyens ne peuvent donc pas savoir pourquoi une personne s'y trouve enregistrée, pendant combien de temps des informations sont conservées à son sujet, quel type de renseignements y figurent, comment ceux-ci sont conservés et utilisés et qui en a le contrôle.

Dès lors, la portée et les modalités de la collecte et de l'utilisation des données figurant dans la base de données ne sont ni claires ni prévisibles, ce qui est contraire aux exigences de la Convention et emporte violation de l'article 8.

Chambre, 21 juin 2011.

Aff. Shimovolovs c/ Russie (requête n° 30194/09).

N° 1056

Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Droit à un procès équitable. - Violation. - Cas. - Impossibilité pour un comptable, renvoyé par une ambassade à Paris, de contester son licenciement, en raison de l'immunité de juridiction invoquée par son employeur et retenue par les juridictions françaises.

La Cour constate que le requérant, ressortissant français, comptable puis chef comptable à l'ambassade du Koweït à Paris, demandait réparation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et que ses fonctions au sein de l'ambassade ne sauraient justifier des restrictions à l'accès de l'intéressé à un tribunal pour des motifs objectifs dans l'intérêt de l'État. L'article 6 § 1 trouve donc à s'appliquer dans son affaire.

La Cour observe ensuite que l'immunité des États, consacrée par le droit international, vise à favoriser les bonnes relations entre États par le respect de la souveraineté d'un autre État. Cependant, l'immunité absolue des États a subi depuis de nombreuses années une érosion certaine, en particulier avec l'adoption de la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens par l'Assemblée générale des Nations unies en 2004. Cette dernière a introduit une exception importante en matière d'immunité des États, le principe étant que la règle de l'immunité ne s'applique pas aux contrats de travail conclus entre un État et le personnel de ses missions diplomatiques à l'étranger, sauf dans un nombre limité de situations, dont la présente affaire ne relève pas. En effet, le requérant, qui n'était ni agent diplomatique ou consulaire du Koweït ni ressortissant de cet État, ne relevait d'aucune des exceptions énumérées dans la Convention de 2004. En particulier, le requérant n'a pas été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique, et il n'est aucunement établi qu'il existait un risque quelconque d'interférence avec les intérêts de l'État du Koweït en matière de sécurité.

La Cour conclut que les juridictions françaises ont rejeté la demande de l'intéressé sans donner de motifs pertinents et suffisants, portant ainsi atteinte à la substance même du droit à accéder à un tribunal, en violation de l'article 6 § 1.

Grande chambre, 29 juin 2011.

Aff. Sabeh Le Leil c/ France (requête n° 34869/05).

N° 1057

Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Droit à un procès équitable. - Violation. - Défaut. - Cas. - Application rétroactive d'un revirement de jurisprudence à une procédure en cours.

La Cour réaffirme que le principe de sécurité des rapports juridiques constitue l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit, et corrélativement du droit à un procès équitable. Toutefois, ce principe et l'exigence de protection de la confiance légitime n'impliquent aucun droit à une jurisprudence constante.

S'agissant du cas des requérants, la Cour note qu'ils ne pouvaient pas se prévaloir d'un droit à réparation définitivement acquis après l'arrêt de la cour d'appel en leur faveur. Celui-ci était en effet susceptible de recours par le médecin, qui s'est au demeurant pourvu en cassation.

La Cour souligne également qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité du choix de la Cour de cassation d'appliquer un revirement de jurisprudence, ce choix relevant du droit interne. En tout état de cause, ce revirement (qui émanait de la formation la plus solennelle de cette juridiction) était connu de toutes les parties lorsque le médecin s'est pourvu en cassation, de sorte qu'il n'y avait pas d'incertitude sur l'état du droit lorsque la Cour de cassation a statué.

Dans ces conditions, les requérants n'ont subi aucune atteinte à leur droit à un procès équitable, en particulier dans leur droit d'accès à un tribunal. Il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1.

Chambre, 26 mai 2011.

Aff. Legrand c/ France (requête n° 23228/08).

N° 1058

Convention européenne des droits de l'homme

Article 22. - Élection des juges. - Applications diverses.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a élu André Potocki juge à la Cour au titre de la France.

André Potocki, actuellement conseiller à la Cour de cassation et ancien juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes, a été élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Son mandat de neuf ans commencera le 4 novembre 2011.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 21 juin 2011.

N° 1059

Convention européenne des droits de l'homme

Article 25. - Assemblée plénière. - Pouvoirs. - Élection du président de la Cour européenne.

La Cour européenne des droits de l'homme a élu le 4 juillet 2011 son nouveau président, Sir Nicolas Bratza (britannique). Son mandat débutera le 4 novembre 2011.

Le Président a été élu à bulletin secret par les 47 juges de la Cour.

Sir Nicolas Bratza succédera à Jean-Paul Costa (français), dont le mandat prendra fin le 3 novembre 2011 en raison de la limite d'âge.

Sir Nicolas est juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1^{er} novembre 1998. Il est président de section depuis 2001. Depuis le 19 janvier 2007, il est également vice-président de la Cour.

Cour européenne des droits de l'homme, 4 juillet 2011.

II. - COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

N° 1060

Union européenne

Concurrence. - Procédure administrative. - Documents et informations fournis dans le cadre d'un programme national de clémence. - Effets nuisibles éventuels de

l'accès des tiers à de tels documents sur l'efficacité et le bon fonctionnement de la coopération entre les autorités formant le réseau européen de la concurrence.

Statuant sur une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE, introduite par l'*Amtsgericht Bonn* (Allemagne), la Cour dit pour droit :

« Les dispositions du droit de l'Union en matière d'ententes, et en particulier le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 TFUE, doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'une personne, lésée par une infraction au droit de la concurrence de l'Union et cherchant à obtenir des dommages-intérêts, obtienne l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction ».

Il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé, en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union.

Grande chambre, 14 juin 2011.

Aff. C-360/09 : Pfeiderer AG c/ Bundeskartellamt.

N° 1061

Union européenne

Concurrence. - Règlement (CE) n° 1/2003. - Article 5. - Abus de position dominante. - Compétence des autorités de concurrence des États membres pour constater l'absence de violation de l'article 102 TFUE.

Statuant sur une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE, introduite par le *Sad Najwyzszy* (Pologne), la Cour dit pour droit :

« 1° L'article 5 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une autorité de concurrence nationale, lorsque, afin d'appliquer l'article 102 TFUE, elle examine si les conditions d'application de cet article sont réunies et que, à la suite de cet examen, elle estime qu'une pratique abusive n'a pas eu lieu, puisse prendre une décision concluant à l'absence de violation dudit article.

2° L'article 5, second alinéa, du Règlement n° 1/2003 est d'application directe et s'oppose à l'application d'une règle de droit national qui imposerait de clore une procédure relative à l'application de l'article 102 TFUE par une décision constatant l'absence de violation dudit article ».

Grande chambre, 3 mai 2011.

Aff. C-375/09 : Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji c/ Tele2 Polska.

N° 1062

1° Union européenne

Propriété intellectuelle. - Marque communautaire. - Règlement (CE) n° 40/94. - Article 98, paragraphe premier. - Interdiction des actes de contrefaçon prononcée par un tribunal des marques communautaires. - Portée territoriale.

2° Union européenne

Propriété intellectuelle. - Marque communautaire. - Règlement (CE) n° 40/94. - Article 98, paragraphe premier. - Interdiction des actes de contrefaçon prononcée par un tribunal des marques communautaires. - Mesures coercitives accompagnant une telle interdiction. - Effet sur le territoire des États membres autres que celui dont relève le tribunal saisi.

Statuant sur une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE, introduite par la Cour de cassation (France), la Cour dit pour droit :

« 1° L'article 98, paragraphe premier, du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, tel que modifié par le Règlement (CE) n° 3288/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, doit être interprété en ce sens que la portée de l'interdiction de poursuivre des actes de contrefaçon ou de menace de contrefaçon d'une marque communautaire prononcée par un tribunal des marques communautaires, dont la compétence est fondée sur les articles 93, paragraphes 1 à 4, et 94, paragraphe premier, de ce Règlement, s'étend, en principe, à l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

2° L'article 98, paragraphe premier, seconde phrase, du Règlement n° 40/94, tel que modifié par le Règlement n° 3288/94, doit être interprété en ce sens qu'une mesure coercitive, telle une astreinte, ordonnée par un tribunal des marques communautaires en application de son droit national en vue de garantir le respect d'une interdiction de poursuivre des actes de contrefaçon ou de menace de contrefaçon qu'il a prononcée, produit effet dans les États membres autres que celui dont relève ce tribunal ».

Grande chambre, 12 avril 2011.

Aff. C-235/09 : DHL Express France SAS c/ Chronopost SA.

N° 1063

Union européenne

Protection des consommateurs. - Vente et garanties des biens de consommation. - Directive 1999/44/CE. - Article 3, paragraphes 2 et 3. - Remplacement du bien défectueux comme seul mode de dédommagement. - Bien défectueux ayant déjà été installé par le consommateur. - Obligation, pour le vendeur, d'enlever le bien défectueux et d'installer le bien de remplacement. - Disproportion absolue. - Conséquences.

Statuant sur des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE, introduites par le *Bundesgerichtshof* (C-65/09) et par l'*Amtsgericht Schorndorf* (C-87/09) (Allemagne), la Cour dit pour droit :

« 1° L'article 3, paragraphes 2 et 3, de la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un bien de consommation non conforme, qui, avant l'apparition du défaut, a été installé, de bonne foi, par le consommateur conformément à sa nature et à l'usage recherché, est mis dans un état conforme par remplacement, le vendeur est tenu soit de procéder lui-même à l'enlèvement de ce bien du lieu où il a été installé et d'y installer le bien de remplacement, soit de supporter les frais nécessaires à cet enlèvement et à l'installation du bien de remplacement.

Cette obligation du vendeur existe indépendamment du point de savoir si celui-ci s'était engagé, en vertu du contrat de vente, à installer le bien de consommation acheté initialement.

2° L'article 3, paragraphe 3, de la Directive 1999/44/CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une législation nationale accorde au vendeur le droit de refuser le remplacement d'un bien non conforme, seul mode de dédommagement possible, au motif que celui-ci lui impose, en raison de l'obligation de procéder à l'enlèvement de ce bien du lieu où il a été installé et d'y installer le bien de remplacement, des coûts disproportionnés au regard de la valeur qu'aurait le bien s'il était conforme et de l'importance du défaut de conformité.

Cette disposition ne s'oppose toutefois pas à ce que le droit du consommateur au remboursement des frais d'enlèvement du bien défectueux et d'installation du bien de remplacement soit, dans un tel cas, limité à la prise en charge, par le vendeur, d'un montant proportionné ».

1^{re} chambre, 16 juin 2011.

Aff. jointes C-65/09 et C 87/09 : Gebr. Weber GmbH (C-65/09) c/ Jürgen Wittmer, et Ingrid Putz (C 87/09) c/ Medianess Electronics GmbH.

III. - JURIDICTIONS FRANÇAISES

COUR DE CASSATION FRANÇAISE

N° 1064

Action civile

Partie civile. - Constitution. - Constitution abusive ou dilatoire. - Amende civile. - Dossier de la procédure. - Communication au procureur général aux fins de réquisitions.

L'article 212-2 du code de procédure pénale donne à la chambre de l'instruction la faculté de prononcer, sur réquisitions du procureur général, une amende civile à l'encontre d'une partie civile dont elle estime la constitution abusive.

Fait l'exacte application de ce texte et des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la chambre de l'instruction qui, usant de cette faculté, prend l'initiative de communiquer la procédure au procureur général aux fins de réquisitions et statue de manière contradictoire après que ces réquisitions ont été prises et communiquées à la partie civile et à son avocat, pour permettre à ces derniers de formuler des observations écrites en réplique.

Crim. - 1^{er} mars 2011.

REJET

N° 10-84.979. - CA Aix-en-Provence, 2 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Beauvais, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

N° 1065

Cession de créance

Cession de créance professionnelle. - Cessionnaire. - Conflit avec un sous-traitant. - Cession de créance par l'entrepreneur. - Sous-traitance internationale. - Article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975. - Opposabilité. - Condition.

Encourt la cassation, pour défaut de base légale, au regard des articles 3 du code civil, 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 et 7, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, un arrêt d'une cour d'appel ayant retenu que des cessions de créances consenties à un groupement de banques établies en France par une entreprise établie en France, sur une entreprise établie en Italie ayant commandé à cette dernière la fabrication et la fourniture d'objets mobiliers, étaient inopposables, en application de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, à une entreprise établie en Italie à laquelle la totalité des travaux avaient été sous-traités, aux seuls motifs que cette loi étant protectrice des sous-traitants et assurant la sauvegarde de l'organisation économique, elle doit être considérée comme une loi de police, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par cet article 13-1.

Com. - 27 avril 2011.

CASSATION

N° 09-13.524. - CA Paris, 12 février 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 1066

1^o Chambre de l'instruction

Dossier de la procédure. - Dépôt au greffe. - Délivrance de copie. - Omission. - Droits de la défense. - Atteinte (non).

2^o Instruction

Détention provisoire. - Assignation à résidence avec surveillance électronique. - Consultation du service de la protection judiciaire de la jeunesse. - Nécessité. - Exclusion. - Cas.

3^o Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Demande de mise en liberté. - Appel d'une ordonnance de rejet. - Effet dévolutif. - Portée.

1^o Si, aux termes de l'article 197, alinéa 4, du code de procédure pénale, qui n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la copie du dossier de la procédure déposé au greffe de la chambre de l'instruction doit être délivrée sans délai, sur simple requête écrite, aux avocats des personnes mises en examen et des parties civiles, le défaut de délivrance de cette copie ne saurait, à lui seul, avoir pour effet de vicier la procédure dès lors qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que l'entier dossier a été tenu à la disposition des parties pendant le délai et dans les conditions prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article précité.

2^o Si l'article 12, alinéa 3, de l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante, dans sa rédaction issue de la loi du 10 mars 2010, prescrit la consultation du service de la protection judiciaire de la jeunesse avant toute décision du juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention ou du juge des enfants au titre de l'article 142-5 du code de procédure pénale (assignation à résidence avec surveillance électronique), cette exigence ne saurait être étendue au cas dans lequel la juridiction rejette une demande de mise en liberté après avoir constaté le caractère insuffisant d'une mesure d'assignation à résidence avec surveillance électronique.

3^o En raison de l'effet dévolutif de l'appel, il appartient à la chambre de l'instruction d'examiner le bien-fondé de la détention provisoire et de statuer sur la nécessité de cette mesure, au besoin en substituant aux motifs insuffisants ou erronés du premier juge des motifs répondant aux exigences légales.

Crim. - 2 février 2011.

REJET

N° 10-87.868. - CA Aix-en-Provence, 19 octobre 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Castel, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Nicolaý, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 1067

Communauté européenne

Douanes. - Droits. - Recouvrement *a posteriori* des droits non exigés. - Erreur des autorités compétentes. - Marchandises bénéficiant d'un traitement préférentiel sur la base d'une coopération administrative impliquant les autorités d'un pays tiers. - Invalidation des certificats d'origine par les autorités du pays exportateur. - Diligences exigées du commissionnaire en douane. - Recherches nécessaires.

Il résulte, d'une part, de l'article 220-2 *b* du code des douanes communautaire que le redevable peut invoquer sa bonne foi uniquement s'il démontre que, pendant la période des opérations commerciales concernées, il a fait diligence pour s'assurer que toutes les conditions d'octroi du traitement préférentiel ont été respectées, et, d'autre part, de l'article 81 § 6 du Règlement d'application du code des douanes communautaire qu'afin de vérifier l'origine des marchandises, les autorités gouvernementales compétentes ont la faculté, et non l'obligation, de réclamer toutes pièces justificatives et de procéder à tout contrôle qu'elles jugent utile.

Encourt dès lors la censure la cour d'appel qui, pour débouter l'administration des douanes de son action en paiement des droits dus à la suite de l'invalidation des certificats d'origine, retient l'erreur du pays d'exportation en énonçant que la délivrance des certificats n'a pas été accompagnée ou précédée de contrôles desdites autorités et sans rechercher si les commissionnaires en douane avaient satisfait à l'obligation mise à leur charge.

Crim. - 5 avril 2011.
CASSATION

N° 09-85.470. - CA Rouen, 22 janvier 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Pers, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Gadiou et Chevallier, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 1068

Communauté européenne

Travail. - Salarié. - Principe de non-discrimination. - Directive 2000/78 CE du Conseil, du 27 novembre 2000. - Application directe. - Application directe dans les rapports entre particuliers. - Portée.

En application de l'article 6, paragraphe premier, de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, des différences de traitement fondées sur l'âge ne sont admises qu'à la condition d'être objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Dès lors, si une cour d'appel décide, à bon droit, que les dispositions régissant la mise à la retraite du personnel d'EDF, et en particulier le décret n° 54-50 du 16 janvier 1954 alors en vigueur, sont applicables au personnel employé par la société RTE EDF Transport, en revanche, elle prive sa décision de base légale en déboutant de sa demande fondée sur une discrimination à raison de l'âge un salarié de cette société, mis à la retraite à l'âge de 60 ans en application de ces dispositions, sans constater que, pour la catégorie d'emploi de ce salarié, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement

et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires.

Soc. - 16 février 2011.
CASSATION PARTIELLE

N° 09-72.061. - CA Bordeaux, 13 octobre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Roger et Sevaux, Av.

N° 1069

1^o Concurrence

Autorité de la concurrence. - Décision. - Recours. - Recours devant la cour d'appel. - Parties. - Intervention volontaire. - Dépôt des motifs. - Terme.

2^o Union européenne

Concurrence. - Entente et position dominante. - Entente. - Affectation du commerce entre États membres. - Caractère sensible. - Appréciation. - Cas. - Entente ne couvrant qu'une partie d'un État membre.

1^o Il résulte de la combinaison des articles R. 464-12 et R. 464-17 du code de commerce que lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant l'Autorité de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que, lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office.

2^o En présence d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un État membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres doit être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet État.

Il en résulte que prive sa décision de base légale au regard de l'article 81 du Traité CE, devenu l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la cour d'appel qui, pour retenir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres résultant d'une entente portant sur le seul avitaillement en carburant d'une compagnie aérienne sur un aéroport, ne retient que la taille des entreprises en cause et le lieu de leur activité.

Com. - 1^{er} mars 2011.
CASSATION

N° 09-72.655, 09-72.657, 09-72.705, 09-72.830, 09-72.894. - CA Paris, 24 novembre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Michel-Amsellem, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Défrenois et Levis, SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Odent et Polet, SCP Piwnica et Molinié, SCP Baraduc et Duhamel, M^e Le Prado, Av.

N° 1070

1^o Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours. - Projet de licenciement. - Consultation des représentants du personnel. - Consultation du comité d'entreprise. - Conditions. - Prise en compte des ruptures conventionnelles résultant d'une cause économique. - Nécessité. - Portée.

2^o Prud'hommes

Procédure. - Demande. - Objet. - Annulation d'une convention de rupture. - Qualité pour agir. - Défaut. - Cas. - Comité d'entreprise ou syndicats professionnels.

1^o Il résulte des articles L. 1233-3, alinéa 2, du code du travail et 12 de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, appliqués à la lumière de la Directive n° 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, que lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un comité central d'entreprise et des syndicats de leur demande de dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement limitée à un seul projet de dix-huit licenciements économiques proprement dits, alors qu'il constatait qu'en plus de ces licenciements, de nombreuses ruptures conventionnelles résultant d'une cause économique étaient intervenues dans ce contexte de suppressions d'emplois dues à des difficultés économiques et qu'elles s'inscrivaient dans un projet global et concerté de réduction des effectifs au sein d'une unité économique et sociale.

2^o Un comité d'entreprise et des syndicats ne sont pas recevables, faute de qualité, à demander l'annulation de ruptures conventionnelles auxquelles ils ne sont pas parties, une telle action ne pouvant être exercée que par les salariés concernés. Doit dès lors être rejeté le moyen qui fait grief à une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable cette action exercée par de tels demandeurs.

Soc. - 9 mars 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-11.581. - CA Grenoble, 23 novembre 2009.

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

N° 1071

1^o Contrat de travail, rupture

Retraite. - Mise à la retraite. - Conditions. - Age. - Discrimination fondée sur l'âge. - Possibilité. - Dispositions réglementaires autorisant la mise à la retraite à un certain âge. - Portée.

2^o Contrat de travail, exécution

Employeur. - Discrimination entre salariés. - Discrimination fondée sur l'âge. - Justifications. - Objectif légitime. - Moyens nécessaires et appropriés de réalisation. - Office du juge.

1^o Si des dispositions réglementaires autorisant, à certaines conditions, la mise à la retraite d'un salarié à un âge donné peuvent ne pas constituer, par elles-mêmes, une discrimination interdite par l'article L. 1132-1 du code du travail, il n'en résulte pas que la décision de l'employeur de faire usage de la faculté de mettre à la retraite un salarié déterminé est nécessairement dépourvue de caractère discriminatoire.

C'est dès lors à bon droit, après avoir rappelé que, par arrêt du 19 mai 2006, le Conseil d'État a jugé que les dispositions du décret n° 54-24 du 9 février 1954, qui autorisent la société nationale des chemins de fer français (SNCF) à mettre un

agent à la retraite d'office à l'âge de 55 ans, ne constituent pas en elles-mêmes une discrimination interdite, que la cour d'appel a entrepris de vérifier si la décision de la SNCF de mettre à la retraite d'office un salarié répondait aux conditions posées par l'article L. 122-453 du code du travail, devenu l'article L. 1133-1, dans sa rédaction alors applicable, interprété au regard de la Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, qui consacre un principe général du droit communautaire.

2^o Selon l'article L. 1133-1 du code du travail, les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel, après avoir relevé que la SNCF, qui ne précisait pas l'objectif poursuivi par la mise à la retraite d'un salarié, soutenait, dans le litige l'opposant à ce dernier devant le Conseil d'État, que cette décision devait avoir pour but « de lui permettre d'adapter ses effectifs à l'évolution du contexte dans lequel elle se situe » et que la mise à la retraite d'office constituait une mesure destinée « à apporter à l'entreprise publique une souplesse durable dans la gestion de ses effectifs, en fonction de l'évolution de son organisation et de son activité », a retenu que la généralité du motif invoqué ne permettait pas de considérer la mise à la retraite de l'intéressé comme étant justifiée par un objectif légitime, de sorte qu'elle était constitutive d'une discrimination fondée sur l'âge et qu'elle devait être annulée.

Soc. - 16 février 2011.

REJET

N° 10-10.465. - CA Paris, 10 décembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 1072

Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Tribunal. - Impartialité. - Défaut. - Caractérisation. - Cas. - Décision se bornant à reproduire sur tous les points en litige les conclusions d'appel de la partie à laquelle elle donne satisfaction.

Une cour d'appel qui se borne à reproduire sur tous les points en litige les conclusions d'appel d'une partie à laquelle elle donne satisfaction statue par une apparence de motivation pouvant faire peser un doute légitime sur l'impartialité de la juridiction et viole l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 455 et 558 du code de procédure civile.

1^{er} Civ. - 17 mars 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-10.583. - CA Rennes, 27 octobre 2009.

M. Charrault, Pt. - Mme Kamara, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Odent et Poulet, Av.

N° 1073

Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Tribunal. - Impartialité. - Défaut. - Juge des libertés et de la détention. - Mandat d'arrêt. - Magistrat ayant prononcé une condamnation par défaut et décerné mandat d'arrêt. - Portée.

Un magistrat qui a prononcé une condamnation par défaut et décerné un mandat d'arrêt ne peut, en qualité de juge des libertés et de la détention, statuer sur les suites données au mandat d'arrêt sans qu'il soit porté atteinte à l'exigence d'impartialité.

Crim. - 30 mars 2011.

REJET

N° 10-86.140. - CA Orléans, 10 août 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Castel, Rap. - M. Finielz, Av. Gén.

N° 1074

Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Tribunal. - Impartialité. - Défaut. - Renonciation à s'en prévaloir. - Partie s'étant abstenue de demander la récusation d'un responsable d'une association de réinsertion des condamnés désigné pour siéger dans la formation élargie de la chambre de l'application des peines. - Portée.

Le demandeur (le procureur général) n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité d'un responsable d'une association de réinsertion des condamnés désigné pour siéger dans la formation élargie de la chambre de l'application des peines conformément à l'article 712-13, alinéa 2, du code de procédure pénale, dès lors qu'il n'a pas usé de la possibilité de récuser ce juge par application de l'article 668 du même code.

Crim. - 2 mars 2011.

REJET

N° 10-83.257. - CA Amiens, 23 mars 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Ponroy, Rap. - M. Finielz, Av. Gén.

N° 1075

Convention européenne des droits de l'homme

Article 8 § 1. - Droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. - Etranger. - Interdiction du territoire français. - Relèvement.

Ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui rejette une requête en relèvement de la peine d'interdiction définitive du territoire français sans rechercher si, au jour où elle statue, le maintien de la mesure respecte un juste équilibre entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant, d'autre part, les impératifs de sûreté publique, de prévention des infractions et de protection de la santé publique prévus par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Crim. - 30 mars 2011.

CASSATION

N° 09-86.641. - CA Colmar, 3 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Castel, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, Av.

N° 1076

Convention européenne des droits de l'homme

Article 10 § 2. - Liberté d'expression. - Presse. - Diffamation. - Bonne foi. - Article traitant d'un sujet d'intérêt général.

Encourt la cassation l'arrêt qui, après avoir relevé qu'un article de presse comportait des imputations diffamatoires à l'égard d'un préfet, écarte le fait justificatif de la bonne foi, alors que le propos incriminé, qui s'inscrivait dans la suite d'un débat sur un sujet d'intérêt général relatif aux rapports entretenus entre l'État et les collectivités territoriales, à l'occasion de l'extension d'une usine de retraitement des déchets et du transfert de la gestion des routes nationales au département, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique, par le président du conseil général, de l'action du représentant de l'État.

Crim. - 29 mars 2011.

CASSATION SANS RENVOI

N° 10-85.887. - CA Toulouse, 29 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Monfort, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Odent et Poulet, Av.

N° 1077

Convention européenne des droits de l'homme

Article 14. - Interdiction de discrimination. - Compatibilité. - Attribution d'un complément de ressources aux profits de personnes handicapées bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés qui disposent d'un logement indépendant. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Le complément de ressources prévu par l'article L. 821-1-1 du code de la sécurité sociale au profit des personnes handicapées bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés qui disposent d'un logement indépendant a pour objet de permettre à celles-ci d'acquiescer leur autonomie en couvrant pour partie les charges de logement qu'elles supportent.

Prises pour l'application de ces dispositions, les dispositions de l'article R. 821-6-2 du même code, en réputant ne pas disposer d'un logement indépendant la personne hébergée par un particulier à son domicile, sauf s'il s'agit de son conjoint, de son concubin ou de la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité, n'introduisent aucune discrimination dans le respect de la vie privée et familiale incompatible avec les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2^e Civ. - 17 février 2011.

REJET

N° 09-68.294. - CA Saint-Denis de la Réunion, 28 avril 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Prétot, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Delvolvé, Av.

N° 1078

1^o Convention européenne des droits de l'homme

Protocole additionnel n° 7. - Article 4. - Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois. - Domaine d'application. - Définition.

2^o Bourse

Autorité des marchés financiers. - Règlement n° 90-08 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée. - Opérations d'initiés. - Obligations d'abstention. - Manquement - Justification.

3^o Bourse

Autorité des marchés financiers. - Pouvoirs. - Sanctions. - Sanction pécuniaire. - Critère d'appréciation. - Profits éventuellement réalisés. - Définition.

1^o L'interdiction d'une double condamnation en raison des mêmes faits, prévue par l'article 4 du Protocole n° 7, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce Protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale, et n'interdit pas le prononcé de sanctions administratives parallèlement aux peines infligées par le juge répressif.

2^o Dès lors qu'est établie la matérialité des faits constitutifs du manquement d'initié, il appartient à la personne mise en cause

à ce titre de démontrer qu'elle n'a pas fait une exploitation induue de l'avantage que lui procurait la détention de l'information privilégiée.

3° Les termes « profits éventuellement réalisés » désignant, de manière suffisamment précise, les avantages économiques éventuellement retirés de l'opération, c'est à bon droit et sans se livrer à une interprétation extensive de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier qu'une cour d'appel a retenu que ces profits incluaient les pertes évitées.

Com. - 8 février 2011.

REJET

N° 10-10.965. - CA Paris, 24 novembre 2009.

M. Petit, Pt (f.f.) et Rap. - M. Carre-Pierrat, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Vincent et Ohl, Av.

N° 1079

1^o État

État étranger. - Immunité de juridiction. - Bénéfice. - Conditions. - Litige relatif à un acte participant par sa nature et sa finalité à l'exercice de la souveraineté de l'État étranger. - Portée.

2^o Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Tribunal. - Accès. - Droit d'agir. - Violation. - Défaut. - Cas. - Immunité de juridiction des États étrangers. - Applications diverses.

3^o État

État étranger. - Immunité de juridiction. - Bénéfice. - Renonciation. - Caractères. - Détermination.

1° Les États étrangers et les organisations qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction, immunité relative et non absolue, qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige ou qui leur est imputé à faute participe, par sa nature et sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion.

Après avoir relevé que la responsabilité de l'attentat ne pouvait être imputée à un État étranger et que seuls six de ses ressortissants avaient été pénalement condamnés, une cour d'appel a pu juger que cet État pouvait opposer une immunité de juridiction dès lors que la nature criminelle d'un acte de terrorisme ne permet pas, à elle seule, d'écarter une prérogative de souveraineté.

2° À supposer que l'interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de *jus cogens* du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, une telle restriction serait en l'espèce disproportionnée au regard du but poursuivi, dès lors que la mise en cause de l'État étranger n'est pas fondée sur la commission des actes de terrorisme, mais sur sa responsabilité morale.

Si le risque de déni de justice à l'étranger peut, dans certaines hypothèses exceptionnelles, constituer un chef complémentaire de compétence internationale des tribunaux français, il ne peut en aucun cas faire fléchir une règle par laquelle le droit français interdit aux tribunaux français de connaître d'un litige.

3° Si un État peut renoncer à son immunité de juridiction dans un litige, cette renonciation doit être certaine, expresse et non équivoque.

1^{re} Civ. - 9 mars 2011.

REJET

N° 09-14.743. - CA Paris, 16 janvier 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 1080

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétenion dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Procédure. - Nullité. - Cas. - Nullité de la procédure judiciaire préalable. - Contrôle d'identité dans la zone frontalière terrestre de vingt kilomètres entre la France et les États parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990. - Contrôles irréguliers en raison de leur fondement.

Sont irréguliers les contrôles opérés sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, ce texte n'étant assorti d'aucune disposition garantissant que l'exercice pratique de la compétence conférée aux autorités de police d'un État membre de la Communauté européenne de contrôler uniquement dans une zone de vingt kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les parties à la Convention d'application de l'Accord Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.

1^{re} Civ. - 23 février 2011.

REJET

N° 09-70.462. - CA Montpellier, 4 septembre 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.) - M. Suquet, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

N° 1081

Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Préjudice. - Réparation. - Préjudice moral (non).

Le trouble dans les conditions de vie directement causé par l'expropriation n'est indemnisable que lorsqu'il constitue un dommage matériel.

Dès lors, c'est à bon droit et sans violer l'article premier du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui n'exige qu'une indemnisation raisonnablement en rapport avec la valeur des biens expropriés, ni les articles 545 du code civil et 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'une cour d'appel, saisie d'une demande d'indemnisation du trouble moral causé aux expropriés par la perte forcée de leur bien fondée sur la durée vécue dans les lieux, l'âge de l'un d'entre eux et son état de santé, a retenu que ce préjudice n'était pas indemnisable.

3^e Civ. - 16 mars 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-69.544. - CA Grenoble, 19 juin 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 1082

Extradition

Chambre de l'instruction. - Procédure. - Article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. - Exclusion.

Il résulte de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme que la présentation immédiate de toute personne arrêtée ou détenue devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi, qui est exigée par le paragraphe 3 de ce texte, ne s'applique qu'aux personnes visées par le paragraphe 1 c, et non à celles contre lesquelles une procédure d'extradition est en cours, qui sont visées par le paragraphe 1 f.

Crim. - 8 mars 2011.

REJET

N° 10-88.762. - CA Paris, 8 décembre 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Roth, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 1083

Filiation

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

Justifie légalement sa décision de rejet de la requête en adoption simple formée par la compagne de la mère d'un enfant et ne contredit aucune des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la cour d'appel qui relève, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard et, d'autre part, que l'article 365 du code civil, déclaré conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 6 octobre 2010, ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage.

1^{re} Civ. - 9 mars 2011.

REJET

N° 10-10.385. - CA Paris, 1^{er} octobre 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Monéger, Rap. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 1084

Impôts et taxes

Enregistrement. - Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales. - Personnes imposables. - Refus d'exonération. - Compatibilité avec l'article 40 de l'Accord sur l'Espace économique européen.

Par arrêt du 28 octobre 2010 (C-72/09), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 40 de l'Accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992, ne s'oppose pas à une législation nationale qui exonère de la taxe sur la valeur vénale des immeubles situés sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne les sociétés qui ont leur siège social sur le territoire de cet État et qui subordonne cette exonération, pour une société dont le siège social se trouve sur le territoire d'un État tiers membre de l'Espace économique européen, à l'existence d'une convention d'assistance administrative conclue entre ledit État membre et cet État tiers en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou à la circonstance que, par application d'un traité comportant une

clause de non-discrimination selon la nationalité, ces personnes morales ne doivent pas être soumises à une imposition plus lourde que celle à laquelle sont assujetties les sociétés établies sur le territoire d'un État membre.

Com. - 15 mars 2011.

REJET

N° 08-17.393. - CA Orléans, 24 janvier 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Farthouat-Danon, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 1085

Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Visites domiciliaires (article L. 16 B). - Article 164 de la loi du 4 août 2008. - Compatibilité avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Une société ayant fait l'objet de redressements notifiés en 2005 et 2006 à la suite de la saisie de documents opérée par des agents de l'administration fiscale en novembre 2004, en vertu de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, dans des locaux dont elle n'était pas l'occupante, a bénéficié dès le 6 août 2008, date de l'entrée en vigueur de l'article 164 § IV 1 de la loi du 4 août 2008, de la possibilité de faire appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention en vertu de laquelle ont été autorisées les opérations de visite et saisie.

Elle a ainsi eu la possibilité d'exercer un recours effectif devant le premier président de la cour d'appel aux fins de contester la régularité tant de l'autorisation de visite accordée par le juge des libertés et de la détention que des saisies subséquentes, privant, en cas de succès, l'administration du droit de procéder à un redressement sur la base de ces saisies.

Com. - 29 mars 2011.

REJET

N° 10-15.888. - CA Paris, 18 mars 2010.

Mme Favre, Pt. - M. Delbano, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, M^e Foussard, Av.

N° 1086

Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Visites domiciliaires (article L. 16 B). - Autorisation judiciaire. - Conditions. - Greffier. - Assistance du juge. - Nécessité (non).

Aucune disposition des articles L. 16 B du livre des procédures fiscales, 454 et 456 du code de procédure civile, R. 7-11-1-1 du code de l'organisation judiciaire ou 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose au juge des libertés et de la détention de statuer avec l'assistance d'un greffier pour rendre l'ordonnance autorisant, sur requête de l'administration fiscale, des opérations de visite et de saisies de documents en vue de rechercher la preuve d'une fraude fiscale.

Com. - 27 avril 2011.

REJET

N° 10-16.484. - CA Paris, 8 avril 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, M^e Foussard, Av.

N° 1087

Juridictions de l'application des peines

Peines. - Sursis. - Sursis avec mise à l'épreuve. - Autorisation préalable de se rendre à l'étranger, de changement d'emploi ou de résidence. - Ordonnance du juge de l'application des peines. - Appel de la personne condamnée. - Recevabilité.

Justifie sa décision le président de la chambre de l'application des peines qui déclare recevable, sur le fondement de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit à un recours effectif, l'appel formé par une personne condamnée à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve contre une ordonnance du juge de l'application des peines statuant sur sa demande d'autorisation de se rendre à l'étranger présentée en application de l'article 132-44 5° du code pénal.

Crim. - 16 mars 2011.

REJET

N° 10-85.885. - CA Lyon, 15 juillet 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Pometan, Rap. - Mme Zientara-Logeay, Av. Gén.

N° 1088

Mandat d'arrêt européen

Exécution. - Procédure. - Chambre de l'instruction. - Pouvoirs. - Etendue. - Recherche tendant à savoir si l'intéressé a été jugé contradictoirement ou a la faculté de former opposition.

En application de l'article 695-32 1° du code de procédure pénale, lorsque la personne recherchée pour l'exécution d'une peine en vertu d'un mandat d'arrêt européen a été jugée en son absence, la chambre de l'instruction doit s'assurer que l'intéressé peut faire opposition ou qu'il a été cité à personne et a été informé de la date et du lieu de l'audience.

Lorsqu'il résulte, sans ambiguïté, des informations complémentaires fournies par l'autorité requérante, conformément à l'article 695-33 dudit code, qu'il a été convoqué personnellement à l'audience, l'intéressé doit être remis, aucun texte n'exigeant la production de la décision de condamnation.

Crim. - 8 février 2011.

REJET

N° 11-80.261. - CA Chambéry, 6 janvier 2011.

M. Louvel, Pt. - Mme Radenne, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Pivnicia et Molinié, Av.

N° 1089

Pouvoirs des juges

Excès de pouvoir. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Méconnaissance du principe de loyauté des débats.

L'excès de pouvoir rendant recevables les recours-nullité à l'encontre d'une décision de justice ne saurait résulter ni de la méconnaissance du principe de loyauté des débats, ni du grief tiré d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Com. - 8 mars 2011.

IRRECEVABILITÉ

N° 09-71.764. - CA Versailles, 15 octobre 2009.

Mme Pinot, Pt (f.f.). - M. Arbellot, Rap. - SCP Defrenois et Levis, SCP Pivnicia et Molinié, Av.

N° 1090

Presse

Abus de la liberté d'expression. - Publications interdites. - Publication d'actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle. - Actes de procédure correctionnelle. - Définition. - Témoignages issus d'une enquête préliminaire dans une procédure pour abus de faiblesse. - Portée.

Une cour d'appel qui constate que de larges extraits de témoignages recueillis dans des procès-verbaux dressés lors d'une enquête préliminaire, présentant une personne comme manipulée et affaiblie, ont été publiés dans un hebdomadaire peut en déduire, faisant une exacte application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, que cette personne est fondée à invoquer un préjudice personnel du seul fait de cette publication, dès lors que les actes dressés par les services de police au cours d'une enquête sont des actes de procédure au sens de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881.

1^{re} Civ. - 28 avril 2011.

REJET

N° 10-17.909. - CA Paris, 19 mars 2010.

M. Charruault, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, SCP Roger et Sevaux, Av.

N° 1091

Union européenne

Concurrence. - Entente et position dominante. - Entente. - Exemption par catégorie. - Distribution automobile. - Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002. - Articles 3 et 4. - Véhicule d'occasion. - Condition.

Conformément au Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, la seule immatriculation d'un véhicule ne suffit pas à lui conférer la qualité de véhicule d'occasion. Il appartient au juge de rechercher si celui-ci a déjà été conduit sur route pour exclure son caractère neuf.

En se bornant à affirmer que le seul critère objectif pour déterminer si un véhicule est neuf apparaît être celui de la première immatriculation du véhicule, qui implique nécessairement une première mise en circulation et lui fait perdre sa qualité de véhicule neuf, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Com. - 15 mars 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-11.854. - CA Versailles, 26 novembre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Tréard, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Tiffreau et Corlay, SCP Ghestin, Av.

N° 1092

Union européenne

Cour de justice de l'Union européenne. - Question préjudicielle. - Interprétation des actes pris par les institutions de l'Union. - Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002. - Article premier 1 f. - Critères définis dans un système de distribution sélective.

Un fournisseur ayant fait valoir que son « *numerus clausus* », qui prévoyait un certain nombre de contrats pour un nombre limité de sites, constituait un critère de sélection quantitatif justifiant son refus d'agrément d'un candidat-distributeur, il importe, dans le silence du Règlement sur les exigences relatives aux

critères de sélection en matière de distribution automobile sélective quantitative, de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

Que faut-il entendre par les termes de « critères définis » figurant à l'article premier 1 f du Règlement d'exemption (CE) n° 1400/2002, du 31 juillet 2002, s'agissant d'une distribution sélective quantitative ?

Com. - 29 mars 2011.

*RENOI DEVANT LA COUR DE JUSTICE
DE L'UNION EUROPÉENNE*

N° 10-12.734. - CA Paris, 2 décembre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Tréard, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Peignot et Garreau, Av.

N° 1093

Union européenne

Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000. - Procédures d'insolvabilité. - Article 3. - Compétence internationale. - Juridiction du lieu du centre des intérêts principaux du débiteur. - Débiteur personne physique. - Lieu du centre de ses intérêts. - Preuve.

En matière de compétence internationale de la juridiction française, l'article 3 § 1 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, ne présumant pas que le centre des intérêts principaux du débiteur personne physique est situé à son domicile ou à sa résidence, ce centre s'entend du lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et il est donc vérifiable par les tiers.

En conséquence, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant retenu que la débitrice avait accumulé un important passif en Allemagne, où elle exerçait ses activités, qu'elle avait pris en location dans le département du Bas-Rhin un appartement avec sa sœur, impliquée dans les mêmes mésaventures commerciales, en laissant dans son pays d'origine le reste de sa famille, que ses dépenses, pour des besoins non alimentaires, étaient anormalement faibles et que, ne parlant pas la langue française, elle avait conclu en France un contrat de travail avec une entreprise dont on ignorait la nature des activités, voire si elles étaient réelles, en a déduit que la débitrice n'avait pas en France, à la date d'introduction de sa demande, le centre de ses intérêts principaux.

Com. - 15 février 2011.

REJET

N° 10-13.832. - CA Colmar, 2 février 2010.

Mme Favre, Pt. - M. Rémy, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 1094

Union européenne

Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000. - Procédures d'insolvabilité. - Article 26. - Ordre public. - Effets manifestement contraires. - Cas. - Méconnaissance du droit d'accès au juge. - Portée.

Après avoir énoncé que, selon l'article 16 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, tout État membre doit reconnaître la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'origine, sans pouvoir vérifier lui-même la compétence des juridictions de cet État, mais qu'un refus de reconnaissance est possible, par application de l'article 26, lorsque celle-ci produirait des effets manifestement contraires à l'ordre public national, l'arrêt en déduit exactement qu'un tel refus peut être fondé sur la méconnaissance du droit d'accès au juge et, notamment, sur l'impossibilité pour un créancier domicilié dans

un État membre autre que celui d'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité de contester effectivement, dans l'État d'ouverture, la compétence assumée par ses juridictions.

À ce titre, ayant retenu que le décret royal du 16 mars 1942 réglementant la procédure de *concordato preventivo* permettait à tout créancier de former opposition au concordat et d'interjeter appel du jugement d'homologation de celui-ci, sans qu'il soit exclu, à cette occasion, de discuter de la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure, la cour d'appel, par cette interprétation souveraine de la loi italienne, a constaté l'existence d'un recours de droit national permettant à la banque créancière de contester que le centre des intérêts principaux des sociétés débitrices fût situé en Italie, de sorte que l'article 16 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, trouvait à s'appliquer en l'espèce.

Com. - 15 février 2011.

REJET

N° 09-71.436. - CA Douai, 24 septembre 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Rémy, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

N° 1095

Union européenne

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000. - Article 5 § 1. - Compétence spéciale en matière contractuelle. - Lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. - Définition. - Applications diverses. - Lieu de livraison ressortant d'une disposition spéciale du contrat de vente de marchandises.

Aux termes de l'article 5 § 1 a du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001, du 22 décembre 2000, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

En vertu du paragraphe 1 b de ce même article, aux fins de l'application de cette disposition et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est, pour la vente de marchandise, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées.

Le lieu de livraison des marchandises au sens de l'article 5 § 1 b du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, peut ressortir d'une disposition spéciale du contrat de vente matérialisant l'accord des parties.

Com. - 22 mars 2011.

REJET

N° 10-16.993. - CA Paris, 18 mars 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Tréard, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

N° 1096

Union européenne

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000. - Article 22 § 2. - Compétence exclusive en matière de validité des décisions des organes des sociétés. - Tribunal du lieu du siège. - Portée. - Défendeur non établi dans un État membre de l'Union européenne.

Aux termes de l'article 4 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence

judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de ce dernier, sous réserve de l'application, notamment, de l'article 22 du même Règlement, lequel prévoit que sont seuls compétents, sans considération de domicile, en matière de validité des décisions des organes des sociétés ayant leur siège sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, les tribunaux de cet État.

Dès lors, encourt la cassation, pour violation de ces textes, un arrêt d'une cour d'appel ayant retenu, dans un litige portant sur la validité d'une convention de cession des droits de marque conclue en l'absence d'autorisation préalable par le conseil

d'administration de la société cédante, que le Règlement (CE) n° 44/2001 n'était pas applicable à la société cessionnaire, cette dernière n'étant pas établie dans un État membre de l'Union européenne, et en ayant déduit que la règle prévue à l'article 42 du code de procédure civile, donnant compétence au tribunal du domicile du défendeur, transposée en matière internationale, devait recevoir application.

Com. - 15 mars 2011.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-72.027. - CA Lyon, 13 octobre 2009.

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

IV. - JURIDICTIONS NATIONALES EUROPÉENNES

RÉSUMÉS D'ARRÊTS DE COURS SUPRÊMES EUROPÉENNES

Allemagne

N° 1097

Union européenne

Propriété intellectuelle. - Droit d'auteur. - Directive 2001/29 CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2011. - Droit de reproduction. - Exception de copie privée. - Compensation équitable. - Redevance sur les appareils destinés à la réalisation de copies. - Défaut de prise en considération d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. - Violation du droit au juge prévu par la loi.

Dans son ordonnance du 30 août 2010, la Cour constitutionnelle fédérale (ci-après « BVerfG ») a statué sur le recours constitutionnel intenté contre l'arrêt de la Cour fédérale de justice (ci-après « BGH ») du 6 décembre 2007. Dans cet arrêt, le BGH avait jugé que l'article 54 a de la loi allemande sur le droit d'auteur (libellé ancien) ne prévoyait pas de redevances sur les imprimeurs et les traceurs.

En vertu de la loi allemande sur le droit d'auteur (ci-après « UrhG »), il est licite, dans certaines limites, de faire des copies isolées d'une œuvre pour un usage privé. En compensation, l'article 54 a de la UrhG, dans sa version applicable en l'espèce, prévoit que, lorsqu'on peut s'attendre à ce qu'une œuvre soit reproduite par photocopie, l'auteur de l'œuvre a droit au paiement, par le fabricant ou l'importateur des appareils destinés à la réalisation de telles copies, d'une rémunération équitable (...).

Partant, en raison d'une atteinte au droit (quasi) fondamental au juge prévu par la loi, le BGH n'ayant pas pris en compte la possibilité d'un renvoi préjudiciel, le BVerfG a cassé l'arrêt attaqué et a renvoyé l'affaire au BGH. Dans le cadre de la considération d'une éventuelle obligation de renvoi, celui-ci devra également examiner si l'article 14 de la GG (droit de propriété) exige une interprétation de l'article 54 a de la UrhG, qui permet de donner suite à la demande de la requérante, le droit d'auteur étant protégé en tant que propriété au sens de la Constitution. Dans ce cas, un renvoi préjudiciel pourrait s'avérer non nécessaire pour rendre le jugement.

Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 30 août 2010, 1BvR. 1631/08.

Pologne

N° 1098

Union européenne

Droit constitutionnel. - Égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. - Discrimination en matière de pension de vieillesse. - Réglementation fixant un âge général de la retraite différent pour les hommes et les femmes. - Admissibilité. - Conditions.

Dans une décision rendue le 15 juillet 2010, sur saisine du Médiateur, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la conformité d'une disposition de la loi du 17 décembre 1998 sur les pensions et les rentes du fonds d'assurance sociale, fixant l'âge général de la retraite à 65 ans pour les hommes et à 60 ans pour les femmes, avec les articles 32 et 33 de la Constitution.

Ces dispositions proclament l'égalité de tous devant la loi, soulignant l'égalité des femmes et des hommes dans la vie familiale, politique, sociale et économique, et interdisant toute discrimination pour une raison quelconque. Dans sa plainte, le Médiateur considérait que la différenciation de l'âge de la retraite était défavorable pour les femmes parce qu'elles cotisent durant une période plus courte que les hommes mais perçoivent une pension plus longtemps, de sorte que le montant des prestations dont elles bénéficient est plus bas (...).

Bien que le « privilège compensatoire » (il s'agit de mécanismes permettant de réduire le décalage dans le montant des pensions, tels que le versement de cotisations par l'État pendant un congé de maternité ou un congé parental, l'introduction de la pension minimale et la moyenne d'âge commune pour les deux sexes dans la formule de calcul des pensions) en faveur des femmes soit, pour la Cour constitutionnelle, admissible à la lumière du droit international et européen, elle est consciente de son caractère temporaire. La Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application, entre autres, la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite (...). En conséquence, la Cour constitutionnelle a décidé de signaler au Parlement, par une ordonnance du même jour, la nécessité d'introduire une réforme ayant pour but de niveler progressivement l'âge général de la retraite.

Trybunał Konstytucyjny, arrêt du 15 juillet 2010, K 63/07.

Slovaquie

N° 1099

Union européenne

Rapprochement des législations. - Procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. - Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004. - Principe de non-discrimination entre les soumissionnaires. - Obligation d'un adjudicateur de mentionner expressément, dans l'avis de marché, la possibilité de reconnaissance des qualifications professionnelles obtenues par des soumissionnaires étrangers dans l'État membre d'établissement.

Par son arrêt du 4 mai 2010, la *Najvyšší súd Slovenskej republiky* (la Cour suprême de la République slovaque, ci-après « la Cour suprême ») s'est prononcée sur le problème de la discrimination dans le cadre de la passation des marchés publics.

Dans cette affaire, la requérante avait introduit un recours contre l'Office des marchés publics (le défendeur) qui visait à obtenir l'examen de la décision de ce dernier ayant infligé à la requérante, en tant qu'entité adjudicatrice, l'obligation de lever

des conditions discriminatoires prévues par ladite entité dans son avis de marché (...).

La Cour suprême est parvenue à la conclusion que le recours de la requérante n'était pas fondé et devait être rejeté. Dans sa motivation, elle a souligné que, pour respecter le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, il est nécessaire, dans l'avis de marché, de mentionner expressément que les diplômes et les certificats déposés par les soumissionnaires étrangers, établis selon la législation nationale de l'État membre d'établissement, pourraient être reconnus en Slovaquie. Le défaut de cette information est susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des soumissionnaires non nationaux et, partant, constitue une discrimination. Même le fait que la requérante, en réagissant aux griefs du soumissionnaire étranger, a informé ce dernier de la faculté que les certificats requis pour le concours pouvaient être établis par l'État membre d'établissement n'était pas susceptible de réparer la violation du principe de non-discrimination. L'état d'incertitude des soumissionnaires non nationaux, quant à l'étendue de leurs droits et obligations, doit être déjà éliminé au stade de l'appel d'offres.

Najvyšší súd, arrêt du 4 mai 2010, 5 S f 37/2009.

Extrait de *Reflets*, n° 3/2010, site Curia de la Cour de justice de l'Union européenne.

Tribunal des conflits

N° 1100

1^o Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Action en contrefaçon opposant une personne privée à une autre. - Objets litigieux fournis en exécution d'un marché public - Absence d'influence.

2^o Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Responsabilité des personnes morales de droit public. - Dommages imputés à leurs services publics administratifs. - Contrefaçon de dessins et modèles.

1^o Est sans incidence sur la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître d'une action en contrefaçon opposant une personne privée à une autre la circonstance que les objets litigieux ont été fournis par une société en exécution d'un marché public.

2^o Si la responsabilité qui peut incomber à l'État ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est en principe soumise à un régime de droit public et relève en conséquence de la juridiction administrative, il résulte de l'article L. 521-3-1 du code de la propriété intellectuelle que, par dérogation à ces principes, la recherche de la responsabilité des personnes morales de droit public en raison d'une contrefaçon de dessins et modèles qui leur serait imputée relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Par suite, la mise en jeu de la responsabilité d'une commune en raison des fautes qu'elle aurait commises en installant, sur une dépendance de la voirie communale, des barrières et potelets en méconnaissance des droits qu'une société détiendrait sur un modèle de barrière ressortit à la compétence de la juridiction judiciaire.

2 mai 2011.

N° 11-03.770. - TA Caen, 9 mars 2010.

M. Martin, Pt. - M. Arrighi de Casanova, Rap. - M. Sarcelet, Com. du gouv.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 62, juillet-août 2011, Actualités - éclairage, n° 3526, p. 15 à 17, note Jean-Michel Bruguière (« Compétence du juge administratif en matière de propriété intellectuelle - Quel pataquès ! »), et dans ce même numéro, Actualités, n° 3533, p. 22, note Ildo D. Mpindi (« Compétence juridictionnelle pour l'action dirigée contre une personne publique en matière de dessins et modèles »).

N° 1101

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses usagers. - Applications diverses.

Les liens existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers étant de droit privé, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître des dommages causés à un usager du service par une personne privée participant, en qualité de titulaire d'un marché public de services, à l'exécution de ce service.

L'action en garantie formée par l'entreprise titulaire du marché public contre son sous-traitant, qui trouve son origine dans le contrat de droit privé liant ces deux parties, relève aussi de la compétence de la juridiction judiciaire.

Il s'ensuit que la juridiction judiciaire est seule compétente pour connaître du litige relatif à des négligences commises dans l'accomplissement d'une mission de surveillance qui oppose une société qui a souscrit auprès d'une commune un contrat d'abonnement au système de télésurveillance d'habitations et de commerces, mis en place par celle-ci sur son territoire, à la société à laquelle la commune a confié ce service par marché public, et celle-ci au liquidateur de la société à laquelle elle avait sous-traité les prestations de surveillance en cause.

2 mai 2011.

N° 11-03.776. - TA Montpellier, 7 mai 2010.

M. Martin, Pt. - M. Honorat, Rap. - M. Sarcelet, Com. du gouv. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

N° 1102

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Responsabilité des personnes morales de droit public. - Dommages imputés à leurs services publics administratifs. - Fonctionnement défectueux des services de l'Autorité des marchés financiers. - Portée.

La responsabilité qui peut incomber à l'État ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public et relève en conséquence de la juridiction administrative. Il n'en va autrement que si la loi, par une disposition expresse, a dérogé à ce principe.

Si l'article L. 621-30 du code monétaire et financier réserve à l'autorité judiciaire compétence pour connaître des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 du même code, et si, par suite, il en va de même pour les actions tendant à la réparation des conséquences dommageables nées de telles décisions, en revanche, les actions mettant en cause le fonctionnement

défectueux des services de cette autorité publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

Ainsi, relève de cette juridiction la demande d'une société, prestataire de services d'investissement agréé, formée contre l'Autorité des marchés financiers en indemnisation des préjudices qu'elle estime avoir subis du fait des conditions fautives dans lesquelles la Commission des opérations de bourse puis l'Autorité des marchés financiers auraient instruit les demandes de visa des documents d'information du public qu'elle avait présentées pour plusieurs sociétés clientes souhaitant avoir accès au marché boursier.

2 mai 2011.

N° 11-03.766. - Conseil d'État, 28 décembre 2009.

M. Martin, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Guyomar, Com. du gouv.

N° 1103

Séparation des pouvoirs

Conflit. - Conflit négatif de juridictions. - Définition. - Déclaration d'incompétence des juridictions de chaque ordre. - Portée.

Ne décline pas sa compétence la cour d'appel qui retient que le demandeur, ayant été radié des listes de demandeurs d'emploi par décision de l'ANPE, ne peut prétendre aux sommes réclamées à l'ASSEDIC et relève que, n'étant pas saisie d'une contestation de cette décision de radiation, susceptible de donner lieu à question préjudicielle devant le juge administratif, il ne lui appartient pas d'en apprécier la légalité et le bien-fondé.

En conséquence, la requête formée auprès du Tribunal des conflits en application de l'article 17, alinéa premier, du décret du 26 octobre 1849 modifié, après que le tribunal administratif a retenu qu'il ne pouvait se prononcer ni sur la décision de l'ASSEDIC, qui relevait de la seule compétence du juge judiciaire, ni sur la décision de radiation prise par l'ANPE, faute d'une question préjudicielle, est irrecevable, à défaut d'un conflit négatif de compétence entre les deux ordres de juridiction.

2 mai 2011.

N° 11-03.788. - TA Bordeaux, 26 décembre 2008.

M. Martin, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Guyomar, Com. du gouv. - SCP Ortscheidt, SCP Boullez, Av.

Cour de cassation

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 20 JUIN 2011

Titre et sommaire	Page 21
Avis	Page 21
Rapport	Page 23
Observations	Page 38

1° Majeur protégé

Procédure. - Ouverture d'une mesure de protection judiciaire. - Requête. - Instruction. - Désistement. - Portée.

2° Cassation

Saisine pour avis. - Demande. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas.- Question sans objet.

1° Dans une procédure aux fins d'ouverture d'une mesure de protection en cours d'instruction devant le juge des tutelles et dès lors qu'aucune décision prononçant une telle mesure n'a encore été prise, le désistement d'instance émanant du requérant met fin à l'instance en application de l'article 394 du code de procédure civile.

2° Lorsque la question sur laquelle l'avis de la Cour de cassation est sollicité est sans objet, il n'y a pas lieu à avis.

AVIS

LA COUR DE CASSATION,

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

Vu la demande d'avis formulée le 25 mars 2011 par le tribunal d'instance de Courbevoie, reçue le 28 mars 2011, dans une instance introduite par Mme X... aux fins d'institution d'une mesure de protection judiciaire à l'égard de Mme Y... veuve Z..., en présence du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, et ainsi libellée :

1° « le désistement d'instance émanant du requérant, accepté, le cas échéant, par la personne à protéger, entraîne-t-il de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection ? »

2° « en cas de conclusion d'un mandat de protection future au cours de la procédure d'instruction d'une demande de mise sous protection, le juge des tutelles peut-il écarter l'application du principe de subsidiarité énoncé par l'article 428, alinéa premier, du code civil lorsqu'il ressort des éléments du dossier, d'une part, que le mandant présentait, à la date de signature du mandat, une altération des facultés mentales qui serait de nature à justifier l'instauration d'une mesure de tutelle et, d'autre part, que, postérieurement à la signature et à la mise en œuvre du mandat, le mandant n'a pas exprimé la volonté d'être représenté dans la gestion de ses affaires et n'est pas en mesure de s'exprimer sur les modalités de gestion prévues par le mandat de protection future ? »

Sur le rapport de Mme Capitaine, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Mellottée, premier avocat général, entendu en ses observations orales ;

Vu les observations écrites déposées par la SCP Roger et Sevaux pour Mme Y... veuve Z... et la constitution de la SCP Waquet-Farge-Hazan pour Mme X...-Z... ;

Sur la première question :

EST D'AVIS QUE, dans une procédure aux fins d'ouverture d'une mesure de protection en cours d'instruction devant le juge des tutelles et dès lors qu'aucune décision prononçant une telle mesure n'a encore été prise, le désistement d'instance émanant du requérant met fin à l'instance en application de l'article 394 du code de procédure civile.

Sur la seconde question :

la seconde question est, par conséquent, sans objet.

DIT N'Y AVOIR LIEU À AVIS.

N° 11-00004 - TI Courbevoie, 25 mars 2011.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Capitaine, Rap., assistée de Mme Norguin, greffier en chef - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Waquet-Farge-Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 7-8, juillet-août 2011, Jurisprudence, p. 377 à 379, note Thierry Verheyde (« De la nature de la procédure aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire d'un majeur »). Voir également la Revue juridique Personnes et famille, n° 9, septembre 2011, p. 18 à 20, note Jérôme Casey (« Le désistement de l'instance en protection est libre : quid de la protection du majeur ? »), la revue Droit de la famille, n° 9, septembre 2011, commentaire n° 134, p. 33 à 35, note Ingrid Maria (« Plein effet du désistement d'instance accepté par la personne à protéger »), et la revue Procédures, n° 8-9, août-septembre 2011, commentaire n° 271, p. 21-22, note Mélina Douchy-Oudot (« Procédure devant le juge des tutelles : désistement d'instance »).

Rapport de Mme Capitaine

Conseiller rapporteur

Par jugement en date du 25 mars 2011, le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur les questions suivantes :

« 1° le désistement d'instance émanant du requérant, accepté, le cas échéant, par la personne à protéger, entraîne-t-il de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection ? »

« 2° en cas de conclusion d'un mandat de protection future au cours de la procédure d'instruction d'une demande de mise sous protection, le juge des tutelles peut-il écarter l'application du principe de subsidiarité énoncé par l'article 428, alinéa premier, du code civil lorsqu'il ressort des éléments du dossier, d'une part, que le mandant présentait, à la date de signature du mandat, une altération des facultés mentales qui serait de nature à justifier l'instauration d'une mesure de tutelle et, d'autre part, que, postérieurement à la signature et à la mise en œuvre du mandat, le mandant n'a pas exprimé la volonté d'être représenté dans la gestion de ses affaires et n'est pas en mesure de s'exprimer sur les modalités de gestion prévues par le mandat de protection future ? »

Après le rappel des faits et de la procédure (I), seront examinées successivement la recevabilité de la demande d'avis (II) et les éléments participant de la discussion au fond (III).

I. - Rappel des faits et de la procédure

Par requête du 6 octobre 2010, Mme X... a saisi le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie aux fins d'ouverture d'une mesure de protection juridique à l'égard de sa mère, Mme Y..., veuve Z...

Par ordonnance du 17 novembre 2010, le juge des tutelles a déclaré recevable la requête et, par une seconde ordonnance prononcée le même jour, a désigné trois experts aux fins d'examiner Mme Y..., veuve Z... Celle-ci a interjeté appel des deux ordonnances.

Le 6 décembre 2010, Mme Y..., veuve Z..., a signé un mandat de protection future, en la forme notariée, et celui-ci a été mis en œuvre le 20 janvier 2011, au vu du certificat médical établi le 17 décembre 2010 par un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République.

L'audition de Mme Y..., veuve Z..., par le juge des tutelles est intervenue le 7 février 2011.

Par lettre du 1^{er} mars 2011, Mme X... a déclaré se désister de l'instance qu'elle a introduite et, par lettre du 3 mars 2011, Mme Y..., veuve Z..., a accepté ce désistement.

Par jugement du 25 mars 2011, le juge des tutelles a sollicité l'avis de la Cour de cassation tant sur l'effet du désistement intervenu que sur le rôle du juge des tutelles dans le cadre de la mise en œuvre d'un mandat de protection future au cours de la procédure d'instruction d'une demande de mise sous protection.

II. - Recevabilité de la demande d'avis

A. - Au regard des règles de forme

Le juge des tutelles du tribunal d'instance, conformément à l'article 1031-1 du code de procédure civile, a invité les parties à conclure sur son intention de saisir la Cour pour avis.

Les conseils de Mmes Y..., veuve Z..., et X... ont déposé des observations le 11 mars 2011.

Le ministère public a déposé, le 14 mars 2011, des conclusions aux termes desquelles il estime, d'une part, que la première question ne lui paraît pas poser de difficulté sérieuse, car les désistements d'instance présentés n'éteignent pas à eux seuls la procédure en cours, le parquet, partie à l'instance, pouvant solliciter la poursuite de l'instance ou se désister également, d'autre part, que, la loi ne prévoyant pas l'hypothèse selon laquelle le juge des tutelles est déjà saisi préalablement à la signature du mandat de protection future d'une demande de protection, il convient de savoir si le juge des tutelles ne doit pas exercer son contrôle sur la pleine conscience de la personne à protéger de la nature et de la portée du mandat de protection future, et justifie ainsi sur cette question la saisine de la Cour de cassation.

Le jugement du 25 mars 2011 saisissant la Cour pour avis a été notifié aux parties (AR des 28 et 29 mars 2011), au parquet (AR du 28 mars 2011), ainsi qu'aux premier président et au procureur général près la cour d'appel de Versailles (AR du 29 mars 2011).

Les diligences accomplies satisfont en conséquence aux règles de forme prévues par les articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile.

B. - Au regard des règles de fond

S'agissant des règles de fond, conformément à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il importe de déterminer si la question posée est « une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ».

1. L'existence d'une question de droit

La première question posée, qui oppose une règle de procédure consistant à reconnaître au désistement un effet d'extinction de l'instance en toute matière (article 394 du code de procédure civile) dès lors qu'il est accepté par le défendeur (article 395 du code de procédure civile) et l'application de cette règle à la matière particulière de la protection des majeurs vulnérables lorsque le juge des tutelles a déclaré la requête initiale recevable et a commencé l'instruction de l'affaire, est une question de droit.

La seconde question porte sur l'articulation des mesures judiciaires de protection avec le mandat de protection future et l'office du juge des tutelles, notamment lorsque ce mandat est conclu pendant la procédure d'instruction de la mesure de protection, et non antérieurement.

La demande d'avis pose la question en faisant référence « *aux éléments du dossier* », dont il ressortirait que « *le mandant présentait, à la date de signature du mandat, une altération des facultés mentales qui serait de nature à justifier l'instauration d'une mesure de tutelle et, d'autre part, que, postérieurement à la signature et à la mise en œuvre du mandat, le mandant n'a pas exprimé la volonté d'être représenté dans la gestion de ses affaires et n'est pas en mesure de s'exprimer sur les modalités de gestion prévues par le mandat de protection future* ».

L'affirmation selon laquelle « *le mandant présentait, à la date de signature du mandat, une altération des facultés mentales qui serait de nature à justifier l'instauration d'une mesure de tutelle* » montre une appréciation des éléments de faits par le juge, sans que d'ailleurs l'une des parties ne semble avoir contesté la validité de l'acte signé devant un notaire.

De même, le constat selon lequel « *le mandant n'a pas exprimé la volonté d'être représenté dans la gestion de ses affaires et n'est pas en mesure de s'exprimer sur les modalités de gestion prévues par le mandat de protection future* » résulte de l'audition du mandant intervenue deux mois après la signature du mandat. Or, le mandat de protection future est destiné à être mis en œuvre lorsque le mandant ne sera plus en mesure de pourvoir seul à ses intérêts : doit-on alors vérifier si le mandant est en accord avec le mandat alors qu'il a été constaté une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté ? N'est-ce pas simplement l'expression de la nécessité de la mise en œuvre du mandat de protection future ?

La deuxième partie de la question, qui fait expressément référence aux éléments du dossier, peut paraître très liée à l'espèce, n'est-elle pas mélangée de fait et de droit ?

N'aurait-elle pas pu être posée dans des termes plus généraux ?

La question qui fait référence au principe de subsidiarité ne vise-t-elle pas l'articulation entre l'article 428, alinéa premier, du code civil et l'article 414-1 du code civil, et la possibilité pour le juge des tutelles d'invoquer d'office ce dernier article lorsque le mandat de protection future est signé et mis en œuvre au cours de la procédure d'instruction d'une demande de mise sous protection ?

2. L'existence d'une question nouvelle

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

La première question est posée au regard de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, qui a notamment supprimé la possibilité pour le juge des tutelles de se saisir d'office. L'article 430 du code civil délimite les conditions de saisine du juge des tutelles, qui ne peut plus être saisi que par les proches de la personne à protéger ou le ministère public.

Antérieurement, le juge des tutelles pouvait, sur simple signalement d'un tiers, se saisir d'office. On peut donc penser qu'un désistement d'instance, s'il existait avant l'entrée en vigueur de la loi de 2007, avait une portée limitée, le juge des tutelles pouvant se saisir d'office.

Sous l'empire de la loi nouvelle, la saisine d'office du juge des tutelles a été supprimée, sauf exceptions très limitées. C'est désormais le procureur de la République qui peut saisir le juge des tutelles, soit à la demande d'un tiers, soit d'office. Il joue ainsi un rôle de filtre quant aux signalements reçus, et dispose d'un pouvoir d'opportunité quant à la suite à donner.

Il ne semble pas que le législateur de 2007, en supprimant la saisine d'office *ab initio* du juge des tutelles, ait mesuré les conséquences de cette suppression au regard du désistement d'instance, et notamment qu'il ait envisagé la portée d'un tel désistement lorsqu'il émane du requérant d'une mesure de protection, alors que l'article 394 du code de procédure civile l'envisage en toute matière et qu'il est inchangé depuis 1976.

Il convient donc de considérer cette question comme étant nouvelle.

La seconde question s'attache à une institution qui a été créée par la loi du 5 mars 2007 et qui pour l'instant n'a pas reçu de nombreuses applications. La Cour de cassation a-t-elle déjà été saisie de difficultés lors de la mise en œuvre du mandat de protection future ?

Par un arrêt récent du 12 janvier 2011 (pourvoi n° 09-16.519), la première chambre civile a jugé :

« *Attendu que, par ordonnance du 12 septembre 2008, le juge des tutelles du tribunal d'instance de Toulouse a placé Mme X... sous sauvegarde de justice pour la durée de l'instance et confié la réalisation d'une enquête sociale à l'union départementale des associations familiales de la Haute-Garonne (l'UDAF 31) ; que, par une ordonnance du 22 décembre 2008, le juge des tutelles a désigné l'UDAF 31 en qualité de mandataire spécial de Mme X... ; que cette dernière a introduit un recours à l'encontre de cette*

décision en sollicitant la désignation de son fils, M. Y..., en qualité de mandataire ; que, **par acte notarié du 19 février 2009, Mme X... a conclu un mandat de protection future désignant M. Y... comme mandataire ;**

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... et M. Y... font grief au jugement attaqué (Toulouse, 29 juin 2009), d'avoir confirmé l'ordonnance en ce qu'elle a désigné l'UDAF 31 en qualité de mandataire spécial de Mme X... et d'avoir écarté le mandat de protection future établi par Mme X... au profit de son fils, M. Y..., et prononcé la mise sous curatelle renforcée de Mme X... en désignant l'UDAF 31 en qualité de curateur, alors, selon le moyen, que la révocation du mandat de protection future exige de démontrer que son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant ; qu'en se contentant de relever que le manque de transparence de M. Richard Y... joint à la mise à l'écart de sa sœur et de ses enfants faisaient obstacle à sa désignation en qualité de curateur sans expliquer en quoi le mandat de protection future par lequel Mme Denise X... a institué son fils, Richard Y..., en qualité de mandataire était de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant, le tribunal a statué par des motifs impropres à fournir une base légale à sa décision au regard de l'article 483 4° du code civil ;

Mais attendu qu'en application de l'article 483 2° du code civil, le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ; que, par la décision attaquée, le tribunal a placé Mme X... sous le régime de la curatelle renforcée sans qu'une décision contraire maintienne le mandat de protection future ; que le moyen est inopérant ;

Sur le second moyen :

Attendu que Mme X... et M. Y... font le même grief au jugement, alors, selon le moyen, que la désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur pour le cas où elle serait placée en curatelle s'impose au juge, sauf si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter ; qu'en décidant d'écarter M. Richard Y..., pourtant désigné en qualité de curateur par Mme X..., épouse Y..., sans vérifier en quoi la mise à l'écart de sa sœur, Martine Y..., et le manque de transparence qui lui étaient imputés auraient été contraires à l'intérêt de sa mère et sans rechercher en quoi l'intérêt de Mme X..., épouse Y..., commandait une telle décision, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 448 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que M. Y... n'avait fait parvenir, après diverses relances, que quelques renseignements épars, insuffisants pour permettre de déterminer si son intervention dans la gestion était conforme aux intérêts de la personne protégée, qu'il avait favorisé la vente du logement de sa mère puis la conclusion d'un contrat de bail alors qu'un mandataire était désigné dans l'intérêt de cette dernière, qu'elle était sous l'influence grandissante de M. Y..., qui l'isolait du reste de la famille et qu'elle était éprouvée par ce conflit entre ses enfants, le tribunal en a déduit souverainement que son intérêt commandait d'écarter M. Y... des fonctions de curateur et de confier l'exercice de celles-ci à l'UDAF 31 ; que le moyen ne peut être accueilli ».

La Cour a ainsi reconnu au juge des tutelles le pouvoir d'écarter le mandat de protection future signé postérieurement à sa saisine, ainsi que la désignation de la personne devant exercer les fonctions de curateur, en considérant que la décision du juge des tutelles instaurant une mesure de protection avait pour conséquence de mettre fin au mandat de protection future, conformément aux dispositions de l'article 483 2° du code civil. Elle a aussi estimé qu'il appartenait aux juges du fond, en vertu de leur pouvoir souverain, d'apprécier, en application de l'article 448 du code civil, la situation dans l'intérêt de la personne protégée, en considérant que cet intérêt permettait de repousser l'application du principe de subsidiarité.

Cet arrêt peut-il à lui seul répondre à la question posée ? Dans l'espèce ayant donné lieu à la question posée, le juge des tutelles, s'il a déclaré recevable la requête, n'a pas placé la majeure sous sauvegarde de justice et il peut donc être considéré que la question est nouvelle.

3. L'existence d'une difficulté sérieuse

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

Sur la première question, on peut douter que la difficulté se présente fréquemment devant les juridictions, dans la mesure où, dans une grande majorité de cas, la mesure de protection est sollicitée par le ministère public à la demande d'un tiers. Cependant, la suppression de la possibilité pour le juge des tutelles de se saisir d'office, le nouveau rôle confié au ministère public et l'instauration de mesures conventionnelles de protection telles que le mandat de protection future ont modifié l'équilibre procédural en la matière, et cette question peut à nouveau être posée. Le rôle du ministère public, partie jointe ou partie principale, le domaine particulier relatif à l'ordre public de protection, dans lequel s'inscrit la protection des majeurs vulnérables, nécessitent de préciser si les règles de procédure sur le désistement s'appliquent. Un arrêt, certes ancien (1^{re} Civ., 21 mai 1975, *Bull.* 1975, I, n° 173), semblait les écarter en matière d'acquiescement, en indiquant que la mesure de protection prise par un juge des tutelles intéressait l'ordre public.

On peut imaginer que cette question se pose à nouveau, dans la mesure où l'instauration du mandat de protection future implique une nouvelle possibilité pour les parties d'éviter l'intervention d'un juge, comme il a été rencontré dans l'arrêt du 12 janvier 2011, ci-dessus mentionné.

Sur la seconde question, compte tenu des enjeux du mandat de protection future et de son application encore récente, il est envisageable que de telles questions puissent se réitérer et que des décisions contrares interviennent.

Pour l'instant, il est relevé deux arrêts de cours d'appel ayant statué sur une difficulté à la suite de la mise en œuvre d'un mandat de protection future :

- la cour d'appel de Montpellier, le 14 décembre 2010 (RG n° 10/03994), a ordonné une expertise aux fins de déterminer si le mandant était en état de consentir un mandat de protection future, alors que le juge des tutelles avait rendu un jugement de non-lieu à ouverture d'une mesure de protection au regard du mandat de protection future passé en la forme authentique et conclu antérieurement à la requête en ouverture d'une mesure de protection ;

- la cour d'appel de Grenoble, le 1^{er} mars 2011 (RG n° 10/04062), a écarté le mandat de protection future et la désignation du mandataire en la personne du fils du mandant, en se référant expressément à la décision de la première chambre civile du 12 janvier 2011 et sans motifs précis, mais en énonçant qu'il n'y avait pas lieu à dessaisissement du juge des tutelles.

Dans l'hypothèse où la Cour retiendrait que cette demande d'avis est recevable, il convient d'examiner les éléments de discussion au fond.

III. - Examen de la demande d'avis et éléments de réponse

A. - La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, a été publiée au *Journal officiel* du 7 mars 2007, mais n'est entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2009 pour l'essentiel de ses dispositions, certaines d'entre elles étant d'application immédiate. Elle a été suivie du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 modifiant le code de procédure civile et du décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs.

Si la loi du 3 janvier 1968 avait confié au juge des tutelles un rôle essentiel dans la protection des majeurs, **la loi de 2007 a conforté les principes fondamentaux du droit des régimes de protection juridique en ré-équilibrant les rôles des différents intervenants**. Pour reprendre l'expression d'un auteur, « *la protection des majeurs est essentiellement judiciaire, prioritairement familiale et toujours protectrice des libertés individuelles* »¹. Le législateur de 2007 est resté dans la logique de la loi de 1968, mais a assoupli des systèmes de protection pour mieux les adapter aux cas particuliers et a renforcé les garanties offertes aux personnes protégées, en ne s'intéressant plus seulement à la protection de son patrimoine, mais également à la protection de la personne elle-même.

L'une des idées force de la loi nouvelle illustrée par l'article 415 du code civil est de replacer la personne vulnérable au centre du dispositif de protection².

De même, l'article 428 du code civil mentionne les principes qui ont guidé le législateur de 2007 : principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation de la mesure de protection. Il dispose que « *la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé. La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé* ».

La révision quinquennale des mesures, la prohibition de la saisine d'office du juge des tutelles, la création du mandat de protection future, la priorité donnée à la famille ou au conjoint et à l'application des règles du régime matrimonial pour éviter une mesure de protection illustrent la volonté du législateur de la mise en œuvre de ces principes.

La loi de 2007 a renforcé le principe de subsidiarité et vise à déjudiciariser la protection des majeurs. Ce principe, qui remonte à 1968, est le pilier du droit des majeurs protégés. Il signifie que la mesure judiciaire n'est prononcée qu'en l'absence de mesures moins contraignantes et moins attentatoires aux libertés individuelles.

Il demeure que le juge des tutelles joue un rôle important dans la protection des majeurs car, une fois saisi, il lui appartient de constater la nécessité de la mesure de protection compte tenu de l'altération des facultés personnelles de l'intéressé (mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté : article 425 du code civil) le mettant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Il devra, dans l'exercice de son office, respecter les principes ci-dessus rappelés. Au-delà des décisions prises sur les dossiers, il exerce, avec le procureur de la République, une surveillance générale des mesures de protection de son ressort (article 416 du code civil), il peut procéder à des mesures conservatoires lorsque les biens d'un majeur sous sauvegarde de justice risquent d'être mis en péril et garde la possibilité de demander des informations et de convoquer les personnes chargées de la protection, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle.

¹ Y. Favier, *Juris-Classeur, procédure civile*, fasc. 340, p.10, n° 34.

² Article 415, alinéa 2 et 3, du code civil : « *Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci* ».

B. - Le désistement d'instance émanant du requérant à une mesure de protection

1. Le cadre général

Le désistement consiste dans le fait de renoncer à un avantage, de l'abandonner. Il peut porter **soit sur l'action (article 384 du code de procédure civile), soit sur l'instance (article 385 du code de procédure civile), ou encore sur un acte de procédure**. Le désistement d'un acte de procédure est dépourvu de tout effet extinctif d'instance, alors que le désistement d'instance et le désistement d'action en ont un, qui se produit à titre principal pour le premier, à titre accessoire pour le second, la fin de l'instance n'étant alors que la conséquence d'une disparition de l'action.

Le désistement d'instance est seulement une renonciation à l'instance engagée, et une nouvelle instance pourra donc être introduite « *si l'action n'est pas éteinte par ailleurs* » (article 385 du code de procédure civile), par exemple par application d'un délai de prescription ou de forclusion. **Ce désistement permet au demandeur de mettre fin à l'instance.**

Le désistement de la demande en première instance est admis en toute matière (article 394 du code de procédure civile). Cette possibilité traduit le principe directeur du procès énoncé à l'article premier du code de procédure civile : les parties introduisent l'instance, « *elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi* ».

En principe, le désistement peut intervenir à tout moment, au cours de l'instance, même après la clôture des débats (Soc., 16 juillet 1987, *Bull.* 1987, V, n° 514), mais il est soumis à la nécessité de l'acceptation du défendeur, « *sauf si le défendeur n'a présenté aucune défense au fond ou fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste* » (article 395 du code de procédure civile).

L'acceptation doit être donnée par une personne capable, ou par un mandataire muni d'un pouvoir spécial. La capacité requise pour se désister dépend de l'objet de la renonciation ; le désistement d'action suppose, de son auteur, la capacité de disposer de ce droit alors que, s'agissant du désistement d'instance, la seule capacité requise est celle permettant d'agir en justice³.

L'absence d'acceptation empêche le désistement de produire ses effets et l'instance se poursuit.

Selon l'article 384, alinéa 2, du code de procédure civile, le juge constate le désistement lorsque les parties sont d'accord sur l'extinction de l'instance, ou le déclare (article 396 du code de procédure civile) lorsque le refus d'acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime.

L'effet du désistement d'instance est l'extinction de l'instance à titre principal et a pour conséquence l'anéantissement rétroactif de tous les actes de procédure accomplis au cours de l'instance, y compris la demande initiale⁴, mais laisse en principe subsister le droit d'agir du demandeur (article 398 du code de procédure civile). L'extinction de l'instance vaut pour les rapports entre les parties et s'impose également au juge. Une fois le désistement parfait, il ne saurait statuer sur le fond du litige. Le désistement d'instance ne produit ses effets qu'entre le demandeur qui le donne et le défendeur qui l'accepte. Il n'emporte aucune conséquence vis-à-vis des tiers.

Le désistement d'instance ne tendant pas à mettre fin au droit d'exercer l'action, mais seulement à éteindre l'instance en cours (article 398 du code de procédure civile), il est valable, en particulier, en ce qui concerne les actions d'état.

Quelles sont les exceptions au principe selon lequel le désistement est admis en toute matière ?

Lorsque le désistement affecte l'instance engendrée par un appel, une opposition ou un pourvoi en cassation, le principe est le même, mais le législateur a réservé l'existence de dispositions contraires (articles 400 et 1025 du code de procédure civile). Ainsi, l'article 1122 du même code prévoit qu'un majeur protégé ne peut se désister de l'appel interjeté contre un jugement de divorce rendu qu'à la condition d'avoir obtenu l'autorisation du juge des tutelles.

En matière de droits indisponibles, il est admis que le désistement d'appel, équivalent à un acquiescement au jugement, est interdit (notamment en matière de filiation) et, pour certains auteurs, **se pose la question de savoir s'il ne convient pas d'exclure, de manière générale, le désistement d'instance d'appel dans les matières touchant l'ordre public** (notamment en matière de nationalité)⁵. La jurisprudence, bien qu'ancienne, semble sur ce point répondre par l'affirmative, tant en ce qui concerne la nationalité que l'état des personnes (Nancy, 13 juillet 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, 281 ; Colmar, 11 janvier 1961, *D.* 1962, somm. 24 ; Montpellier, 19 mars 1951, *Gaz. Pal.*, T. 1951-1955)⁶.

Lorsqu'il s'agit du désistement d'action, qui éteint l'action elle-même et accessoirement l'instance, celui-ci n'est autorisé qu'à la condition de porter sur un droit auquel il est possible de renoncer. **Dès lors, le désistement est interdit lorsqu'il porte sur un des droits indisponibles, d'ordre public**. Il constitue une renonciation au droit d'agir intervenant postérieurement à l'introduction du procès. Comme ce désistement entraîne la renonciation au droit d'agir en justice et que l'action permet d'assurer la réalisation ou la protection d'un droit, le désistement équivaut à une renonciation à ce droit substantiel. Le désistement d'une action

³ Y. Strickler, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, mars 2010, n° 27 à 29. S. Guinchard (ss dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2009/2010, n° 352.262.

⁴ N. Fricero, *Juris-Classeur, procédure civile*, fasc. 682, n° 88.

⁵ N. Fricero, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 682, n° 20, et M. Jourdain, « Limiter les mesures de protection judiciaire : les techniques mises en place par la loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application », *Forum famille Dalloz* du 26 juillet 2010, p. 4 à 7.

⁶ Y. Strickler, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, mars 2010, spéc. n° 19 ; N. Fricero, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 682, n° 18.

relative à la filiation est interdit par l'article 323 du code civil (1^{re} Civ., 20 janvier 1981, *Bull.* 1981, I, n° 22)⁷, et cet arrêt illustre l'admission du désistement d'instance en matière de filiation. Assimilé à la renonciation anticipée en tant qu'il porte sur le droit lui-même, il est exclu en matière d'actions d'état ; la jurisprudence rejette tout désistement d'action portant sur l'état des personnes (1^{re} Civ., 17 juin 1957, *Bull.* 1957, I, n° 279, à propos d'une action en recherche de paternité) ou intéressant un droit d'ordre public (Orléans, 31 mars 1855, *DP* 1855, 2, 225, à propos d'une action en réduction du prix de cession d'un office ministériel).

2. Le désistement d'instance au regard des spécificités de la procédure tutélaire

On peut penser que la suppression de la saisine d'office du juge des tutelles, comme le recours des décisions du juge des tutelles devant la cour d'appel et non plus devant le tribunal de grande instance, tend à rapprocher la procédure spécifique de la protection des majeurs de la procédure civile de droit commun et restaure le rôle de la requête, quelque peu oublié antérieurement⁸. Mme Jourdain, lors d'une journée d'étude, a ainsi pu dire que « *longtemps considérée comme spécifique (appel devant le tribunal de grande instance, absence de représentation obligatoire), la procédure en matière de protection de majeurs tend à devenir une procédure de droit commun, dans laquelle le respect du contradictoire et du droit à l'information du majeur protégé sont renforcés* », mais « *qu'il est vrai que l'intervention judiciaire ne repose pas à l'origine sur un contentieux mais sur l'état mental du sujet, situation objective, qui nécessite une protection du juge judiciaire, lequel est constitutionnellement le garant des libertés individuelles* »⁹.

Peut-on considérer que la réforme de 2007 a supprimé totalement les spécificités de la procédure tutélaire ? Et si ces spécificités existent, permettent-elles de faire obstacle aux règles du désistement d'instance ?

2.1. Les spécificités de la procédure tutélaire

Certaines spécificités procédurales demeurent car la matière n'est pas « ordinaire » :

- la procédure est en principe gracieuse, puisqu'elle ne vise pas, *a priori*, à régler une situation litigieuse, mais à mettre en place une protection. Si le juge estime utile, en raison d'un conflit, de trancher le conflit selon une procédure contradictoire, il peut, si nécessaire, et dans l'intérêt des parties, transformer partiellement la procédure en procédure contentieuse (article 1213 du code de procédure civile). Elle devient alors soumise aux règles du contradictoire applicables au droit commun de la procédure civile ;

- l'appel, s'il est désormais de la compétence de la cour d'appel, doit être formé au greffe de la juridiction de première instance (article 1242 du code de procédure civile) ;

- le principe du contradictoire s'applique pendant la procédure d'instruction et permet au requérant, et, sur autorisation du juge des tutelles, aux personnes énumérées à l'article 430 du code civil si elles justifient d'un intérêt légitime, de consulter le dossier (article 1222 du code de procédure civile). S'agissant du majeur à protéger ou protégé, il peut également consulter le dossier à tout moment de la procédure, mais le juge peut restreindre cette consultation en excluant tout ou partie des pièces par ordonnance motivée, si leur consultation est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave ;

- l'audition de la personne à protéger est une formalité substantielle, et le juge ne peut y déroger que par une décision motivée ;

- les règles de notification des jugements sont également spécifiques quant aux personnes auxquelles sont notifiés les jugements, le juge des tutelles pouvant apprécier l'opportunité d'une notification, et quant aux décisions elles-mêmes (articles 1230 à 1231 du code de procédure civile).

Par ailleurs, le juge des tutelles assure, pendant la procédure et durant la période de vulnérabilité du majeur, **un suivi permanent du dossier**, qui lui permet de modifier la mesure à tout instant, sous certaines conditions (article 442, alinéa 3, du code civil). Même en cas d'appel, le juge des tutelles reste compétent pour prendre les mesures nécessaires à la préservation des droits et intérêts de la personne protégée (article 1246 du code de procédure civile), l'appel ne pouvant paralyser la procédure de protection. À ce titre, **le principe dispositif n'est pas applicable** : le juge n'a pas à attendre que les parties le saisissent pour intervenir et n'est pas limité par leur demande. Une fois la procédure ouverte, il peut, même d'office, prendre un très grand nombre de mesures, et les parties ne maîtrisent pas l'objet du litige. Le juge des tutelles a même l'obligation d'intervenir dans le renouvellement des mesures à peine de caducité de celles-ci, sans que l'une des parties (personne protégée, ministère public, famille) ne le saisisse. Cela a pour corollaire **une autorité de la chose jugée relative et provisoire** de ses décisions car, à tout moment, le juge peut être saisi, ou se saisir lui-même, d'une situation sur laquelle il a déjà statué, et prendre une décision différente.

L'explication de ces spécificités procédurales réside dans le dispositif de protection des majeurs, qui a pour finalité l'intérêt de la personne protégée, la protection des majeurs étant instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne (article 415 du code civil). Il s'agit d'une procédure aux fins de protection, et non d'un procès civil contentieux entre des parties que le juge doit départager. La procédure est gracieuse et non contentieuse ; « *le juge intervient de manière permanente, non en raison d'un conflit, mais parce qu'il a directement un rôle dans le déroulement de la mesure* »¹⁰.

⁷ L. Topor, « État et capacité des personnes », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, janvier 1990, spéc. n° 132 ; L. Weiller, Action d'état, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, janvier 2010, spéc. n° 24.

⁸ M. Jourdain, « Limiter les mesures de protection judiciaire : les techniques mises en place par la loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application », *Forum famille Dalloz*, 26 juillet 2010, p. 5.

⁹ M. Jourdain, « Limiter les mesures de protection judiciaire : les techniques mises en place par la loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application », *Forum famille Dalloz*, 26 juillet 2010, p. 4.

¹⁰ L. Pécaut-Rivolier et T. Verheyde, « Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, mars 2010, spéc. n° 8.

Certains auteurs rappellent que les lois sur l'incapacité sont impératives, assimilés aux lois d'ordre public et régies par l'article 6 du code civil, la renonciation aux mesures de protection ne pouvant se concevoir¹¹.

Une illustration de ce principe est l'unanimité des auteurs pour considérer que le majeur qui refuse de se faire examiner ne peut faire obstacle à la procédure. En principe, la requête doit être accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat médical circonstancié (article 431 du code civil), l'absence d'un tel document résultant du refus du majeur de consentir à l'examen médical, et l'établissement d'un certificat de carence a amené les juges des tutelles à passer outre pour admettre la recevabilité de la requête, ce qui avait été approuvé par la Cour de cassation sous l'empire de la loi de 1968, car il est difficilement admissible que la personne à protéger ou ceux qui l'entourent puissent paralyser toutes les procédures¹². En ce sens, le tribunal de grande instance de Mont-de-Marsan, par un jugement rendu le 8 octobre 2009, a infirmé la décision d'un juge des tutelles ayant déclaré irrecevable la requête du ministère public qui n'était pas accompagnée d'un certificat médical circonstancié et l'a déclaré recevable en constatant que l'absence de ce certificat résultait du refus de la majeure à protéger d'être examinée par un médecin, en précisant que la volonté du législateur n'était pas d'empêcher la protection d'un majeur qui en aurait besoin¹³. Un pourvoi a été formé à l'encontre de ce jugement et doit être examiné le 15 juin 2011 par la première chambre civile (pourvoi n° 10-21.879).

De même, la référence à l'ordre public semble toujours d'actualité au regard du rôle essentiel donné au ministère public lors de l'ouverture de la mesure et, plus généralement, dans sa mission générale de contrôle des mesures de protection.

Un auteur estime que la volonté du législateur de déjudiciariser le droit des incapacités en créant le mandat de protection future et des mesures d'accompagnement des personnes vulnérables a bouleversé l'équilibre instauré, introduit une nouvelle conception de l'ordre public et **ouvre la voie à un ordre public de protection**¹⁴. Un autre estime que « *le juge est le garant de l'ordre public de protection* »¹⁵, ou que « *le droit des personnes protégées relève de l'ordre public de protection, qui souffre peu d'entorses conventionnelles* »¹⁶, un autre encore précisant que « *la promotion de la volonté doit légitimement plier devant la sécurité de la protection* » et qu'il ne saurait être question « *que la mise à exécution d'un mandat de protection future soit instrumentalisée à la seule fin de faire échec au bon fonctionnement d'une sauvegarde provisoire puis d'une éventuelle tutelle ou curatelle* »¹⁷.

2.2. La spécificité de la procédure au regard de la saisine du juge des tutelles

Du nouveau dispositif de protection des majeurs, qui a pour finalité l'intérêt de la personne protégée, découle un encadrement strict par la loi de l'ouverture des mesures de protection. Notamment, l'initiative de la personne et celle de ses proches est renforcée. Il leur est donné priorité pour déposer une requête auprès du juge.

Selon l'article 430 du code civil, « *la demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique. Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers* ». Le juge est saisi par requête remise ou adressée au greffe du tribunal d'instance (articles 1217 et 1259-3 du code de procédure civile).

Ainsi, la loi du 5 mars 2007 renforce de façon considérable le rôle des proches et du procureur de la République, **le juge des tutelles perdant la faculté de se saisir d'office** des procédures aux fins de curatelle ou de tutelle, alors que, sous l'empire du droit antérieur, plus de la moitié des mesures de protection (54 %) était mise en œuvre sur une saisine d'office du juge¹⁸. Ce mécanisme introduit par la loi du 3 janvier 1968 avait été vivement critiqué en ce qu'il paraissait ne pas correspondre aux exigences du procès équitable et du juge impartial, conformément à la jurisprudence élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme. Averti par un simple signalement d'un proche du majeur ou des services sociaux, le juge des tutelles pouvait se saisir d'office. Les travaux parlementaires ont souligné que ce mode de saisine pouvait donner au majeur protégé le sentiment que la conviction du juge était acquise d'avance, alors qu'il déclenchait la procédure, instruisait le dossier et décidait des mesures à prendre, ou encore qu'il pouvait subir une forte pression des établissements hospitaliers ou des maisons de retraite et que le principe proscrivant l'auto-saisine du juge garantissait que les solutions alternatives à la tutelle seraient examinées, renforçant ainsi le principe de subsidiarité¹⁹.

Désormais, c'est le procureur de la République qui sera chargé d'un rôle de filtre des demandes émanant de tiers ou de membres de la famille qui ne souhaitent pas être à l'initiative de la requête.

¹¹ L. Pécaut-Rivolier et T. Verheyde, « Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, n° 21.

¹² 1^{er} Civ., 18 janvier 1972, *Bull.* 1972, I, n° 21 ; 10 juillet 1984, *Bull.* 1984, I, n° 223 ; J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2009, n° 283. Th. Fossier, A. Batteur, A. Carron-Deglise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements. Protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, Litec, 2009, n° 43 et 196 ; O. Bonhomme, « Majeurs protégés : bilan de la réforme - Le point de vue d'un parquetier », *AJ Famille* 2011, p. 185 ; A. Batteur, *Juris-Classeur civil code*, fasc. 10, n° 72.

¹³ Tribunal de grande instance de Mont-de-Marsan, 8 octobre 2009, *Recueil Dalloz* 2010, p. 2052.

¹⁴ A. Batteur, « Contrat et mesures de protection », *JCP* 2008, éd. N, 1275, n° 17.

¹⁵ P. Carli, « Exactitude et probité, le mandat notarié de protection future, instrument de la pérennité de la gestion du patrimoine », *JCP* 2009, éd. N, 1233, n° 1.

¹⁶ Ph. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », *Droit et patrimoine* 2008, p. 74.

¹⁷ N. Peterka, « Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire », *JCP éd. G*, avril 2011, 416.

¹⁸ Exposé des motifs de la loi n° 2007-308, p. 8.

¹⁹ Sur ce point : travaux parlementaires, rapport n° 3557 de M. E. Blessig, Assemblée nationale, p. 77, 136 à 138, et Rapport n° 212 de M. de Richemont, Sénat, p. 127 et 128.

Si la saisine d'office du juge des tutelles est exclue pour l'ouverture de la mesure et l'aggravation de celle-ci (article 442, alinéa 4, du code civil), **cette possibilité est maintenue pour le renouvellement, la modification** (changement de curateur ou de tuteur), **la substitution d'une autre mesure** (sauf pour la renforcer) **ou la décision de fin de la mesure** (article 442, alinéa 3, du code civil)²⁰.

De même, l'article 485 du code civil, relatif au mandat de protection future, énonce que « *le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique dans les conditions et selon les modalités prévues aux sections 1 à 4 du présent chapitre.*

Lorsque la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.

Le mandataire de protection future et les personnes désignées par le juge sont indépendants et ne sont pas responsables l'un envers l'autre ; ils s'informent toutefois des décisions qu'ils prennent ».

L'article 1217 du code de procédure civile prévoit que la saisine du juge des tutelles s'effectue par requête, il réserve les cas prévus aux articles 442 et 485 du code civil.

Il résulte ainsi de ces textes que, **dans deux cas limités, le juge des tutelles peut se saisir d'office**²¹. Cela suppose néanmoins que le juge ait déjà ordonné une mesure de protection (article 442 du code civil) ou soit saisi d'une contestation du mandat de protection future (articles 484 et 485 du code civil).

Une fois saisi, le juge des tutelles est un véritable organe de protection, car il détient seul le pouvoir décisionnel sur le choix de la mesure de protection, son renouvellement, sa durée dans le respect des principes directeurs de la loi de 2007.

Le rôle central du juge des tutelles est ressenti également dans les articles 412 et 422 du code civil, qui évoquent la responsabilité des organes de protection des mineurs et des majeurs et ne visent que le juge des tutelles, le greffier en chef et le greffier du tribunal d'instance ; le procureur de la République n'est pas mentionné, même s'il engage par principe la responsabilité de l'État, en application de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, en cas de faute lourde ou de déni de justice.

Une fois la requête jugée recevable et la procédure ouverte, le juge peut prendre, même d'office, un grand nombre de mesures (mesures conservatoires, enquête sociale, mise sous sauvegarde de justice). Une telle analyse a conduit un auteur à affirmer qu'« *une fois que la requête a été déclarée recevable, la procédure est enclenchée et le désistement n'a plus d'effet juridique direct* »²², considérant ainsi que la phase d'instruction ouverte par la décision de la recevabilité de la requête nécessite une décision du juge des tutelles pour y mettre fin : soit l'instruction débouche sur une décision de protection, soit le juge des tutelles dit n'y avoir lieu à mesure de protection. Cette opinion rejoint celle de Mme L. Gatti²³, qui note que « *le juge des tutelles, dès lors qu'il est valablement saisi, peut, et ce, même d'office, ordonner toute mesure d'instruction (article 1221 code de procédure civile) et la volonté de la requérante est impuissante à changer le cours de cette procédure civile* ». L'instruction du dossier ferait ainsi obstacle au désistement du requérant.

Cette analyse doit-elle s'entendre dès lors que la requête a été déclarée recevable ? Ou bien seulement lorsqu'une mesure de protection a déjà été ordonnée ? Notamment, qu'entend-on par procédure ouverte ? Est-ce la procédure de protection ? La phase d'instruction en fait-elle partie ? Dès lors qu'aucune mesure de protection n'a été prise par le juge des tutelles, ne doit-on pas parler seulement d'une instance ouverte à laquelle peut s'appliquer le désistement ?

2.3. Le rôle spécifique du ministère public dans le dispositif de protection des majeurs vulnérables

La réforme place l'ensemble des mesures de protection sous la surveillance générale non plus seulement du juge des tutelles, mais aussi du procureur de la République (article 416, alinéa premier, du code civil)²⁴, et donne à ce dernier un rôle essentiel à l'occasion de l'ouverture d'une mesure de protection, puisqu'il est l'un de ceux, avec les proches, à pouvoir saisir le juge des tutelles. **Il acquiert ici un rôle de filtre des signalements des tiers et un nouveau pouvoir d'opportunité en matière civile** comme en matière d'assistance éducative²⁵ : « *Le parquet peut considérer, au vu des éléments du signalement, ou des renseignements complémentaires obtenus, qu'une mesure de protection n'est pas nécessaire ou que la personne vulnérable a, certes, besoin d'être protégée, mais que d'autres dispositifs de protection permettraient ou permettent déjà d'assurer cette protection. Il en est ainsi si le parquet constate que des procurations suffisantes sont en place auprès des proches et fonctionnent dans de bonnes conditions ; de même si la personne vulnérable est mariée et que l'autre époux a déjà diligemment une procédure en application des articles 217 ou 219 du code civil ; ou bien si le parquet est informé qu'un mandat de protection future a été mis en œuvre et qu'il n'a pas connaissance de difficultés de fonctionnement*²⁶ ».

²⁰ Circulaire CIV/01/09 du 9 février 2009, spéc. p. 18-19.

²¹ Sur cette analyse : Nathalie Peterka, « Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire », *JCP 1011*, éd. G, n° 15, p. 416 ; Circulaire CIV/01/09 du 9 février 2009, spéc. p. 18-19.

²² L. Pécaut-Rivolier, « Affaire Z... : le juge des tutelles est-il dessaisi ? », *D.* 2010, p. 2960.

²³ *Forum famille Dalloz*, « Affaire Z... : le juge des tutelles est-il vraiment dessaisi ? », billet du 10 décembre 2010, réponse de L. Gatti.

²⁴ Travaux parlementaires, rapport n° 3557 de M. E. Blessig, Assemblée nationale, p. 120 ; rapport n° 212 de M. de Richemont, Sénat, p. 109.

²⁵ Travaux parlementaires, rapport n° 212 de M. de Richemont, Sénat, p. 53-53. Circulaire CIV/01/09 du 9 février 2009, spéc. p. 12.

²⁶ Circulaire CIV/01/09 du 9 février 2009, spéc. p. 13.

Le procureur ne devient pas lui-même un organe de protection, car il ne détient aucun pouvoir décisionnel sur l'instauration d'une mesure qui appartient au seul juge des tutelles, mais il ne peut être considéré comme étranger au procès au regard de la mission générale de contrôle qui lui est donnée par la loi.

S'il saisit lui-même le juge des tutelles ou exerce un recours, **il agit comme partie principale** : il doit alors, comme n'importe quelle partie, accomplir les actes de procédure nécessaires à la conduite de l'instance²⁷.

Si le ministère public n'a pas lui-même saisi le juge des tutelles, **il est néanmoins partie jointe** dans la procédure de protection introduite par un requérant. Lorsqu'il intervient « *pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication* » (article 424 du code de procédure civile), il n'agit pas en justice, il intervient dans un procès déjà engagé et donne son avis par conclusions, sans que cette communication ne lui donne le droit d'intervenir comme partie principale. Selon l'article 425 1° du code de procédure civile, il doit avoir communication des affaires « *relatives à l'ouverture ou à la modification des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs* », à peine de nullité de la procédure (article 1225 du code de procédure civile).

Les cas spécifiés à l'article 425 du code de procédure civile intéressent l'ordre public, même si cette précision a disparu, la notion d'ordre public permettant l'action d'office²⁸.

Pourrait-on soutenir que dès lors que le dossier est communicable au ministère public, la matière intéresse l'ordre public de protection, et que même si le ministère public n'est que partie jointe, le fait que l'ordre public soit en cause fait obstacle aux parties de se désister ?

Le législateur, en prévoyant la saisine d'office du juge des tutelles par le ministère public, n'a-t-il pas prévu la mise en œuvre de l'ordre public de protection ?

2.4. Les causes d'extinction de l'instance tutélaire

La position de la doctrine

Selon J. Massip, « *l'instance aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle s'éteint normalement par le jugement, soit qu'il prononce une mesure de protection, soit qu'il décide n'y avoir lieu à cette mesure* »²⁹. Il faut y ajouter également le décès de la personne visée dans la requête, le décès du requérant et la caducité de la requête.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, **il était admis que ne pouvaient figurer dans les causes d'extinction de l'instance aux fins d'ouverture de la tutelle ni l'acquiescement, ni le désistement, ni la transaction**³⁰. M. Massip indiquait que ces causes ne s'appliquaient pas car l'action relevait de l'état des personnes.

Sa position est plus nuancée après l'entrée en vigueur de la réforme de 2007³¹. Il estime que si, comme auparavant, l'action aux fins de tutelle ou de curatelle, relative à l'état des personnes, n'est susceptible ni d'acquiescement ni de transaction, « **le requérant pourrait se désister de sa demande, l'action pouvant alors être poursuivie par le ministère public s'il estimait qu'une mesure de protection est nécessaire** ».

Dans un ouvrage collectif sous la direction de T. Fossier³², la position initiale de J. Massip est reprise et il est fait référence à un arrêt du 21 mai 1975 (1^{re} Civ., 21 mai 1975, *Bull.* 1975, I, n° 173) qui a jugé que « *le jugement ouvrant une curatelle, intéressant l'ordre public, n'est pas susceptible d'acquiescement de la part de la personne frappée d'incapacité* ». Cependant, cet arrêt a été rendu au regard des articles 892-4 et 894 de l'ancien code de procédure civile.

On l'a vu (*cf.* notes 22 et 23), reprenant cette position, Mmes L. Pécaut-Rivolier et L. Gatti, commentant la présente affaire, estiment que dès lors que la requête a été déclarée recevable, le désistement n'a plus d'effet juridique direct.

Doit-on douter de la pertinence d'une telle analyse après l'entrée en vigueur du « nouveau » code de procédure civile, le 1^{er} janvier 1976, qui n'écarte aucune matière de la possibilité du désistement et dès lors que le juge des tutelles n'a pas prononcé de mesure de protection, mais a simplement déclaré la demande recevable ?

Il est vrai que la question était vaine avant la réforme de 2007, dans la mesure où le juge des tutelles pouvait se saisir d'office. Dès lors, même si le requérant se désistait, le juge des tutelles conservait la possibilité de se saisir d'office et de continuer à instruire le cas qui lui était présenté. On peut se demander si le législateur de 2007 a mesuré l'effet de la suppression de la saisine d'office du juge des tutelles au regard d'un désistement du requérant, ou si le rôle dévolu au procureur de la République a, dans son esprit, remplacé le rôle joué auparavant par le juge des tutelles.

La jurisprudence admet le désistement d'instance en matière tutélaire, notamment au stade du recours, comme en témoigne implicitement un arrêt récent de la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 6 mai 2010, relatif au recours exercé par la mère de la majeure protégée à l'encontre de la décision du juge des tutelles ayant transféré l'exercice de la curatelle à un autre organe de protection, la deuxième chambre

²⁷ O. Gout, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc.100 : « Ministère public - Attributions judiciaires en matière civile » - spéc. n° 5.

²⁸ O. Gout, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 101, n° 7.

²⁹ J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2009, spéc. n° 396, p. 325.

³⁰ J. Massip « Les majeurs protégés », *Defrénois* 1994, spéc. n° 174, p. 171.

³¹ J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2009, spéc. n° 396, p. 326.

³² T. Fossier (ss dir.), *Curatelle, tutelle, accompagnements - Protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, Litec professionnel 2007, spéc. n° 239-240, p. 95.

civile de la Cour de cassation (2^e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-65.266) a estimé que c'est en violation de l'article 400 du code de procédure civile que le tribunal a considéré qu'il n'était pas saisi d'une demande de désistement, alors que figurait au dossier une lettre adressée par la demanderesse au tribunal, portant le cachet du greffe, par laquelle elle indiquait expressément se désister de son recours.

Si cet arrêt concerne les modalités du désistement, il est possible d'en déduire implicitement que le désistement d'instance est admis en matière tutélaire.

De même, de nombreux arrêts de cours d'appel admettent le désistement, qu'il émane du majeur protégé ou de ses proches, ou encore des organes tutélaire (Lyon, 12 octobre 2010, RG n° 10/02063 ; Bourges, 21 avril 2011, RG n° 11/00026 ; Rennes, 26 octobre 2010, RG n° 10/02669 ; Paris, 15 février 2011, RG n° 10/17614 ; Lyon, 22 février 2011, RG n° 10/04684 ; Lyon, 25 janvier 2011, RG n° 10/03565 ; Lyon, 7 décembre 2010, RG n° 10/02751 ; Rennes, 2 novembre 2010, RG n° 10/03925).

Certes, il s'agit de décisions dans le cadre d'un recours et non pas de décisions de première instance, et on peut soutenir qu'en appel, l'opportunité d'une mesure de protection a déjà été examinée par le juge des tutelles, la cour d'appel n'ayant à appliquer qu'une règle procédurale.

C. - L'articulation du mandat de protection future avec les mesures judiciaires de protection

1. Présentation du mandat de protection future, instrument conventionnel de protection juridique

1.1. Notion de mandat de protection future

Les principes rappelés à l'article 415 du code civil doivent diriger les interventions des professionnels et des familles, **une mesure judiciaire n'est plus une réponse automatique, mais doit intervenir uniquement lorsqu'on ne peut l'éviter, et doit être proportionnée et limitée dans le temps**. Le législateur a voulu, au nom des principes de liberté individuelle et de solidarité familiale, favoriser l'anticipation par chacun de l'affaiblissement de ses facultés et limiter le recours au juge³³. L'intervention judiciaire est primée par la volonté des personnes (le mandat de protection future), et **les principes de nécessité et de subsidiarité s'imposent au juge des tutelles**³⁴.

Décrit par la doctrine comme « *l'innovation la plus remarquable* »³⁵ ou « *la plus médiatisée* »³⁶ de la réforme du 5 mars 2007, le mandat de protection future est défini par l'article 477 du code civil : « *Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.*

La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.

Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié ».

Toute personne prévoyante pourra désormais se protéger elle-même ou protéger autrui sans être obligée de recourir aux solutions légales, qui ne s'appliqueront que par défaut et par nécessité.

Le mandat de protection future est soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 du code civil, qui traitent du mandat et qui ne sont pas incompatibles avec celles qui sont précisées aux articles 477 à 494 du code civil. Les exceptions aux règles générales du mandat sont nombreuses, notamment lorsque le mandat de protection future s'étend à la protection de la personne.

Il présente la particularité d'être de nature contractuelle, et consacre ainsi le respect de la volonté individuelle en laissant à la personne qui souhaite anticiper l'avenir et son incapacité éventuelle le soin d'organiser sa protection dont il pourra avoir besoin. **Son originalité est ainsi de permettre d'établir un contrat dans une matière, la capacité, qui fait partie de l'état des personnes, droit indisponible**. Ce dispositif était également attendu par les familles touchées par le handicap, car il est possible aux parents d'un enfant atteint d'un handicap d'organiser l'avenir de celui-ci après leur disparition sans recourir à une mesure de tutelle, la loi ayant prévu le mandat pour autrui.

L'organisation de ce mode de protection conventionnelle présente la particularité de créer un régime de représentation sans toucher à la capacité du mandant, plus apparenté à une procuration d'administrer les biens d'autrui. En effet, les actes passés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution ne sont pas nuls, mais rescindables pour lésion ou réductibles pour excès. L'action en nullité pour trouble mental sur le fondement de l'article 414-1 du code civil est admise et pourrait être intentée par l'intéressé ou son mandataire.

³³ A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection : les principaux aménagements de la loi », *Droit et patrimoine* 2008, p. 50.

³⁴ En ce sens, T. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs », guide de lecture de la loi du 5 mars 2007, *JCP* 2007, éd. G, I, 118.

³⁵ J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy, « Majeurs protégés », *D.* 2008, p. 313.

³⁶ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Deffrénois* 2009, article 38882.

L'ouverture d'une procédure en vue d'instaurer une mesure de protection ne prohibe pas la conclusion d'un tel contrat, la seule prohibition étant pour les majeurs placés sous tutelle.

Tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandant peut le modifier dans les mêmes formes ou le révoquer en notifiant sa révocation au mandataire, et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant (articles 489 et 492 du code civil).

Le mandat peut être confié à toute personne physique jouissant de la capacité civile et apte à exercer une charge tutélaire, ou à une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs arrêtée par le préfet (article 480 du code civil).

Le mandat de protection future n'est pas pour autant un acte de pure volonté et de liberté totale : il obéit lui-même à quelques dispositions d'ordre public qui l'encadrent, notamment lorsqu'il est étendu à la protection de la personne, ou lorsqu'il s'agit des actes de disposition sur le logement, la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée, ou l'ouverture d'un autre compte (article 427 du code civil).

C'est donc un contrat singulier qui se démarque des règles habituelles du mandat, car « *il écarte les règles habituelles de capacité, fait une place incertaine à la liberté contractuelle, aménage la force obligatoire, qu'il assouplit ou renforce, ne reçoit pas toujours l'effet relatif* »³⁷.

Si la rédaction du mandat de protection future dépend de la forme adoptée (notariée ou seing privé), **la loi ne donne pas de précision sur les conditions de rédaction et, notamment, il n'est pas exigé un avis médical au moment de celle-ci**, de nature à éviter toute contestation ultérieure³⁸, ce qui pourrait être considéré comme une faille du système. Si l'on considère qu'il s'agit d'un contrat, il requiert une capacité juridique pleine et entière, mais le majeur sous sauvegarde de justice ou sous curatelle avec l'accord de son curateur peut conclure un tel mandat.

Lorsqu'il est notarié, le mandat de protection future a une portée plus large quant à ses effets. Lors de la signature, le notaire vérifiera l'identité et la capacité des intéressés, leur consentement, et il peut donner conseils et explications. Le notaire signe l'acte et engage sa responsabilité. La capacité du mandant doit être appréciée au jour de la signature car, pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit (article 414-1 du code civil), et ce principe s'applique également à l'acte de prévoyance. On peut alors s'interroger sur la possibilité d'un majeur sous sauvegarde de justice de conclure seul un mandat de protection future : « *La sauvegarde atteste a priori une altération des facultés personnelles, si bien que le risque de mandat extorqué par des mandataires sans scrupules est maximal. Le risque sera limité en cas de mandat notarié, par l'obligation qui pèse sur l'officier ministériel de refuser d'instrumenter en présence d'un trouble mental sévère et décelable. Mais le mandat sous seing privé n'offre pas cette sécurité* »³⁹.

Seul un majeur placé sous tutelle ne peut conclure un mandat de protection future. Il est possible pour la personne mise sous sauvegarde de justice et pour la personne sous curatelle assistée de son curateur de conclure un tel mandat. A. Bateur relève que « *la notion de consentement à un acte par une personne placée sous un régime de protection semble bien connaître des inflexions. L'idée même de consentement à un acte par un incapable atteint d'une altération de ses facultés mentales est complexe* »⁴⁰.

La capacité du mandant lors de la signature du mandat de protection future peut être contestée dans les termes de l'article 414-1 du code civil, et il revient à celui qui invoque l'insanité d'esprit d'apporter les éléments de preuve attestant de l'existence d'un trouble mental au moment de la conclusion du mandat de protection future permettant au juge d'apprécier la validité du mandat.

La preuve de l'insanité d'esprit relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Néanmoins, il convient de rappeler que, de son vivant, l'action en nullité n'appartient qu'à l'intéressé (article 414-2, alinéa premier, du code civil), ce qui limite une telle action du vivant de la personne à protéger.

Concernant les effets du mandat de protection future sur la capacité, certains auteurs concluent au maintien de celle-ci, c'est également en ce sens que vont les travaux préparatoires⁴¹, alors que d'autres auteurs pensent que le mandat de protection future conduit à l'incapacité. En fait, le mandat de protection future concilie les deux notions, le majeur gardant sa capacité dans les domaines où il n'est pas prévu que le mandataire intervienne.

Par ailleurs, le mandat de protection future peut sembler écarter le principe de proportionnalité : en effet, plusieurs années avant la perte de ses facultés, **l'intéressé va définir « sa » mesure de protection sans savoir quel degré va atteindre son incapacité**. De même, certaines mesures vont encadrer la volonté privée, mais **le mandat n'est pas limité dans le temps comme peuvent l'être les mesures judiciaires de protection**.

1.2. Mise en œuvre du mandat de protection future

Lorsqu'il est médicalement établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts par suite d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté (article 481 du code civil), le mandat de protection future peut prendre effet. Le certificat médical doit émaner d'un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République. Il est présenté par le mandataire au

³⁷ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Répertoire du notariat Deffrénois*, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142.

³⁸ C. Jonas, « Majeurs protégés : bilan de la réforme, Le point de vue d'un médecin spécialisé », *AJ Famille* 2011, p. 183.

³⁹ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Répertoire du notariat Deffrénois*, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142.

⁴⁰ A. Bateur, « Contrat et mesures de protection », *JCP* 2008, éd. N, 1275, n° 26.

⁴¹ Travaux parlementaires, rapport n° 3557 de M. E. Blessig, Assemblée nationale, p. 193 ; rapport n° 212 de M. de Richemont, Sénat, p. 183.

greffe du tribunal d'instance et il sera visé par le greffier, avant de le restituer au mandataire. Le contrôle du greffier est purement formel et le visa qu'il appose indique la date de prise d'effet du mandat (article 1258-3 du code de procédure civile). Le mandat de protection future ne peut plus être modifié après cette date.

Le juge n'est pas saisi, sauf si le greffier refusait de viser le mandat, et il ne vérifie pas l'existence du besoin de protection.

Aucune mesure de publicité n'est prévue.

1.3. Fin ou suspension du mandat de protection future

L'article 483 du code civil énonce quatre cas dans lesquels le mandat de protection future prend fin :

- le rétablissement des facultés mentales du mandant ;
- le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ;
- le décès du mandataire ou le placement de celui-ci sous une mesure de protection ;
- la révocation du mandat par le juge des tutelles, si les conditions de l'article 425 du code civil ne sont pas réunies, si les règles de la représentation ou celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé, ou enfin si l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant.

Le dernier alinéa de l'article 483 du code civil prévoit également que le juge des tutelles peut suspendre les effets du mandat de protection future pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice.

2. Une articulation au regard du principe de subsidiarité des mesures judiciaires de protection

La loi du 3 janvier 1968 n'avait pas explicité le principe de subsidiarité mais le consacrait implicitement : il résultait en effet des textes, d'une part, qu'une mesure de protection ne devait pas être prononcée si le jeu des régimes matrimoniaux suffisait à assurer la protection des intérêts du majeur, d'autre part, qu'il convenait toujours de privilégier la mesure de protection la plus légère. La loi du 5 mars 2007 a explicité et étendu le principe de subsidiarité.

L'article 428, alinéa premier, du code civil énonce que « *La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé* ».

Les juges ne devront prononcer une mesure de protection judiciaire (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) **qu'à la condition que d'autres des dispositifs juridiques moins contraignants ne puissent être mis en œuvre**, et l'un des instruments de la subsidiarité est la prohibition de la saisine d'office. Il s'agit d'une condition de fond de l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire : le juge des tutelles doit systématiquement rechercher si un autre mécanisme, moins contraignant et moins attentatoire aux libertés individuelles, ne peut permettre la protection de la personne ; notamment, le mandat de protection future s'impose à lui s'il assure une protection suffisante du majeur⁴².

Hormis le recours au droit commun de la représentation et au régime matrimonial, il est donné priorité au mandat de protection future sur les mesures de protection judiciaire (article 483 4^o du code civil) pour les personnes ayant anticipé la dégradation de leur état de santé, donnant ainsi une place importante à la volonté de l'intéressé. Ainsi, une mesure de protection judiciaire ne pourra être ouverte qu'en cas d'insuffisance des autres mécanismes, le juge des tutelles devant motiver sa décision en énonçant notamment en quoi ceux-ci ne peuvent assurer une protection suffisante.

3. L'office du juge des tutelles quant à l'articulation du mandat de protection future avec les mesures judiciaires de protection

Le législateur de 2007 a souhaité organiser une protection juridique « sans juge », en permettant à une personne d'organiser à l'avance celle-ci. En principe, le juge n'a pas à intervenir⁴³.

Certains auteurs déplorent cet « effacement » du juge, estimant qu'il serait nécessaire de « *vérifier que les volontés individuelles sont conformes à l'intérêt de la personne soi-disant protégée. Or, cette conformité est douteuse. La reconnaissance aux volontés individuelles du pouvoir d'organiser la protection à venir va de pair avec l'effacement du juge des tutelles. Et cet effacement n'est pas sans danger* », le juge des tutelles apparaissant comme le garant des intérêts de l'intéressé, « *tiers impartial et désintéressé, qui apprécie les intérêts, veille à la liberté, sanctionne les obligations, assure la neutralité* », alors même que « *l'on présume que les choix volontaires du sujet seront conformes à ses intérêts. C'est oublier, d'abord, que l'on peut se tromper sur ses propres intérêts. À tout le moins, il fallait charger le juge de vérifier l'adéquation du mandat aux intérêts présents du majeur* »⁴⁴. Le système québécois, qui a introduit en 1990 le mandat pour inaptitude,

⁴² Travaux parlementaires, rapport n° 3557 de M. E. Blessig, Assemblée nationale, p. 135 ; rapport n° 212 de M. de Richemont, Sénat, p. 44.

⁴³ Travaux parlementaires, rapport n° 3557 de M. E. Blessig, Assemblée nationale p. 85-86.

⁴⁴ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142.

dont s'inspire le mandat de protection future, a prévu l'homologation par le juge (article 2166 du code civil du Québec), et certains auteurs estiment que ce système aurait évité de nombreux conflits potentiels, certains notaires revendiquant une procédure ouvrant un délai de contestation⁴⁵.

Si l'article 428 du code civil énonce que le principe de subsidiarité s'impose au juge, qui doit respecter la volonté de la personne vulnérable qui a décidé d'organiser sa protection, cette convention n'échappe pas pour autant au contrôle de l'institution judiciaire. Le juge peut être amené à intervenir dans le fonctionnement de ce dispositif non judiciaire : le législateur a en effet estimé que les exigences et les impératifs de la protection de la personne justifiaient, voire imposaient, le contrôle du juge⁴⁶.

Dans le mandat de droit commun, le mandant contrôle lui-même la bonne exécution du contrat par son mandataire. Il peut mettre en cause la responsabilité du mandataire en cas de mauvaise exécution, et même mettre en fin à son activité en le révoquant.

Le mandat de protection future devient irrévocable à compter de sa mise en œuvre et le mandant, en raison de l'altération de ses facultés, n'est pas en principe en état de surveiller la bonne exécution du mandat ; même si le mandat n'institue pas une incapacité, « *il ne peut plus maîtriser ce qu'il a voulu* »⁴⁷.

Il y a lieu de préciser que, dans sa forme notariée, les pouvoirs du mandataire ne sont soumis au contrôle du juge des tutelles, concernant les autorisations éventuelles, que dans les situations les plus extrêmes, celles à même de dépouiller la personne devant être impérieusement protégée (actes de disposition à titre gratuit, actes de disposition du logement).

Un contrôle sera exercé selon les modalités prévues au mandat ou par le notaire qui a établi le mandat (article 491 du code civil) ; concernant les comptes de gestion, le notaire alerté par un mouvement de fonds ou un acte injustifié ou contraire aux stipulations du mandat pourra alors saisir le juge.

Le contrôle du juge des tutelles est en principe général, puisqu'il exerce, avec le procureur de la République, une surveillance générale des mesures de protection de son ressort (articles 416 et 417 du code civil), mais sa limite sera essentiellement l'absence de connaissance de la mise en œuvre du mandat de protection future.

Le juge des tutelles pourra également faire procéder au contrôle des comptes de gestion (article 486, alinéa 2, du code civil), ou demander au mandataire de lui présenter l'inventaire et les comptes de gestion en cas de mandat sous seing privé (article 494 alinéa 2, du code civil).

Mais l'essentiel du contrôle judiciaire s'exercera lors de la mise en œuvre ou de l'exécution du mandat, lorsque le juge des tutelles sera saisi d'une difficulté :

- en matière de protection de la personne elle-même, lorsque le mandataire doit « *prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée* », ou lorsque des difficultés surgissent sur le choix du lieu de résidence de la personne protégée ou dans ses relations avec les tiers, le mandataire doit, en application des articles 459, dernier alinéa, 459-2 et 479 du code civil, informer et saisir le juge des tutelles ;

- lorsque le mandataire souhaite être déchargé de ses fonctions alors que le mandat a été mis en œuvre, il doit saisir le juge des tutelles pour y être autorisé, conformément à l'article 480, dernier alinéa, du code civil ;

- lorsque le mandataire estime nécessaire d'accomplir, dans l'intérêt du mandant, un acte, soumis à autorisation ou non, prévu par le mandat, il doit saisir le juge pour le voir ordonné (article 493 du code civil) ;

- le mandant peut saisir le juge des tutelles pour mettre fin au mandat de protection future s'il estime que ses facultés personnelles sont rétablies (article 483 1^o) ;

- le notaire doit saisir le juge des tutelles s'il décèle une irrégularité dans l'action du mandataire (article 491, alinéa 2, du code civil), sous peine d'engager sa responsabilité ;

- l'article 484 du code civil permet à tout intéressé de saisir le juge des tutelles pour contester la mise en œuvre du mandat ou statuer sur les conditions de son exécution ;

- l'article 483 2^o permet au juge de mettre fin au mandat de protection future lors de l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle ;

- l'article 483 4^o permet au juge de révoquer le mandat lorsque les conditions de l'article 425 ne sont pas réunies, ou lorsque le principe de subsidiarité conduit à faire prévaloir la protection du majeur par son conjoint, ou encore lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. Cette dernière formule, générale, permettrait, selon certains auteurs, d'intervenir de façon préventive, avant même que les intérêts du majeur aient été méconnus⁴⁸ ;

- il peut suspendre le cours du mandat de protection future le temps d'une mesure de sauvegarde de justice ;

- enfin, l'article 485 du code civil permet également au juge des tutelles de substituer une mesure de protection judiciaire au mandat de protection future ou de le modifier, en ouvrant notamment une mesure de protection juridique complémentaire, lorsque « *la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ*

⁴⁵ Ph. Potentier, « Mandat de protection future », *Juris-Classeur civil* code, n° 110 et 111, et « Forces et faiblesses du mandat de protection future », *Droit et patrimoine* 2008, p. 74.

⁴⁶ Circulaire CIV/01/09 du 9 février 2009, p. 68.

⁴⁷ J. Leprovaux, « Le mandat de protection future », *JCP* 2008, édition N, 1274, n° 39.

⁴⁸ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Répertoire du notariat Deffrénois*, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142.

d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne », confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future, et il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire *ad hoc* à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.

J. Massip estime qu'« il semblerait alors normal d'admettre que la mesure de protection juridique complémentaire puisse être décidée par le juge sans qu'il soit nécessaire de suivre toutes les formalités prévues pour l'ouverture des mesures judiciaires de protection, le magistrat disposant d'éléments suffisants tirés de l'existence du mandat et du certificat médical établi par le médecin habilité »⁴⁹. Il donne notamment un exemple en estimant que l'ouverture d'une mesure de tutelle est préférable lorsqu'il y a un risque pour le majeur de se faire extorquer un testament, ce qui aura pour conséquence de faire déclarer nulles les libéralités, alors qu'en cas de mandat de protection future, une action sera nécessaire pour les faire annuler en prouvant l'insanité d'esprit⁵⁰. Reste que l'individualisation de la mesure sera plus difficile à réaliser par le juge des tutelles en l'absence de certificat médical circonstancié.

En résumé, si le contrôle du juge est prévu, il est limité en pratique par la nécessité d'une saisine préalable pour que le juge ait connaissance du mandat, et fait dire à certains auteurs que deux logiques s'opposent : « la logique contractuelle, qui conduit à définir l'intérêt à agir comme le fait le droit commun des contrats et à dénier au juge le pouvoir de modifier le mandat en se fondant sur le principe de la force obligatoire (article 1134 du code civil) ; la logique personnelle, qui conduit à entendre l'intérêt à agir comme en matière de protection judiciaire des majeurs et à donner au juge tous les pouvoirs nécessaires à l'intérêt du majeur », mais, la finalité étant d'assurer la protection d'un majeur, la logique personnelle doit prévaloir sur la logique contractuelle, l'intervention du juge devant être entendue largement, et que « la sécurité contractuelle doit céder devant la sécurité de la protection, et la préservation des intérêts actuels du majeur doit l'emporter sur le respect de sa volonté passée. La sagesse devrait conduire, en raison du caractère illusoire de la protection attachée au mandat, à ne donner effet au mandat que s'il est satisfaisant, et, dans le cas contraire, à passer à une protection judiciaire »⁵¹.

Le législateur n'a pas envisagé le cas particulier du mandat de protection future conclu après la saisine du juge des tutelles en vue d'instaurer une mesure de protection. La seule hypothèse envisagée est celle prévue à l'article 1259-2 du code de procédure civile, lorsque l'existence du mandat est portée à sa connaissance postérieurement à l'ouverture de la mesure de sauvegarde de justice. Il peut alors suspendre les effets du mandat de protection future, qui reprendra éventuellement son cours lorsque la mesure prend fin, ou sera révoqué ou encore prendra fin si le juge des tutelles ouvre une curatelle ou une tutelle.

La signature d'un mandat de protection future pendant l'instruction du dossier par un majeur qui n'est pas encore placé sous une mesure de protection n'a pas été envisagée par le législateur, mais elle est permise, puisqu'un majeur sous sauvegarde de justice peut signer un mandat de protection future.

Cette hypothèse a déjà été rencontrée par les juges du fond, comme l'illustre le cas d'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 12 janvier 2011, le juge des tutelles ne s'estimant pas dessaisi par la signature, en cours de procédure, d'un mandat de protection future et appréciant celui-ci au regard des intérêts du majeur.

L'arrêt rendu par la première chambre civile le 12 janvier 2011 :

aux termes d'un arrêt de rejet⁵², la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu une première décision relative au mandat de protection future. Il a été précisé que le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée, par application de l'article 483 2° du code civil, sauf décision contraire du juge des tutelles (premier moyen), et qu'il entre dans le pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier, en application de l'article 448 du code civil, les éléments leur permettant, dans l'intérêt de la personne protégée, d'écarter la personne qu'elle a désignée pour exercer les fonctions de curateur (deuxième moyen).

Les faits étaient les suivants : saisi par requête du procureur de la République, le juge des tutelles avait rendu deux ordonnances, les 12 septembre et 17 décembre 2008, d'une part, plaçant Mme X... sous sauvegarde de justice pour la durée de l'instance et, d'autre part, confiant la réalisation d'une enquête sociale à l'UDAF. Par une troisième ordonnance, du 22 décembre 2008, l'UDAF était désignée en qualité de mandataire spécial de Mme X... Celle-ci a exercé un recours à l'encontre de la décision du 22 décembre 2008, en sollicitant la désignation de son fils en qualité de mandataire et, parallèlement, a conclu un mandat de protection future désignant son fils comme mandataire. Statuant sur le recours, le tribunal de grande instance (depuis le 1^{er} janvier 2010, la cour d'appel est compétente), par jugement du 29 juin 2009, a confirmé l'ordonnance et a prononcé la mise sous curatelle renforcée de Mme X... en désignant l'UDAF comme curateur, et a rejeté la demande tendant à voir mis en application le mandat de protection future.

Les faits de l'espèce étaient particuliers, puisque le mandat de protection future avait été conclu alors qu'une instance aux fins d'ouverture d'une mesure de protection était pendante et que la majeure était placée sous sauvegarde de justice.

Le premier moyen posait pour la première fois la question de l'articulation entre une procédure judiciaire de protection et un mandat de protection future. Le second moyen, relatif au choix du curateur, a retenu une solution classique, consistant à renvoyer celui-ci à l'appréciation souveraine des juges du fond au regard de l'intérêt du majeur.

⁴⁹ J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2009, n° 575.

⁵⁰ J. Massip, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2009, n° 269, note 6.

⁵¹ D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142, n° 52 et 68.

⁵² 1^{re} Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-16.519.

La question posée par le premier moyen était également de savoir sur quel fondement le tribunal de grande instance avait statué pour écarter le mandat de protection future, car il était soutenu que les juges du fond n'avaient pas démontré en quoi l'exécution du mandat portait atteinte aux intérêts du mandant au regard de l'article 483 4^o du code civil. La première chambre civile a estimé que la mesure de protection décidée, en l'espèce une curatelle, avait pour effet de mettre fin au mandat et a donc considéré que l'article 483 2^o s'appliquait.

Plusieurs commentaires ont été publiés à la suite de cette première décision sur le mandat de protection future. Nombreux sont ceux qui ont souligné que la conclusion du mandat pendant l'instance était destinée à contourner l'éventuelle ouverture de la mesure de protection et surtout la mise à l'écart du fils, que le mandat de protection future ne pouvait être utilisé pour entraver le fonctionnement d'une mesure judiciaire de protection⁵³ et qu'il convenait de se demander si la personne vulnérable avait encore la possibilité de signer un tel contrat en cours de procédure judiciaire, sans aucune assistance, alors même qu'un certificat médical circonstancié avait permis l'ouverture de la procédure⁵⁴.

Ces commentateurs mettent en évidence aussi que, si la réforme de 2007 impose que la volonté du majeur à protéger soit prise en compte, celle-ci ne peut qu'être écartée lorsqu'elle conduit à des décisions contraires à son intérêt⁵⁵. I. Maria estime que la mise à l'écart de la volonté de la majeure protégée est surprenante, car elle n'est conforme ni au principe de priorité familiale, consacré à l'article 450 du code civil, ni au principe de subsidiarité de la mesure judiciaire par rapport au mandat de protection future posé par l'article 428 du code civil, mais cette volonté est primée par l'intérêt du majeur. L. Gatti relève que « *si la volonté et l'intérêt s'opposent, le juge tranche en faveur de l'intérêt* »⁵⁶. J. Massip énonce que cette affaire montre le caractère relatif des principes de nécessité et de subsidiarité des mesures judiciaires de protection, les juges du fond disposant d'un pouvoir d'appréciation pour l'application de ces principes et la Cour de cassation n'exerçant qu'un contrôle de la motivation⁵⁷. N. Peterka estime que « *la promotion de la volonté doit légitimement plier devant la sécurité de la protection* » et qu'il ne saurait être question « *que la mise à exécution d'un mandat de protection future soit instrumentalisée à la seule fin de faire échec au bon fonctionnement d'une sauvegarde provisoire puis d'une éventuelle tutelle ou curatelle* »⁵⁸. D. Noguero précise que « *le juge retrouve son empire dans la protection des majeurs : l'intérêt s'impose à la volonté. La volonté du majeur n'est efficiente que dans la mesure où elle ne va pas à l'encontre de son propre intérêt, notion cardinale (article 415, alinéa 3, du code civil). En définitive, c'est donc un souhait sous contrôle* »⁵⁹.

Tels sont les éléments d'analyse soumis à la Cour en vue de statuer sur la demande d'avis formée par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie.

⁵³ T. Verheyde, « Le premier arrêt de la Cour de cassation sur le mandat de protection future », *AJ Famille* 2011, p. 110 ; N. Peterka, « Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire », *JCP*, avril 2011, éd. G, p. 416 ; D. Noguero, « Pollution du mandat de protection future pour le choix de l'organe protecteur », *D.* 2011, p. 1204.

⁵⁴ A. Caron-Dégliose, « La Cour de cassation valide la mise à l'écart du mandat de protection future ou comment concilier protections judiciaire et conventionnelle des majeurs vulnérables », *RJPF*, avril 2011, p. 11-12.

⁵⁵ I. Maria, « Quand le juge demeure garant de l'intérêt du majeur à protéger... envers et contre le mandat de protection future », *Droit de la famille*, n^o 3, mars 2011, comm. 42.

⁵⁶ L. Gatti, « De l'efficacité de la désignation volontaire du protecteur », *Petites affiches*, 17 février 2011, n^o 34, p. 10.

⁵⁷ J. Massip, « Placement en curatelle et fin du mandat de protection future », *Répertoire du notariat Deffrénois*, 15 avril 2011, n^o 7, p. 690, art. 39224.

⁵⁸ N. Peterka, « Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire », *JCP*, avril 2011, éd. G, p. 416.

⁵⁹ D. Noguero, « Pollution du mandat de protection future pour le choix de l'organe protecteur », *D.* 2011, p. 1204.

Observations de M. Mellottée

Premier avocat général

I. - Faits et procédure à l'origine de la demande d'avis

Le 6 octobre 2010, Mme Z...-X... a déposé une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection de sa mère, Mme Z...

Par ordonnance du 17 novembre 2010, le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie a considéré que cette requête était recevable nonobstant l'absence de certificat médical circonstancié, puis, par une seconde ordonnance du même jour, il a désigné trois experts aux fins d'examiner Mme Z... et de déterminer si celle-ci présentait une altération de ses facultés mentales.

Le 6 décembre 2010, Mme Z... a conclu un mandat de protection future reçu par M^e A..., notaire, portant à la fois sur ses patrimoines personnel et professionnel et désignant M^e B..., avocat, en qualité de mandataire.

Après que le docteur C..., médecin figurant sur la liste établie par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, a constaté que l'état de santé de Mme Z... l'empêchait de pourvoir seule à la gestion de ses biens, le mandat ainsi conclu a été visé au greffe du tribunal d'instance de Courbevoie avec une prise d'effet à compter du 20 janvier 2011.

Compte tenu du mandat de protection future ainsi intervenu, Mme Z...-X... s'est désistée le 1^{er} mars 2011 de l'instance qu'elle avait précédemment engagée le 6 octobre 2010.

Mme Z... a accepté ce désistement par courrier du 3 mars 2011.

C'est dans ce contexte juridique et factuel, succinctement rappelé ici, que le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie a décidé, le 25 mars 2011, de solliciter l'avis de la Cour de cassation.

II. - La demande d'avis

Le juge des tutelles sollicite l'avis de la Cour de cassation sur les deux questions suivantes, consistant à savoir :

- si le désistement d'instance émanant du requérant, accepté, le cas échéant, par la personne à protéger, entraîne de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection ;

- si, en cas de conclusion d'un mandat de protection future au cours de la procédure d'instruction d'une demande de mise sous protection, le juge des tutelles peut écarter l'application du principe de subsidiarité énoncé par l'article 428, alinéa premier, du code civil lorsqu'il ressort des éléments du dossier, d'une part, que le mandant présentait, à la date de signature du mandat, une altération des facultés mentales qui serait de nature à justifier l'instauration d'une mesure de tutelle et, d'autre part, que, postérieurement à la signature et à la mise en œuvre du mandat, le mandant n'a pas exprimé la volonté d'être représenté dans la gestion de ses affaires et n'est pas en mesure de s'exprimer sur les modalités de gestion prévues par le mandat de protection future.

Les deux questions ainsi soumises à l'avis de la Cour de cassation, si elles intéressent toutes les deux la nature et l'étendue des pouvoirs dont dispose le juge des tutelles, soulèvent pour chacune d'elles des difficultés spécifiques différentes.

Il conviendra par conséquent de les examiner successivement, et ceci d'autant plus que la réponse susceptible d'être apportée à la seconde question apparaît conditionnée au sort qui pourra être réservé à la première.

Si on devait en effet considérer que le désistement d'instance émanant du requérant, accepté par la personne à protéger, entraîne de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles, la question du rejet par le juge du principe de subsidiarité dans le cas de la conclusion d'un mandat de protection future au cours de cette procédure n'aurait plus lieu de se poser, au moins dans les termes soumis à l'appréciation de la Cour de cassation.

Pour ce qui est de la première question

A. - La recevabilité de la demande d'avis portant sur la première question, relative au désistement d'instance

- Au regard de sa recevabilité formelle, il ne fait guère doute que la présente demande d'avis se conforme très exactement aux exigences formulées par les articles 1031 et 1031-2 du code de procédure civile et que les différents avis, communications, transmissions et notifications ont été effectués conformément à la loi.

Dès lors et concernant la première question, la procédure paraît recevable en la forme.

- Au regard de sa recevabilité au fond, l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire dispose que la demande d'avis doit constituer une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

1^o Pour ce qui est du premier point de la nouveauté de la question de droit posée, il est constant que le désistement d'instance, aussi bien pour ce qui intéresse sa mise en œuvre que pour ce qui concerne ses

effets, est une question de procédure civile tout à fait classique, qui a maintes fois été débattue et qui a donné lieu à de très nombreux commentaires ou études de la part de la doctrine, ainsi qu'à une jurisprudence particulièrement abondante.

Mais si la problématique générale du désistement d'instance ne présente par elle-même aucune originalité particulière, il n'en demeure pas moins que la difficulté spécifique ici soulevée apparaît nouvelle en ce qu'elle intervient dans le cadre de la réforme des tutelles résultant de la loi du 5 mars 2007, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009, et que la question semble à ce jour n'avoir pas été directement abordée en ces termes par la Cour de cassation par rapport aux récentes orientations légales ainsi mises en œuvre.

Il y a par conséquent lieu de considérer que la question est nouvelle et qu'elle justifie à ce titre d'être posée.

2° Concernant la deuxième condition de sérieux, du fait même de la nouveauté de la difficulté soulevée et en raison de la nécessaire articulation qu'elle suppose entre les principes procéduraux propres au désistement d'instance et le dispositif de protection des majeurs instauré par la loi du 5 mars 2007, la question posée semble, là encore, suffisamment sérieuse pour permettre de considérer qu'elle est recevable.

3° Enfin, pour ce qui est de la troisième et dernière condition, tenant au fait que la difficulté est susceptible de se poser dans de nombreux litiges, il est bien évident que la question de la portée du désistement d'instance dans le cadre de l'instauration d'une mesure de protection sur le fondement de la loi du 5 mars 2007 ne peut intéresser à ce jour qu'un nombre limité de procédures, ce qui paraît assez normal s'agissant d'une loi dont l'entrée en vigueur est récente.

De la même manière, et comme en font état les observations développées par les conseils des parties, le contexte factuel de la présente instance, de même que son caractère particulier tenant à la qualité des personnes concernées, aux enjeux en cause et au retentissement médiatique auquel elle a donné lieu, en font à l'évidence une procédure atypique.

Mais cette spécificité mise à part, force est de constater que la difficulté soulevée risque à l'avenir et de manière générale de se poser dans de nombreux litiges, en raison du vieillissement de la population et de l'augmentation constante du nombre de personnes vulnérables qui devront faire l'objet d'une mesure de sauvegarde ou de protection.

La troisième condition de fond posée par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire se trouve par conséquent satisfaite, ce qui, contrairement à l'analyse des conseils des parties et du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, induit la recevabilité de la demande d'avis portant sur la première question, relative au désistement d'instance.

B. - Sur le fond

1° Le principe général du désistement d'instance

Le principe directeur général du procès veut qu'il appartienne aux seules parties d'introduire l'instance, hors le cas où la loi en dispose autrement, et qu'elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi (*cf.* article premier du code de procédure civile), et l'article 394 du même code dispose de manière encore plus explicite que « *le demandeur peut, en toute matière, se désister de sa demande en vue de mettre fin à l'instance* ».

La faculté ainsi offerte au demandeur semble avoir toujours été admise par la jurisprudence¹, même dans les domaines touchant à l'état des personnes comme le divorce² ou la séparation de corps³, de même aussi qu'en matière de filiation⁴.

Il est également unanimement admis que, sauf dispositions contraires (*cf.* article 400 du code de procédure civile), le désistement est toujours possible en cause d'appel, d'opposition ou de pourvoi en cassation.

La seule exception intéresse le désistement d'appel, qui est prohibé lorsqu'il équivaut à un acquiescement dans des matières où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits⁵ et où le désistement peut entraîner la perte d'un droit substantiel ou rendre définitive une situation donnée alors que seule la loi ou un jugement peut l'instituer⁶.

À cet égard et de manière générale, une jurisprudence, certes limitée⁷ mais approuvée par la doctrine⁸, semble interdire le désistement d'appel dans les matières touchant à l'ordre public, notamment en matière de nationalité et chaque fois que le droit litigieux en cause est indisponible.

Il convient toutefois de modérer cette affirmation en constatant que, à l'inverse, des décisions ont exceptionnellement validé un désistement d'instance contrairement au principe d'indisponibilité des actions d'état⁹, et qu'il en va également de même pour les jugements qui prononcent le divorce, lesquels sont

¹ Nathalie Fricero, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 682, Désistement, n° 14.

² 2^e Civ., 5 décembre 1974, *Bull.* 1974, II, n° 325.

³ 2^e Civ., 14 janvier 1981, *Bull.* 1981, II, n° 8.

⁴ *Cf.* article 322, alinéa 2, du code civil et, a contrario, 1^{re} Civ., 20 janvier 1981, *Bull.* 1981, I, n° 22.

⁵ Nathalie Fricero, *ibid.*, n° 18.

⁶ Yves Strickler, Désistement - *Répertoire civil Dalloz*, n° 18 et 19.

⁷ Cass. Civ., 4 novembre 1913, *DR* 1917, I, 178 ; CA Nancy, 13 juillet 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, 281 ; CA Colmar, 11 janvier 1961, *D.* 1962, sommaire 24.

⁸ Nathalie Fricero, *ibid.*, n° 20, et Yves Strickler, *ibid.*, n° 19.

⁹ 1^{re} Civ., 7 mars 2000, concernant une action en matière de procréation assistée : *Defrénois* 2000, p. 1058, n° 18, note J. Massip.

susceptibles d'acquiescement depuis la loi du 11 juillet 1975, sauf précisément pour le jugement de divorce prononcé contre un majeur protégé, celui-ci ne pouvant valablement acquiescer au jugement ou se désister de l'appel qu'avec l'autorisation du juge des tutelles¹⁰.

2° Concernant ses modalités, le désistement d'instance apparaît comme un acte de volonté par lequel le demandeur entend éteindre l'instance engagée.

La volonté exprimée à cette fin doit être réelle, c'est-à-dire qu'elle doit être manifeste et dépourvue de toute ambiguïté et qu'elle doit être exempte de vice, peu important que le désistement soit alors exprès ou implicite.

En principe, le désistement peut intervenir à tout moment (*cf.* article 394 du code de procédure civile), mais il n'est parfait que par l'acceptation du défendeur, en raison du fait que l'instance crée un rapport juridique entre les parties et que le demandeur ne saurait dès lors y mettre fin par sa seule volonté.

Mais l'acceptation du défendeur n'est pas nécessaire s'il n'a présenté aucune défense au fond ni soulevé aucune fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste (*cf.* article 395, alinéa 2, du code de procédure civile) puisque, dans ce cas, l'instance, qui n'est pas encore liée, n'a créé aucun rapport juridique entre les parties.

Selon l'article 384 du code de procédure civile, l'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement, et il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties ou de déclarer le désistement parfait si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime (*cf.* article 396 du code de procédure civile).

3° Concernant les effets du dessaisissement

L'article 398 du code de procédure civile dispose que le désistement d'instance n'emporte pas renonciation à l'action¹¹, mais seulement extinction de l'instance, ce qui a pour conséquence l'anéantissement rétroactif de tous les actes de procédure accomplis au cours de l'instance, y compris la demande initiale¹².

Selon M. Serge Guinchard¹³, l'effet extinctif d'instance attaché au désistement ne se produit pas lors de la décision de dessaisissement, celle-ci ne faisant que tirer les conséquences d'un désistement d'ores et déjà parfait¹⁴.

Si l'extinction de l'instance vaut pour les rapports entre les parties et s'impose également au juge, qui ne saurait statuer sur le fond du litige, le désistement ne produit en revanche ses effets qu'entre le demandeur qui le donne et le défendeur qui l'accepte¹⁵. Il n'emporte dès lors aucune conséquence vis-à-vis des tiers, ce dont il résulte que le désistement portant sur la demande principale est sans effet sur les intervenants dans la mesure où ils ne l'ont pas accepté et où ils invoquent un droit qui leur est propre¹⁶.

Plus précisément, l'intervenant volontaire à titre principal, qui invoque un droit propre distinct de celui dont se prévaut le demandeur, ne peut se voir opposer le désistement de l'instance principale¹⁷.

À l'inverse, l'intervenant volontaire à titre accessoire, qui n'invoque aucun droit propre et qui ne fait que se joindre à une des parties, se voit, à l'instar de celle-ci, opposer valablement le désistement¹⁸. L'intervention accessoire disparaît faute de support procédural lorsque la prétention qu'elle appuyait se trouve elle-même emportée par le désistement.

De la même manière, l'intervenant forcé, qui n'est pas concerné par le désistement, celui-ci ne portant pas sur la demande formée contre lui, se verra néanmoins souvent mis hors du champ de l'instance et il sombrera par contrecoup du désistement par sa perte d'objet¹⁹.

4° Concernant le désistement d'instance au regard de la réforme de la protection des majeurs vulnérables.

Les principes généraux régissant le désistement d'instance, tels qu'ils viennent d'être succinctement rappelés, s'appliquent-ils à la procédure tutélaire ? Ou, de manière plus précise, le désistement de la demande de mise sous protection par la personne qui est à l'origine de la requête met-il fin de plein droit à la procédure ?

À la question ainsi posée, certains praticiens particulièrement avisés et connaisseurs reconnus de la matière apportent une réponse clairement négative.

Ainsi, Mme Laurence Pécaut-Rivolier²⁰ considère-t-elle que « *autant la loi [nouvelle] conditionne l'ouverture d'une procédure, c'est-à-dire d'un dossier permettant d'instruire une demande de mise sous protection, à une requête détaillée formée par un membre de la famille ou un proche, autant la suite ne dépend plus que du juge des tutelles, qui doit appliquer les critères légaux lui permettant de déterminer si une mesure de protection est ou non nécessaire et utile. Concrètement, une fois que la requête a été déclarée recevable, la procédure est enclenchée et le désistement n'a plus, à mon sens, d'effet juridique direct* ».

¹⁰ 1^{re} Civ., 17 décembre 1991, *Bull.* 1991, I, n° 356.

¹¹ Soc., 5 mars 1986, *Bull.* 1986, IV, n° 57.

¹² Yves Strickler, *ibid.*, n° 115, Nathalie Fricero, *ibid.*, n° 88.

¹³ Serge Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2009-2010, p. 888, n° 352-282.

¹⁴ 2^e Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 354.

¹⁵ Yves Strickler, *ibid.*, n° 121.

¹⁶ Nathalie Fricero, *ibid.*, n° 98.

¹⁷ Soc., 18 juillet 2001, *Bull.* 2001, V, n° 279.

¹⁸ Yves Strickler, *ibid.*, n° 123.

¹⁹ Serge Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2009 -2010, p. 889, n° 352-284.

²⁰ Laurence Pécaut-Rivolier, « *Affaire Z... : le juge des tutelles est-il vraiment dessaisi ?* », *Dalloz* 2010, p. 2960.

Cette analyse rejoint celle de Mme Laurence Gatti²¹, qui estime elle aussi que « *le juge des tutelles, dès lors qu'il est valablement saisi, peut, et ce, même d'office, ordonner toute mesure d'instruction (article 1231 du code de procédure civile), et la volonté de la requérante est impuissante à changer le cours de cette procédure civile* ».

Pour catégoriques quelles soient, les opinions ainsi émises sont loin d'emporter la conviction.

Outre qu'elles affirment davantage qu'elles ne démontrent, elles se heurtent à trois objections de fond qui peuvent apparaître majeures.

- Tout d'abord, et comme on l'a vu, le désistement d'instance est un principe de portée générale qui s'applique sans exclusive en toute matière et est laissé au libre choix du demandeur.

C'est vainement qu'on chercherait dans la loi du 5 mars 2007 une exception à ce principe général qui viendrait sur ce point conférer à la procédure de protection des majeurs vulnérables un régime particulier dérogeant au droit commun.

Dans cette matière particulière, comme dans toutes les autres matières, les dispositions générales de l'article 394 du code de procédure civile trouvent par conséquent naturellement à s'appliquer sans qu'aucun texte spécifique vienne en restreindre ou en limiter la portée.

- Par ailleurs, et en deuxième objection, suivre l'opinion de Mme Pécault-Rivolier et de Mme Gatti reviendrait à réintroduire dans le champ de la loi nouvelle la faculté que le régime ancien conférait au juge de se saisir d'office.

Il convient ici de rappeler que, dans le cadre de ce régime ancien issu de la loi du 3 janvier 1968, plus de 50 % des ouvertures de dossiers de mesures de protection se faisaient par saisine d'office²². La question du désistement du requérant ne se posait donc pas en pratique, puisque le juge pouvait à tout moment suppléer sa défection, ce qui rendait son éventuel désistement sans portée, le juge ayant la possibilité de se substituer au demandeur à l'instance et de poursuivre la procédure à son compte.

Or, comme l'observe justement, quoique assez paradoxalement, l'un de ces mêmes praticiens²³, « *l'une des principales innovations apportées par la réforme de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est la suppression totale, pour le juge des tutelles, du pouvoir de se saisir d'office, pouvoir qui a été considéré comme l'une des causes du nombre estimé excessif des mesures de protections ouvertes, et, par ailleurs, comme contestable au regard des exigences résultant de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur l'impartialité du juge. Il ne lui a même pas été maintenu un pouvoir semblable à celui du juge des enfants, qui, en assistance éducative, peut encore se saisir d'office à "titre exceptionnel" (article 375 du code civil)* ».

Désormais, la demande d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire doit être présentée au juge soit par le ministère public, celui-ci agissant d'office ou à la demande d'un tiers, soit directement par la personne qu'il y a lieu de protéger, soit, enfin, et selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur concerné des liens étroits et stables ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection (cf. article 430 du code civil).

En l'espèce, force est de constater que le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie a été saisi par une requête qui lui a été directement adressée par Mme Z...-X... On se trouve par conséquent dans la situation classique d'une instance qui a été introduite par une partie qui y a intérêt et à laquelle, à défaut de dispositions légales contraires, il peut être mis fin par le désistement du demandeur, comme cela s'est produit dans le cas présent, étant au surplus observé que le désistement ainsi intervenu est devenu parfait par l'acceptation de Mme Z..., défenderesse, laquelle avait déjà elle-même soulevé une fin de non-recevoir de la demande de protection dont elle faisait l'objet.

- Enfin, en troisième et dernière objection, c'est vainement qu'il pourrait être prétendu, comme l'avance pourtant le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, qu'il n'aurait pas été mis fin à l'instance et que, la procédure n'étant pas éteinte, il convenait qu'elle lui soit communiquée de manière à lui permettre de conclure, au vu des éléments d'instruction déjà versés au dossier, soit à la poursuite de l'instance et donc des investigations en cours en vue de la mise en place d'une mesure de protection, soit à son propre désistement d'instance, qui, selon lui, aurait alors pour conséquence l'extinction de celle-ci (cf. observations du procureur de la République de Nanterre du 14 mars 2011, p. 2, §§ 2 et 3).

La prétention ainsi soutenue n'apparaît pas fondée.

N'étant en effet que partie jointe à l'instance, dans la mesure où il n'est pas à l'origine de la saisine du juge des tutelles, le ministère public ne saurait valablement prétendre que l'effectivité du désistement de Mme Z...-X... serait subordonnée à sa propre acceptation, ni même qu'il aurait la possibilité de se désister de quelque demande que ce soit alors qu'il n'avait lui-même procédé à aucune saisine du juge.

Or il est constant que lorsqu'il est partie jointe, « *le ministère public reste étranger au procès, car il n'a pas la qualité de plaideur et n'est l'adversaire ni du demandeur ni du défendeur, il se borne à formuler son avis*

²¹ Laurence Gatti, « *Affaire Z... : le juge des tutelles est-il vraiment dessaisi ?* », *Forum famille Dalloz*, 10 décembre 2010.

²² Laurence Pécault-Rivolier et Thierry Verheyde, *AJ Famille* 2007, p. 208.

²³ Laurence Pécault-Rivolier et Thierry Verheyde, « *Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement* », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, mars 2010, p. 17, n° 61.

sur la solution à donner au litige, au nom de l'intérêt général par voie de réquisitions. Malgré l'appellation de partie jointe, le ministère public n'est donc pas ici véritablement partie et il ne se joint pas vraiment à l'une des parties²⁴ ».

Dès lors, le désistement d'instance émanant du requérant, accepté le cas échéant par la personne à protéger, produit son effet extinctif à l'égard du ministère public.

En définitive et au terme des observations qui précèdent, il ressort que le désistement d'instance de Mme Z...-X..., accepté par Mme Z..., a mis fin à l'instance et a dessaisi le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie, lequel ne peut se saisir d'office pour poursuivre la procédure, et alors qu'il n'a pas été saisi par ailleurs d'une autre requête ou d'une nouvelle requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire.

Il est par conséquent émis l'avis qu'il y a lieu de répondre par l'affirmative à la question posée et de dire que le désistement d'instance émanant du requérant accepté, le cas échéant, par la personne à protéger entraîne de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection.

Pour ce qui est de la seconde question

La seconde question faisant l'objet de la demande d'avis soumise à votre Cour porte sur le fait de savoir si, en cas de conclusion d'un mandat de protection future au cours de la procédure d'instruction d'une demande de mise sous protection, le juge des tutelles peut écarter l'application du principe de subsidiarité énoncé par l'article 428, alinéa premier, du code civil lorsqu'il ressort des éléments du dossier, d'une part, que le mandat présentait, à la date de signature du mandat, une altération des facultés mentales qui serait de nature à justifier l'instauration d'une mesure de tutelle et, d'autre part, que, postérieurement à la signature et à la mise en œuvre du mandat, le mandant n'a pas exprimé la volonté d'être représenté dans la gestion de ses affaires et n'est pas en mesure de s'exprimer sur les modalités de gestion prévues par le mandat de protection future.

Telle qu'elle est formulée, la question ainsi posée se heurte à plusieurs obstacles déterminants.

- Tout d'abord et en préalable, dans l'hypothèse où votre Cour approuverait l'analyse précédemment développée selon laquelle le désistement d'instance entraîne de plein droit l'extinction de la procédure devant le juge des tutelles, cette question deviendrait sans objet et il n'y aurait dès lors même plus lieu d'y répondre ni de statuer sur elle.

Il est en effet constant qu'il n'y a lieu à avis que lorsque la question posée conditionne la solution du litige ou qu'elle commande l'issue du procès²⁵, ce qui ne serait évidemment pas le cas si l'instance devait se trouver éteinte.

Dans le cas contraire et quand bien même vous devriez considérer qu'en l'espèce le désistement intervenu ne met pas fin à l'instance, la seconde question n'en serait pas moins en dehors du champ d'application de la procédure d'avis.

Elle serait au surplus mal fondée et appellerait de toute façon sur le fond une réponse négative.

Chacun de ces points fera l'objet d'un rapide examen.

1^o En premier lieu, la question, telle qu'elle se présente, ne répond pas aux conditions de fond exigées par les dispositions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, les précisions de fait que le juge des tutelles de tribunal d'instance de Courbevoie croit devoir apporter à la difficulté à laquelle il se trouve confronté et qu'il soumet à votre examen font que la question posée se trouve étroitement mélangée de fait et de droit et que la solution éventuelle à intervenir apparaît indissociable des circonstances et éléments factuels détaillés propres à la présente instance, et qui viennent par là même lui dénier son nécessaire caractère de généralité.

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la jurisprudence particulièrement éclairante intervenue en la matière ; c'est ainsi que votre Cour a notamment décidé à de multiples reprises que :

- échappe à la procédure de demande d'avis la demande qui suppose l'analyse de la nature et de l'étendue des mesures qui ont été prises²⁶ ;

- ne relève pas de la procédure d'avis la demande dès lors qu'elle suppose l'examen des conditions de fait et de droit dans lesquelles le litige est intervenu²⁷ ;

- échappe à la procédure de demande d'avis (...) et relève de l'examen préalable des juges du fond la demande portant sur la compatibilité de dispositions de droit interne subordonnant le droit aux prestations familiales pour les enfants étrangers avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec la Convention internationale des droits de l'enfant, dès lors qu'une telle demande suppose l'analyse des conditions de fait et de droit régissant l'allocation des prestations sollicitées en fonction de circonstances particulières relatives au séjour tant des enfants que de l'allocataire sur le territoire national²⁸ ;

²⁴ Olivier Gout, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 100 : 2 et suivants. Voir également Yves Favier, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 340, n° 38.

²⁵ Avis du 20 octobre 2000, *Bull.* 2000, Avis, n° 8 ; avis du 8 octobre 2001, *Bull.* 2001, Avis, n° 5, et avis du 23 avril 2007, *Bull. crim.* 2007, Avis, n° 3.

²⁶ Avis du 20 juin 2008, *Bull. crim.* 2008, Avis, n° 1.

²⁷ Avis du 1^{er} décembre 2003, *Bull.* 2003, Avis, n° 2.

²⁸ Avis du 8 octobre 2007, *Bull.* 2007, Avis, n° 7.

- n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire (devenu l'article L. 441-1 du même code) la demande qui, tendant essentiellement à l'interprétation (...) de situations concrètes nées de contrats, est mélangée de fait et de droit²⁹ ;

- il n'y a lieu à avis lorsque la demande d'avis est mélangée de fait et de droit et ne soulève pas une question susceptible de se poser dans de nombreux litiges³⁰ ;

- les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent demander l'avis de la Cour de cassation lorsqu'elles sont amenées à statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

À défaut d'une de ces conditions, il n'y pas lieu à avis³¹.

Dans le cas présent, la question posée succombe aux deux écueils sanctionnés par cette jurisprudence : elle est tout d'abord et à l'évidence mélangée de fait et de droit, et elle est ensuite tellement précise et détaillée dans le rappel du contexte factuel et des circonstances spécifiques entourant la conclusion du mandat de protection future en cause qu'elle est forcément limitée à cette seule instance et est dès lors insusceptible de constituer une question de portée générale pouvant se poser dans de nombreux litiges.

Votre Cour ne pourra qu'en faire le constat et, en conséquence, dire n'y avoir lieu à avis.

2° En deuxième lieu et sur le fond, la seconde question posée par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie appelle de toute façon une réponse négative.

Le mandat de protection future est l'une des principales innovations de la réforme de la protection des majeurs. L'idée première est de permettre à toute personne d'organiser à l'avance la protection de ses biens et éventuellement de sa personne, dans l'hypothèse d'une incapacité future à pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles³².

La finalité du mandat de protection future est de permettre à l'auteur d'anticiper et d'organiser conventionnellement la protection dont il pourra avoir besoin. En créant le mandat de protection future, le législateur a souhaité donner la priorité aux liens familiaux, d'affection et de confiance, et proposer une alternative à la protection judiciaire en favorisant l'organisation conventionnelle de la protection. Le mandat de protection future consacre donc le respect de la volonté individuelle en laissant à l'incapable en puissance l'initiative de sa protection quant à la désignation du mandataire, mais aussi quant aux modalités de l'étendue de cette protection³³.

En application du principe de subsidiarité posé par l'article 428 du code civil, une mesure de protection judiciaire ne peut être ouverte que si un mandat de protection future éventuellement conclu n'est pas susceptible de produire ses effets³⁴.

Le législateur a ainsi entendu donner la priorité à l'autonomie de la volonté par l'utilisation préférentielle de la technique du contrat, en l'espèce le mandat, par rapport à la protection organisée judiciairement³⁵.

Il a entendu « assurer la primauté du mandat de protection future en précisant que le juge ne pourra remplacer une mesure conventionnelle par une mesure judiciaire que si la première s'avère insuffisante »³⁶ et « a souhaité prévoir explicitement que le mandat de protection future s'impose au juge, s'il assure une protection suffisante du majeur³⁷ ».

Or il ne semble pas qu'en l'espèce le mandat de protection future en cause était insusceptible de produire ses effets.

La circonstance qu'il ait été conclu après que le juge des tutelles a été saisi d'une demande de protection judiciaire n'est pas suffisante par elle-même pour déroger au principe de subsidiarité voulu par la loi, et ceci d'autant moins qu'au moment où ce mandat de protection future a été conclu, Mme Z... ne faisait pas - et ne fait toujours pas - l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle.

Son consentement à l'acte doit par conséquent être présumé valable, sauf à ceux qui souhaiteraient le contester par la voie de la nullité pour insanité d'esprit de prouver l'existence d'un trouble mental (cf. article 414-1 du code civil), Or, force est de constater qu'aucune action n'a été introduite à cette fin et que le juge n'est pas habilité à s'en saisir d'office.

D'ailleurs, le juge des tutelles lui-même estimait, dans son ordonnance du 17 novembre 2010, « qu'en l'état, aucun élément du dossier ne démontre la nécessité de placer Mme Z... sous sauvegarde de justice (...) de sorte qu'il convient de réserver les demandes de ces chefs en l'attente des éléments d'instructions ».

Au demeurant, rien ne permet de considérer, et la demande d'avis s'en garde bien, qu'au 6 décembre 2010, date de la signature du mandat de protection future, soit même pas trois semaines plus tard, Mme Z... présentait une altération significative de ses facultés et alors que le 11 décembre suivant, le certificat médical établi par le docteur Jean-François D... fait état d'un bilan clinique et biologique « à ce jour tout à fait satisfaisant » et relève « qu'il n'y a pas de processus pathologique en cours à l'heure actuelle ».

²⁹ Avis du 8 octobre 1993, *Bull.* 1993, Avis, n° 12.

³⁰ Avis du 2 mai 1994, *Bull.* 1994, Avis, n° 11.

³¹ Avis du 16 juin 1995, *Bull.* 1995, Avis, n° 7.

³² Laurence Pecault-Rivolier et Thierry Verheyde, « Majeurs protégés : mesures de protection et d'accompagnement », *Répertoire de procédure civile Dalloz* 2010, p. 41, n° 239.

³³ Philippe Chaillou, rapport dans la procédure n° 09-16.519.

³⁴ Laurence Pecault-Rivolier et Thierry Verheyde, *ibid.*, n° 239.

³⁵ Laurence Pecault-Rivolier et Thierry Verheyde, *ibid.*, n° 239.

³⁶ Rapport de M. Emile Blessig devant l'Assemblée nationale, 10 janvier 2007, n° 3557, p. 135.

³⁷ Rapport de M. Henri de Richemont devant le Sénat, 7 février 2007, n° 212, p. 126.

Ce n'est qu'au moment de la mise en œuvre du mandat de protection future avec prise d'effet au 20 janvier 2011 que le certificat médical du docteur C..., établi à cette fin le 17 novembre 2010, indique que les facultés cognitives de Mme Z... sont nettement altérées, avec constat d'une évolution progressive vers l'aggravation, la mettant dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts et dans l'incapacité de gérer ses biens. Mais ce certificat ne relève aucunement que Mme Z... n'était pas en mesure d'exprimer valablement sa volonté de se voir protéger conventionnellement, volonté qu'au demeurant elle a affirmé à trois reprises en 2007, 2009 et enfin le 6 décembre 2010.

Il convient enfin de signaler que le mandat de protection future en cause a été dressé devant notaire avec toutes les garanties que cela implique, ce dont il ressort que la lucidité de Mme Z... ainsi que l'absence d'ambiguïté dans la manifestation de sa volonté ne sauraient être *a priori* contestées.

Au regard de ces éléments, on voit mal sur la base de quel fondement il pourrait ici être fait échec au principe de subsidiarité voulu par la loi, ce qui, au-delà de son absence de pertinence par perte d'objet et de son irrecevabilité, est de nature à induire une réponse négative à la seconde question.

Mais, s'il n'est pas juge de la validité du mandat, ce n'est pas pour autant que le juge des tutelles est dépourvu de tout moyen d'action.

Si le mandat de protection future s'avère en effet insuffisant à assurer la défense des intérêts de la personne protégée, il appartient au juge, saisi par tout intéressé, de statuer sur les contestations portant sur sa mise en œuvre ou sur les conditions et les modalités de son exécution (*cf.* article 484 du code civil).

Il peut aussi prévoir une mesure de protection complémentaire (article 485, alinéa 2, du code civil) voire, même, suspendre les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice (article 483, dernier alinéa, du code civil).

Il peut, enfin, lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant, révoquer le mandat et ouvrir alors une mesure de protection judiciaire (articles 483 4^o et 485, alinéa premier, du code civil).

Or, force est de constater qu'aucune des différentes possibilités ainsi offertes n'a été ici mise en œuvre.

Une récente décision de la Cour de cassation³⁸, abondamment commentée³⁹ et qui semble aller à l'encontre de la prééminence, voulue par la loi, du mandat de protection future sur les mesures de protection judiciaire, est venue illustrer les pouvoirs dont dispose le juge des tutelles, en décidant qu'en application des dispositions de l'article 483, alinéa 2, du code civil, le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle (ou en tutelle) de la personne protégée, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure.

Mais, même si la question n'est pas là, il semble que l'orientation voulue par cet arrêt du 12 janvier 2011 ne trouve pas directement à s'appliquer à la présente situation, dans la mesure où Mme Z... n'a fait l'objet d'aucune mesure effective de placement sous le régime de la tutelle ou de la curatelle, que l'expression de sa volonté de conclure un mandat de protection future n'apparaît pas suspecte et que la mise en œuvre de ce mandat apparaît conforme à la protection de ses intérêts.

En définitive et en conclusion des présentes observations, il est émis l'avis suivant :

À titre principal :

- répondre par l'affirmative à la première question et dire que le désistement d'instance émanant du requérant, accepté, le cas échéant, par la personne à protéger, entraîne de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection ;

- et dire que la seconde question, portant sur l'application du principe de subsidiarité, est dès lors sans objet.

Subsidiairement, et seulement dans l'hypothèse où le désistement d'instance ne serait pas constaté,

- dire qu'il n'y a lieu à avis concernant la seconde question, celle-ci étant mélangée de fait et de droit et ne soulevant pas une difficulté susceptible de se poser dans de nombreux litiges, du fait même des circonstances particulières propres à la présente instance.

Plus subsidiairement encore, dire que, dans le cas présent et au regard du contexte factuel de la procédure, le juge ne peut pas écarter le principe de subsidiarité.

³⁸ 1^{re} Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-16.519.

³⁹ Julie Gallois, « La volonté du majeur protégé évincée par le juge au nom de son intérêt », *Lamy, droit civil*, n° 50, mars 2011, p. 41 et 42. Ingrid Marion, « Quand le juge demeure garant de l'intérêt du majeur à protéger... envers et contre le mandat de protection future », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2011, commentaire 42. Anne Caron-Dégliose, « La Cour de cassation valide la mise à l'écart d'un mandat de protection future, ou comment concilier protections judiciaire et conventionnelle des majeurs vulnérables ? », *Revue juridique Personnes et familles*, n° 4, avril 2011, p. 11 et 12. Thierry Verheyde, « Le premier arrêt de la Cour de cassation sur le mandat de protection future », *Actualité juridique Famille*, n° 2, février 2011, jurisprudence, p. 110 et 111.

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

N° **1104**

Question prioritaire de constitutionnalité

Code rural. - Article L. 411-11. - Sécurité juridique. - Non-rétroactivité de la loi. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel. - Caractère sérieux. - Défaut.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« *L'article L. 411-11 du code rural porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment le principe de sécurité juridique et le principe de non-rétroactivité de la loi, en ce qu'il prévoit sans autre précision que la valeur du fermage est fixée entre des maxima et des minima arrêtés par l'autorité administrative et en ce qu'il ouvrirait la possibilité au preneur de voir réviser à la baisse, à tout moment au cours du bail ou de son renouvellement sans aucune condition de délai, le fermage anormal en se basant sur un rapport d'expertise prenant en compte le dernier arrêté préfectoral ?* ».

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

Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que l'article L. 411-11 du code rural, qui prévoit que la modification en cours de bail des *maxima* et *minima*, déterminés par l'autorité administrative et en fonction desquels le prix du fermage doit être fixé, ne pourra justifier une révision du prix du bail que lors du renouvellement ou, s'il s'agit d'un bail à long terme, en début de chaque nouvelle période de neuf ans, répond à un motif d'intérêt général de politique agricole et que sa mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ;

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

PAR CES MOTIFS :

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

3^e Civ. - 5 mai 2011.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 11-40.004. - TI Nevers, 3 février 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pic, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 395, août-septembre 2011, commentaire n° 101, p. 35, note Samuel Crevel (« La fourchette du préfet échappe au couperet de la Constitution »).

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 1105

1^o Accident de la circulation

Indemnisation. - Victime. - Préjudice corporel. - Préjudice d'établissement. - Définition.

2^o Accident de la circulation

Indemnisation. - Offre de l'assureur. - Défaut. - Sanction. - Conditions. - Demande de la victime ou disposition spéciale d'un jugement. - Nécessité (non).

1^o Le préjudice d'établissement consiste en la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap.

Dès lors, encourt la censure la cour d'appel qui a évalué la réparation du préjudice d'établissement en tenant compte des indemnités accordées au titre des préjudices distincts que sont le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel.

2^o Il résulte de l'article L. 211-13 du code des assurances que lorsque l'offre, qui, aux termes de l'article L. 211-9 du code des assurances, doit comprendre tous les éléments indemnifiables du préjudice, n'a pas été faite dans les délais impartis par ce texte, le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ou allouée par le juge à la victime produit intérêt de plein droit, au double du taux de l'intérêt légal, à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif.

Cette pénalité est due par l'assureur en cas d'absence d'offre régulière, même à défaut de demande en justice de la victime ou de disposition spéciale d'un jugement.

2^e Civ. - 12 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-17.148. - CA Montpellier, 23 mars 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Bouvier, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - M^e Blondel, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 194-197, 13-16 juillet 2011, Chronique de jurisprudence - droit du dommage corporel, p. 34, note Claudine Bernfeld (« Le préjudice d'établissement ne se dissout pas dans le préjudice sexuel ou d'agrément »).

N° 1106

Action civile

Recevabilité. - Syndicat. - Intérêt collectif de la profession. - Préjudice. - Préjudice direct ou indirect. - Défense d'un membre de la profession mis en examen (non).

Un syndicat professionnel ne saurait être partie civile dans la procédure suivie contre un membre de la profession qu'il représente, dès lors que la seule mise en examen de l'intéressé n'est pas de nature à causer un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs défendus par ce syndicat.

Justifie dès lors sa décision la chambre de l'instruction qui déclare irrecevable la constitution de partie civile, par voie d'intervention, du Syndicat national des pharmaciens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires dans une procédure dans laquelle le pharmacien chef de service d'un groupe hospitalier, membre de ce syndicat, a été mis en examen du chef d'homicide involontaire en raison du décès d'un enfant par suite d'une erreur dans l'administration d'un produit, ces faits ne portant pas par eux-mêmes un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs de la profession de pharmacien hospitalier représentée par ce syndicat.

Crim. - 10 mai 2011.

REJET

N° 10-84.037. - CA Paris, 12 mai 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Beauvais, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 1107

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Garantie décennale. - Domaine d'application. - Défaut de conformité aux règlements parasismiques. - Conditions. - Détermination.

Le dommage consistant dans la non-conformité de l'ouvrage aux règles parasismiques obligatoires dans la région où se trouve une maison, facteur certain de risque de perte par séisme, compromet sa solidité et la rend impropre à sa destination.

3^e Civ. - 11 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-11.713. - CA Nîmes, 27 octobre 2009.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Lardet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 22, 9 juin 2011, Actualité/droit civil, p. 1482 (« Normes parasismiques : garantie décennale »). Voir également la Revue de droit immobilier, urbanisme, construction, n° 7-8, juillet-août 2011, Chroniques, p. 405 à 406, note Philippe Malinvaud (« La non-conformité aux règles parasismiques relève de la garantie décennale »).

N^o **1108**

1^o Association syndicale

Association libre. - Action en justice. - Qualité. - Défaut. - Cas.

2^o Contrat d'entreprise

Maître de l'ouvrage. - Définition.

1^o Une association syndicale libre n'a pas qualité pour solliciter l'indemnisation des préjudices subis par ses membres, cette demande devant être formulée et justifiée par chacun des copropriétaires concernés.

2^o Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui retient que deux sociétés sont tenues des obligations liées à la qualité de maître de l'ouvrage des opérations de construction sans préciser pour le compte de quelle société les travaux ont été réalisés.

3^o Civ. - 11 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE

N^o 10-13.782. - CA Versailles, 4 janvier 2010.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Pronier, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Monod et Colin, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Boutet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n^o 7-8, juillet-août 2011, commentaire n^o 222, p. 25-26, note Guy Vigneron (« Compétence en cas de dommages »).

N^o **1109**

1^o Assurance (règles générales)

Prescription. - Prescription biennale. - Interruption. - Acte interruptif. - Désignation d'expert. - Ordonnance de changement d'expert.

2^o Assurance (règles générales)

Contrat d'assurance. - Nullité. - Article L. 113-8 du code des assurances. - Conditions. - Réticence ou fausse déclaration changeant l'objet du risque ou en diminuant l'opinion pour l'assureur. - Caractérisation. - Nécessité.

1^o Selon l'article L. 114-2 du code des assurances, la prescription de deux ans prévue à l'article L. 114-1 du même code étant interrompue par la désignation d'experts à la suite d'un sinistre, il en résulte que l'ordonnance de changement d'expert a un effet interruptif du délai biennal.

2^o Ne donne pas de base légale à sa décision d'annuler un contrat d'assurance sur le fondement de l'article L. 113-8 du code des assurances la cour d'appel qui omet de caractériser en quoi la fausse déclaration intentionnelle change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur.

2^o Civ. - 12 mai 2011.

CASSATION

N^o 10-11.832. - CA Montpellier, 10 février 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Adida-Canac, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - M^e Le Prado, M^e Ricard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n^o 210-211, 29-30 juillet 2011, Chronique de jurisprudence - droit des assurances, p. 13 à 15, note David Noguero (« La recherche du changement d'objet du risque ou de la diminution de l'opinion de l'assureur en cas de fausse déclaration intentionnelle du risque santé »).

N^o **1110**

Atteinte à l'action de justice

Atteinte à l'autorité de la justice. - Détournement d'objet placé sous main de justice. - Caractérisation.

Est constitutif d'un détournement, au sens de l'article 434-22 du code pénal, le fait, pour un mandataire liquidateur, de verser sur un compte ouvert à la Caisse des dépôts et consignations au nom d'une société en liquidation judiciaire des fonds appartenant à cette dernière, mais provenant d'un compte bloqué par décision d'un juge d'instruction sans en informer ce dernier.

Crim. - 4 mai 2011.

REJET

N^o 10-84.456. - CA Paris, 16 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Labrousse, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N^o **1111**

Atteinte à l'autorité de l'État

Atteinte à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique. - Manquement au devoir de probité. - Atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. - Éléments constitutifs. - Détermination.

Est susceptible de caractériser le délit de favoritisme la violation, en connaissance de cause, des règles de publicité et de concurrence, prévues par le décret n^o 93-990 du 3 août 1993, pris pour l'application de la loi du 11 décembre 1992, notamment de celles relatives aux critères d'attribution et aux conditions de légalité des variantes.

Crim. - 4 mai 2011.

CASSATION

N^o 10-87.447. - CA Orléans, 9 septembre 2010

M. Louvel, Pt. - Mme Labrousse, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

N^o **1112**

Avocat

Honoraires. - Tarification. - Actes. - Consultation, assistance, conseil et rédaction d'actes juridiques sous seing privé pour autrui. - Applications diverses. - Actes accomplis dans le cadre d'une mission confiée par la justice.

Selon l'article 6 bis de la loi du 31 décembre 1971, les avocats peuvent recevoir des missions confiées par la justice. Selon les articles 10 et 54 de ladite loi, ils peuvent percevoir des honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé pour autrui.

Un avocat, accomplissant des actes de conseil, d'assistance et de négociation dans le cadre d'un mandat de représentation, de conseil et de négociation confié par l'effet d'une délibération susceptible de recours du conseil de famille d'un mineur placé sous justice, aux fins de vente de vins dépendant de la succession du père du mineur, agit dans le cadre d'une mission confiée par la justice pour accomplir des actes relevant de la tarification par honoraires, en application des textes susvisés.

2^o Civ. - 12 mai 2011.

CASSATION

N° 09-17.390. - CA Nancy, 15 octobre 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Bizot, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, Av.

N° *III3*

Bail commercial

Renouvellement. - Conditions. - Prix. - Demande de renouvellement du preneur. - Réponse tardive du bailleur. - Portée.

Le bailleur qui répond tardivement à une demande de renouvellement émanant du preneur est réputé avoir accepté le principe du renouvellement, mais n'est pas privé du droit de demander la fixation d'un nouveau loyer, qui prendra effet à compter de sa demande, en application de l'article L. 145-11 du code de commerce.

3^e Civ. - 4 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-15.473. - CA Versailles, 21 janvier 2010.

Mme Bellamy, Pt (f.f.). - Mme Fossaert, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 20, 26 mai 2011, Actualité/droit des affaires, p. 1345, note Yves Rouquet (« Réponse tardive à une demande de renouvellement : impact sur le loyer »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires, n° 61, juin 2011, Actualités, n° 3479, p. 24-25, note Ildo D. Mpindi (« Refus tardif de renouvellement : sort de la demande ultérieure de modification du prix du bail »), la Gazette du Palais, n° 182-183, 1^{er}-2 juillet 2011, Chronique de jurisprudence - baux commerciaux, p. 26-27, note Charles-Édouard Brault (« La réponse tardive d'une demande de renouvellement ne prive pas le bailleur de la fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé »), la revue Loyers et copropriété, n° 7-8, juillet-août 2011, commentaire n° 218, p. 23-24, note Emmanuel Chavance (« Sur les effets d'une réponse tardive à une demande de renouvellement du loyer »), et la revue Administrer, n° 445, juillet 2011, Sommaires, p. 32, note Danielle Lipman-W. Bocarra.

N° *III4*

Bail commercial

Sous-location. - Conditions. - Agrément du bailleur. - Agrément tacite. - Définition.

Caractérise l'agrément tacite par le bailleur commercial du sous-locataire du preneur principal la cour d'appel qui relève que le bailleur savait dès la conclusion du bail initial que les locaux avaient vocation à être sous-loués en totalité, que les clauses du bail prenaient en compte cette situation et que des relations directes entre le bailleur et le sous-locataire s'étaient poursuivies, au cours des baux successifs, pour l'exécution de travaux ou de contrôles de la commission de sécurité.

3^e Civ. - 4 mai 2011.

REJET

N° 09-72.550. - CA Paris, 9 septembre 2009.

Mme Bellamy, Pt (f.f.). - Mme Fossaert, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Capron, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 61, juin 2011, Actualités, n° 3480, p. 25, note Ildo D. Mpindi (« Caractérisation de l'agrément tacite d'une sous-location »). Voir également la Gazette du Palais, n° 182-183, 1-2 juillet 2011, Chronique de jurisprudence - baux commerciaux, p. 27 à 31, note Jehan-Denis Barbier (« Sur l'agrément tacite d'une sous-location totale et la soumission

volontaire du bail au statut des baux commerciaux »), et la revue Administrer, n° 445, juillet 2011, Sommaires, p. 34-35, note Danielle Lipman-W. Bocarra.

N° *III5*

Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Demande de mise en liberté. - Appel d'une décision de condamnation rendue par une cour d'assises de première instance. - Titre de détention. - Mandat de dépôt criminel initial. - Effets.

Il résulte de l'article 367, alinéa 2, du code de procédure pénale qu'en cas d'appel de la condamnation prononcée par une cour d'assises, le mandat de dépôt criminel initial continue de produire ses effets jusqu'à ce que la durée de la détention ait atteint celle de la peine prononcée.

Doit être approuvée la chambre de l'instruction qui, pour rejeter une demande de mise en liberté, écarte l'argumentation tenant à l'absence de titre de détention au motif que la cour d'assises n'avait pas décerné mandat de dépôt.

Crim. - 3 mai 2011.

REJET

N° 11-80.879. - CA Paris, 11 janvier 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Pers, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

N° *III6*

Contrainte judiciaire

Prononcé. - Condition. - Insolvabilité du condamné. - Preuve. - Ressources prises en considération. - Détermination.

Selon l'article 752 du code de procédure pénale, la contrainte judiciaire ne peut être prononcée contre un condamné qui, par tout moyen, justifie de son insolvabilité. Des avis de non-imposition ne suffisent pas à établir cet état. Doivent être prises en considération toutes les ressources, fussent-elles antérieures et occultes, dont le condamné a eu la disposition pour lui permettre l'exécution volontaire des condamnations pécuniaires.

Encourt dès lors la censure l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour infirmer le jugement prononçant la contrainte judiciaire pour le recouvrement d'une amende douanière, retient, notamment, que l'insolvabilité doit s'apprécier à la date de la requête et est établie par la production d'avis de non-imposition, les juges ne pouvant fonder leur décision sur les ressources dont aurait bénéficié le condamné au moment de son arrestation ou de sa condamnation.

Crim. - 4 mai 2011.

CASSATION

N° 10-84.294. - CA Colmar, 11 mai 2010.

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

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 191-193, 10-12 juillet 2011, Jurisprudence, p. 9 à 11, note Stéphane Detraz (« Contrainte judiciaire douanière : prononcé anticipé et insolvabilité »).

N° *III7*

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Modification dans la situation juridique de l'employeur. - Continuation du contrat de travail. - Exclusion. - Cas.

L'article L. 1224-1 n'est pas applicable aux salariés passés au service d'une société qu'ils ont constituée à l'occasion de leur licenciement pour motif économique, consécutif à la liquidation judiciaire de l'employeur.

Soc. - 3 mai 2011.
CASSATION

N° 09-70.813 et 09-71.037. - CA Grenoble, 9 septembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Agostini, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - M^e Balat, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 20, 26 mai 2011, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 1356, note B. Ines (« Reprise par les salariés licenciés de l'activité de l'entreprise liquidée »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 25, 21 juin 2011, Jurisprudence, n° 1295, p. 23-24, note Michel Morand (« Les forfaits en heures supposent précision ! »), et cette même revue, n° 29, 19 juillet 2011, Jurisprudence, n° 1345, p. 12 à 18, note Pierre Bailly et Jean-Philippe Lhernould (« Actualité du droit des transferts d'entreprise : conséquences du transfert »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 7/11, juillet 2011, décision n° 580, p. 535-536, et la revue Droit social, n° 7-8, juillet-août 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 865, note Antoine Mazeaud.

N° III 8

1^o Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Conditions. - Formalités légales. - Domaine d'application. - Avertissement. - Cas. - Détermination. - Portée.

2^o Contrat de travail, exécution

Obligations du salarié. - Obligation de loyauté. - Manquement. - Défaut. - Applications diverses.

1^o L'employeur, qui n'est pas tenu en principe de convoquer un salarié avant de lui notifier un avertissement, est tenu de le faire dès lors qu'au regard d'un règlement intérieur, l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise.

Tel est le cas lorsque le règlement intérieur, instituant ainsi une garantie de fond, subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être constituées notamment par un avertissement.

2^o Viole l'article L. 1121-1 du code du travail la cour d'appel qui retient qu'un salarié n'avait pas observé son obligation de réserve et de loyauté à l'égard de l'employeur, alors que la signature d'une pétition portant sur une demande de personnel supplémentaire, qui ne contient aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérise pas un abus d'expression.

Soc. - 3 mai 2011.
CASSATION

N° 10-14.104. - CA Montpellier, 13 janvier 2010.

Mme Collomp, Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Vincent et Ohl, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 7/11, juillet 2011, décision n° 609, p. 553-554.

N° III 9

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Faute du salarié. - Faute grave. - Défaut. - Applications diverses. - Agissements du salarié dans sa vie personnelle. - Condition.

Un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail.

Soc. - 3 mai 2011.
REJET

N° 09-67.464. - CA Paris, 30 avril 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Taillefer, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 7/11, juillet 2011, décision n° 588, p. 541-542. Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 26, 27 juin 2011, Jurisprudence, n° 764, p. 1265 à 1267, note Jean Mouly (« Le rattachement de faits relevant de la vie privée du salarié à la vie professionnelle : la Cour de cassation se range à la position du Conseil d'État »), et La Semaine juridique, édition social, n° 26, 28 juin 2011, Jurisprudence, n° 1312, p. 38 à 41, note Danielle Corrignan-Carsin (« Vie professionnelle - vie professionnelle : la cloison est-elle étanche ? »).

N° III 20

Conventions internationales

Accord et conventions divers. - Traité de Turin du 24 mars 1860. - Force exécutoire. - Défaut d'enregistrement. - Portée.

Il résulte de l'article 44 du Traité de paix signé avec l'Italie le 10 février 1947 et de l'article 102 de la Charte des Nations unies, visé par ce traité, que le défaut d'enregistrement au secrétariat de l'Organisation des Nations unies du Traité de Turin du 24 mars 1860, qui a rattaché la Savoie à la France, a pour seule conséquence l'impossibilité pour les parties à ce traité de l'invoquer devant un organe de l'Organisation, mais est sans incidence sur sa régularité et sa force exécutoire entre les parties, dès lors que ce traité a été notifié à l'Italie dans le délai prescrit par le premier de ces textes.

1^{re} Civ. - 4 mai 2011.
REJET

N° 10-11.951. - CA Chambéry, 15 décembre 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Falcone, Rap. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 7/11, juillet 2011, décision n° 655, p. 615. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 30, 26 juillet 2011, Jurisprudence, n° 1370, p. 34 à 36, note Emeric Jeansen (« Le RSI n'est pas une entreprise »).

N° III 21

Copropriété

Parties communes. - Usage. - Droits des copropriétaires. - Libre exercice. - Atteinte. - Cas. - Installation, sans autorisation préalable, d'une vidéosurveillance dirigée vers les parties communes.

Ayant constaté l'existence d'un système de vidéosurveillance installé par des copropriétaires sur leur lot, mais filmant

une fraction des parties communes, sans l'autorisation de l'assemblée générale, une cour d'appel, statuant en référé, a pu en déduire, sans violer l'article 9 du code civil ni les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que cette installation, qui compromettrait le libre exercice des droits de chacun des copropriétaires sur les parties communes, constituait un trouble manifestement illicite justifiant sa dépose.

3^e Civ. - 11 mai 2011.

REJET

N° 10-16.967. - CA Bastia, 24 février 2010.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Abgrall, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Brouchet, M^e Bouthors, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 21, 2 juin 2011, Actualité/droit immobilier, p. 1416, note Yves Rouquet (« Surveillance vidéo : consentement des copropriétaires »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 7-8, juillet-août 2011, commentaire n° 227, p. 28-29, note Guy Vigneron (« Installation d'un dispositif de vidéosurveillance par les propriétaires d'une villa »).

N° *II22*

Corruption

Trafic d'influence. - Éléments constitutifs.

Constitue le délit de trafic d'influence passif, et non une simple activité de conseil en stratégie, le fait, pour un particulier, moyennant rémunération, de mettre à la disposition d'une société un réseau d'influence et un carnet d'adresses en vue de lui faire obtenir un marché d'armement grâce à des interventions auprès de différentes autorités civiles et militaires.

Crim. - 4 mai 2011.

REJET

N° 10-85.381. - CA Paris, 2 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Ract-Madoux, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 208-209, 27-28 juillet 2011, Chronique de jurisprudence - droit pénal, p. 20-21, note Emmanuel Dreyer.

N° *II23*

Détention provisoire

Juridictions correctionnelles. - Décision de maintien en détention provisoire. - Appel. - Article 148-2, alinéa 3, du code de procédure pénale. - Application (non).

L'appel contre une décision ayant renvoyé l'examen de l'affaire à une audience ultérieure et ayant maintenu en détention le prévenu ne peut être assimilé à une demande de mise en liberté, notamment au regard de la prorogation des délais impartis au tribunal pour statuer, prévue par l'article 148-2, alinéa 3, du code de procédure pénale.

Dès lors, faute par le tribunal d'avoir statué dans le délai de dix jours à compter de la demande de mise en liberté, les effets du mandat de dépôt ont cessé et le prévenu a été, à bon droit, remis en liberté.

Crim. - 4 mai 2011.

REJET

N° 10-84.461. - CA Rennes, 15 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Ract-Madoux, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° *II24*

Divorce, séparation de corps

Preuve. - Moyens de preuve. - Attestations. - Descendants. - Incapacité de témoigner. - Domaine d'application. - Détermination.

La prohibition résultant des articles 259 du code civil et 205 du code de procédure civile, interdisant aux descendants d'être entendus sur les griefs invoqués par les époux, s'applique aussi aux déclarations faites à des policiers, recueillies en dehors de l'instance en divorce.

1^{re} Civ. - 4 mai 2011.

CASSATION

N° 10-30.706. - CA Agen, 2 juillet 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M^e Rouvière, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 83, juin 2011, Actualités, n° 4280, p. 49-50, note Julie Gallois (« Le divorce reste l'affaire des époux ! »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 6, juin 2011, Jurisprudence, p. 322, note Stéphane David (« L'incapacité testimoniale frappant les descendants s'étend aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce »), et la Revue juridique Personnes et famille, n° 9, septembre 2011, p. 28, note Thierry Garé (« La prohibition du témoignage des descendants s'applique aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce »).

N° *II25*

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Attribution. - Conditions. - Disparité dans les conditions de vie respectives des époux. - Appréciation. - Éléments à considérer. - Jugement étranger. - Portée.

Une cour d'appel qui, pour apprécier le droit à prestation compensatoire de l'épouse, retient un jugement étranger comme un simple fait établissant la séparation des époux et le versement d'une certaine somme à l'épouse ne se prononce pas sur la régularité internationale de cette décision.

1^{re} Civ. - 4 mai 2011.

REJET

N° 10-14.142. - CA Rennes, 13 janvier 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Monéger, Rap. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 6, juin 2011, Jurisprudence, p. 322-323, note Alexandre Boiché (« Prise en compte d'un jugement de divorce marocain pour rejeter la demande de prestation compensatoire formée par l'épouse devant le juge français »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 7, juillet-août 2011, commentaire n° 120, p. 51-52, note Laurent Abadie (« Effet de fait d'un jugement marocain de divorce non reconnu en France »), et la Revue juridique Personnes et famille, n° 9, septembre 2011, p. 29, note Thierry Garé (« Quand l'« effet de fait » d'une décision étrangère de divorce est prise en considération par le juge français »).

N° *II26*

Énergie

Électricité et gaz. - Séparation entre la distribution et la production. - Effets. - Transfert au gestionnaire de réseau. - Étendue.

Il résulte des articles 13 I et 14 I de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, dans sa rédaction issue de la loi du 7 décembre 2006, que la séparation juridique entre l'entité assurant la gestion du réseau de distribution d'électricité et celles exerçant des activités de production ou de fourniture de celle-ci entraîne le transfert à cette entreprise juridiquement distincte des obligations relatives à l'activité de gestionnaire du réseau, sans modification des contrats en cours.

Dès lors, encourt la cassation, pour violation, par refus d'application, des textes susvisés, un arrêt d'une cour d'appel ayant condamné la société Électricité de France à payer une certaine somme à une société ayant subi une coupure d'électricité, à titre de provision à valoir sur son préjudice, et l'ayant enjointe de fournir à cette dernière de l'électricité selon la puissance prévue par un avenant au contrat de fourniture, en retenant qu'il importe peu que, postérieurement à l'avenant, la société Électricité réseau distribution de France ait été créée et chargée de la gestion du réseau de distribution qui auparavant était assurée par la société Électricité de France.

Com. - 10 mai 2011.
CASSATION

N° 09-67.744. - CA Dijon, 12 mai 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° **II27**

1^o Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Redressement judiciaire. - Patrimoine. - Admission des créances. - Admission définitive. - Chose jugée. - Autorité. - Date de naissance de la créance déclarée. - Portée.

2^o Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Gestion. - Créance née après le jugement d'ouverture. - Domaine d'application. - Créance du prix de vente convenu dans une promesse unilatérale d'achat levée postérieurement au jugement d'ouverture.

1^o La décision irrévocable d'admission d'une créance au passif ayant autorité de chose jugée quant à la date de naissance de la créance déclarée en application de l'article L. 621-43 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, son antériorité par rapport à la date d'ouverture de la procédure collective ne peut plus être contestée.

2^o La créance du prix de vente convenu dans une promesse unilatérale d'achat souscrite par le débiteur mis ultérieurement en redressement judiciaire naît postérieurement au jugement d'ouverture si son bénéficiaire lève l'option après celui-ci.

Viole, en conséquence, par refus d'application, l'article L. 621-32 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'arrêt qui, sans constater que les créances correspondantes avaient été admises au passif ni que l'administrateur du redressement judiciaire avait renoncé à la poursuite des contrats de promesse en cours, retient que les créances ont pour origine les promesses unilatérales d'achat, qui engageaient le débiteur depuis une date antérieure à l'ouverture de sa procédure collective, alors que la vente des quirats n'était devenue parfaite que par la levée d'option pendant la période d'observation.

Com. - 3 mai 2011.
CASSATION PARTIELLE

N° 10-18.031. - CA Rouen, 4 mars 2010.

Mme Favre, Pt. - M. Rémy, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 19, 19 mai 2011, Actualité/droit des affaires, p. 1279, note Alain Lienhard (« Créance postérieure : fait générateur en cas de levée d'option »). Voir également la Gazette du Palais, n° 189-190, 8-9 juillet 2011, Doctrine, p. 12 à 15, note Emmanuelle Le Corre-Broly (« L'incidence d'une déclaration de créance faite à tort »).

N° **II28**

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Nullité des actes de la période suspecte. - Nullité de droit. - Cas. - Contrat commutatif déséquilibré. - Application à un acte entre époux en communauté. - Effet.

Lorsque le débiteur, époux commun en biens, a passé, avec son conjoint, un contrat commutatif portant sur un bien commun, faisant partie du gage des créanciers et dans lequel ses obligations excèdent notablement celles de l'autre partie, la nullité de cette convention, faite depuis la date de cessation des paiements ou dans les six mois précédant cette date, atteint l'acte en son entier.

Com. - 3 mai 2011.
REJET

N° 10-17.011. - CA Besançon, 17 février 2010.

Mme Favre, Pt. - M. Espel, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 20, 26 mai 2011, Actualité/droit des affaires, p. 1343, note Alain Lienhard (« Nullité de la période suspecte : contrat commutatif entre époux en communauté »). Voir également la Gazette du Palais, n° 189-190, 8-9 juillet 2011, Chronique de jurisprudence - entreprises en difficulté, p. 31-32, note Philippe Roussel Galle.

N° **II29**

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Ouverture. - Qualité du débiteur. - Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante. - Cas. - Officier public ou ministériel auquel un suppléant a été désigné.

Il résulte de la combinaison de l'article L. 631-1 du code de commerce et des articles 3, 4 et 9 du décret n° 56-221 du 29 février 1956 modifié que si tout officier public ou ministériel auquel un suppléant a été désigné doit s'abstenir de tout acte professionnel dès l'entrée en fonction de ce dernier, il demeure titulaire de l'office et peut à ce titre faire l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, dès lors que se trouve constaté l'état de cessation des paiements.

Com. - 3 mai 2011.
CASSATION

N° 10-14.806. - CA Amiens, 21 janvier 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Jacques, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 20, 26 mai 2011, *Actualité/droit des affaires*, p. 1343, note Alain Lienhard (« Huissier de justice : la suppléance n'empêche pas la procédure collective »). Voir également la Revue des sociétés, n° 3, juin 2011, *Chronique de droit des entreprises en difficulté*, p. 385, note Philippe Roussel Galle (« Un officier public ou ministériel auquel un suppléant a été désigné peut faire l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire »), la Gazette du Palais, n° 189-190, 8-9 juillet 2011, *Chronique de jurisprudence - entreprises en difficulté*, p. 18, note Florence Reille, et la Revue des procédures collectives, n° 4, juillet-août 2011, commentaire n° 118, p. 54, note Christine Lebel (« Gérance de l'office par un suppléant : ouverture d'une procédure collective »).

N° *II30*

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Sauvegarde. - Période d'observation. - Déclaration de créances. - Délai. - Non-respect. - Sanction. - Compensation pour dettes connexes impossible.

Viole les articles L. 622-24 et L. 622-26, alinéa premier, du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'arrêt qui retient qu'aucune déclaration de créance ne s'impose à un créancier dès lors que le bénéficiaire de la compensation qu'il oppose à l'action en paiement d'une société mise sous sauvegarde ne constitue qu'un moyen de défense visant à l'extinction des obligations réciproques, alors que la compensation pour dettes connexes ne peut être prononcée lorsque le créancier n'a pas déclaré sa créance.

Com. - 3 mai 2011.
CASSATION

N° 10-16.758. - CA Montpellier, 20 octobre 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Espel, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M^e Blondel, SCP Gaschignard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 18, 12 mai 2011, *Actualité/droit des affaires*, p. 1215, note Alain Lienhard (« Pas de compensation pour connexité sans déclaration de créance »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 20, 16 mai 2011, *Jurisprudence*, n° 582, p. 975, note Philippe Roussel Galle (« Pas de compensation des créances connexes sans déclaration de créances, même sous le régime des textes de 2005 ! »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 61, juin 2011, *Actualités*, n° 3482, p. 26, note Ildo D. Mpindi (« Demande de compensation et procédures collectives »), ce même numéro, n° 3486, p. 33, note Victoria Mauries (« Compensation pour dettes connexes : la nécessaire déclaration de créance »), cette même revue, n° 62, juillet-août 2011, *Actualités - éclairage*, n° 3527, p. 18-19, note Hervé Guyader (« La compensation pour dettes connexes ne peut être prononcée dès lors que le créancier qui s'en prévaut n'a pas déclaré sa créance »), la Gazette du Palais, n° 189-190, 8-9 juillet 2011, *Chronique de jurisprudence - entreprises en difficulté*, p. 30-31, note Emmanuelle Le Corre-Broly, la Revue Lamy droit civil, n° 83, juin 2011, *Actualités*, n° 4274, p. 37-38, note Jean-Jacques Ansault (« Du rôle de déclaration de créance dans la compensation entre dettes connexes »), et la revue *Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, n° 7-2011, juillet 2011, *Chronique de droit des entreprises en difficulté*, p. 1066 à 1074, spéc. n° II (« Effets du jugement d'ouverture »), p. 1071, note Adeline Cerati-Gauthier (« Interdiction de paiement des créances antérieures »).

N° *II31*

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Sauvegarde. - Plan de sauvegarde. - Exécution du plan. - Résolution pour inexécution. - Conditions. - Communication au ministère public. - Réitération devant la cour d'appel. - Nécessité.

Selon les articles L. 626-27 I et L. 631-19 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le tribunal qui a arrêté le plan peut, après avis du ministère public, en prononcer la résolution.

Ne satisfait pas aux exigences des textes susvisés la cour d'appel qui prononce la résolution d'un plan de continuation et dit n'y avoir lieu à ouverture de la liquidation judiciaire du débiteur, alors qu'il ne résulte ni des mentions de l'arrêt ni des pièces de la procédure que la cause, communiquée au ministère public en première instance, l'ait été, de nouveau, au procureur général et que ce dernier ait été mis en mesure de donner son avis.

Com. - 3 mai 2011.
CASSATION

N° 10-14.558. - CA Montpellier, 20 janvier 2010.

Mme Favre, Pt. - M. Espel, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 19, 19 mai 2011, *Actualité/droit des affaires*, p. 1278, note Alain Lienhard (« Résolution du plan : avis du ministère public »). Voir également la Gazette du Palais, n° 189-190, 8-9 juillet 2011, *Chronique de jurisprudence - entreprises en difficulté*, p. 20-21, note Natalie Fricero.

N° *II32*

Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Immeuble. - Mutation antérieure de moins de cinq ans. - Déclaration fiscale. - Attestation immobilière après décès (non).

L'attestation notariée qui constate, en application des articles 29 et 28 3° du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, toute transmission ou constitution par décès de droits réels immobiliers et qui indique obligatoirement si les successibles ou légataires ont accepté, en précisant éventuellement les modalités de cette acceptation, ne constitue pas une déclaration au sens de l'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

3^e Civ. - 11 mai 2011.
REJET

N° 09-17.138. - CA Montpellier, 15 septembre 2009.

M. Cachelot, Pt (f.f.) et Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 4 juillet 2011, *Chronique - Expropriation pour cause d'utilité publique*, n° 802, p. 1337 à 1343, spéc. n° 37, p. 1342, note Michel Huyghe.

N° **II33**

Filiation

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

C'est à bon droit qu'une cour d'appel retient que l'adoption simple a pour objet non pas de renforcer des liens d'affection ou d'amitié entre deux personnes ayant des relations sexuelles, mais de consacrer un rapport filial.

1^{re} Civ. - 4 mai 2011.

REJET

N° 10-13.996. - CA Aix-en-Provence, 25 novembre 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M^e Foussard, SCP Bénabent, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 83, juin 2011, Actualités, n° 4282, p. 50-51, note Julie Gallois (« Quelle est la finalité d'une adoption simple ? »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 6, juin 2011, Jurisprudence, p. 318-319, note Frédérique Eudier (« L'adoption simple n'est pas une adoption à tout faire »), et la revue Droit de la famille, n° 7, juillet-août 2011, commentaire n° 110, p. 39 à 41, note Claire Neirinck (« Adoption simple au sein d'un couple homosexuel et tierce opposition »).

N° **II34**

Fondation

Statuts. - Procédure de révocation des membres. - Application. - Nécessité. - Cas. - Conflit d'intérêts.

Dès lors que les statuts d'une fondation prévoient une procédure dite de révocation pour juste motif dans le respect des droits de la défense, il incombe à la fondation de faire application de cette procédure pour mettre fin au conflit d'intérêts l'opposant à des membres du collège des fondateurs, de sorte que le recours à la modification des statuts, en ce qu'elle emporte cessation anticipée des mandats de ces membres, s'analyse en réalité en une révocation.

1^{re} Civ. - 12 mai 2011.

CASSATION

N° 10-11.813. - CA Paris, 27 novembre 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit des sociétés, n° 7, juillet 2011, commentaire n° 127, p. 14-15, note Henri Hovasse (« Modification des statuts et révocation des dirigeants d'une fondation »).

N° **II35**

Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes). - Sursis de paiement. - Bénéficiaires. - Rapatriés. - Obstacle. - Inéligibilité décidée par la commission de désendettement. - Recours devant le Conseil d'État. - Portée.

Justifie sa décision la cour d'appel qui rejette les demandes de sursis de paiement et de suspension corrélative des poursuites, instituées au profit de certains débiteurs par l'article 21 de la loi du 30 décembre 1999 modifiée, pour des dettes fiscales, sans vérifier l'issue d'un recours formé devant le Conseil d'État contre la décision de la Commission nationale de désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée ayant

déclaré inéligible la demande d'admission au dispositif de suspension provisoire des poursuites prévu par l'article 100 de la loi n° 97-1269 du 30 décembre 1997, modifié.

Com. - 10 mai 2011.

REJET

N° 10-17.285. - CA Bordeaux, 17 février 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier-Bourdeau, Av.

N° **II36**

Indemnisation des victimes d'infraction

Indemnité. - Indemnité complémentaire. - Conditions. - Supériorité du montant de l'indemnisation allouée par la juridiction statuant sur les intérêts civils. - Décision juridictionnelle postérieure à celle de la commission. - Nécessité.

Il résulte de l'article 706-8 du code de procédure pénale que, lorsque la juridiction statuant sur les intérêts civils a alloué des dommages-intérêts d'un montant supérieur à l'indemnité accordée par la commission, la victime peut demander un complément d'indemnité si cette décision est postérieure à celle de la commission.

2^e Civ. - 12 mai 2011.

CASSATION SANS RENVOI

N° 10-19.115. - CA Lyon, 18 mars 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Chaumont, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Delvolvé, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4305, p. 27, note Jean-Philippe Bugnicourt (« Réagir plus pour gagner plus »).

N° **II37**

Instruction

Détention provisoire. - Placement en détention provisoire. - Saisine du juge des libertés et de la détention. - Juge d'instruction. - Pouvoirs du juge. - Pouvoir de réquisition.

Lorsqu'il a saisi le juge des libertés et de la détention en vue du placement en détention provisoire d'un mis en examen s'étant présenté libre à son cabinet, le juge d'instruction peut, sur le fondement de l'article 51, alinéa 3, du code de procédure pénale, requérir directement la force publique pour le faire conduire devant ce magistrat.

Doit, dès lors, être approuvée la chambre de l'instruction qui écarte l'argumentation du mis en examen tenant à l'irrégularité de sa présentation sous la contrainte au juge des libertés et de la détention.

Crim. - 3 mai 2011.

REJET

N° 11-80.889. - CA Paris, 6 janvier 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Pers, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

N° **II38**

Mariage

Nullité. - Action en nullité des parents collatéraux. - Recevabilité. - Conditions. - Intérêt né et actuel. - Cas. - Vocation successorale.

Il résulte des dispositions combinées des articles 184 et 187 du code civil que les parents collatéraux peuvent, du vivant des époux, agir en nullité du mariage, sur le fondement de l'article 146 du code civil, à la condition de justifier d'un intérêt né et actuel.

Une cour d'appel qui a constaté qu'à la date où elle statuait, les frères et sœur de l'époux avaient vocation à recueillir, en l'absence de conjoint survivant, la partie de la succession non incluse dans un testament en a souverainement déduit que ceux-ci justifiaient d'un intérêt actuel à agir en nullité du mariage contracté par leur frère, décédé après l'introduction de l'instance.

1^{re} Civ. - 4 mai 2011.
REJET

N° 09-68.983. - CA Bordeaux, 5 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Chardonnet, Rap. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 83, juin 2011, Actualités, n° 4278, p. 47-48, note Julie Gallois (« Les collatéraux peuvent-ils agir en nullité du mariage de leur parent ? »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 6, juin 2011, Jurisprudence, p. 330-331, note Caroline Siffrein-Blanc (« Action en nullité du mariage du majeur sous sauvegarde de justice »), et la Revue juridique Personnes et famille, n° 9, septembre 2011, p. 32-33, note Anne Leborgne (« La vocation successorale des collatéraux constitue un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage »).

N° **II39**

Marque de fabrique

Protection. - Contrefaçon. - Contrefaçon par imitation. - Conditions. - Usage dans la vie des affaires. - Applications diverses. - Titre d'une lettre d'information syndicale.

Décide à bon droit que l'action en contrefaçon de marque engagée par un syndicat de salariés à l'encontre d'un autre, au motif que celui-ci diffuse une lettre d'information syndicale sous un titre imitant celui qu'il avait déposé à titre de marque, n'est pas fondée une cour d'appel qui retient que la publication d'une telle lettre, gratuite, ne comportant pas de publicité commerciale, n'ayant pour objet que de donner aux salariés concernés des informations relatives à la profession, sans appel à participer à des opérations de nature économique ou à contribuer à leur financement et étant l'expression d'une communication uniquement syndicale, ne tend pas à l'obtention d'un avantage direct ou indirect de nature économique et est étrangère à la vie des affaires.

Com. - 10 mai 2011.
REJET

N° 10-18.173. - CA Paris, 12 mars 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Pezard, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 173-174, 22-23 juin 2011, Chronique de jurisprudence - propriété intellectuelle, p. 17-18, note Laure Marino (« La Cour de cassation explore la condition d'usage dans la vie des affaires »). Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 7, juillet 2011, commentaire n° 157,

p. 22-23, note Marie Malaurie-Vignal (« De la difficulté à distinguer information et publicité »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 62, juillet-août 2011, Actualités, n° 3532, p. 21-22, note Ildo D. Mpindi (« Contrefaçon de marque, l'exigence d'un usage dans la vie des affaires »).

N° **II40**

Mesures d'instruction

Sauvegarde de la preuve avant tout procès. - Ordonnance sur requête. - Requête. - Juge territorialement compétent. - Prorogation de compétence. - Conditions.

Saisi, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'une requête unique visant plusieurs personnes dont certaines sont domiciliées hors de son ressort, le juge des requêtes est compétent pour ordonner, par des ordonnances distinctes, des mesures d'instruction concernant l'ensemble des personnes visées par la requête, dès lors que l'une d'entre elles au moins est domiciliée dans son ressort, que les mesures sollicitées tendent à conserver ou établir la preuve de faits similaires dont pourrait dépendre la solution d'un même litige et que la juridiction à laquelle il appartient est susceptible de connaître de l'éventuelle instance au fond.

2^e Civ. - 5 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-20.435. - CA Versailles, 30 juin 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. André, Rap. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° **II41**

Outre-mer

Martinique. - Zone des cinquante pas géométriques. - Terrain situé dans la réserve domaniale. - Droits sur le terrain. - Preuve. - Titre. - Opposabilité à l'État. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Dans le cadre de la procédure juridictionnelle mise en place par l'article 89-2 du code du domaine de l'État, devenu l'article L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques, le refus de la validation d'un titre portant sur une parcelle de la zone domaniale des cinquante pas géométriques au motif que ce titre, émanant d'une personne privée, n'établit pas que l'État ait entendu soustraire le bien de son domaine public ne caractérise pas une privation du bien au sens de l'article premier du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Un tel refus, qui relève d'une réglementation, justifiée par l'intérêt général, de l'usage des biens du domaine public maritime de l'État, n'entraîne dès lors ni une discrimination illicite ni ne traduit une ingérence prohibée dans la vie privée et familiale.

3^e Civ. - 4 mai 2011.

REJET

N° 09-70.161. - CA Fort-de-France, 15 mai 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M^e Foussard, Av.

N° **II42**

Personne morale

Personne morale de droit public. - Collectivité territoriale. - Recouvrement de créance. - Titre exécutoire. - Notification. - Mentions. - Délais et voies de recours. - Nécessité.

Viola les articles 680 et 693 du code de procédure civile et l'article L. 1617-5 2° du code général des collectivités territoriales une cour d'appel qui retient que le recours devant la juridiction civile tendant à faire constater l'inexistence d'un titre exécutoire émis par une commune devait être introduit dans le délai de deux mois suivant la notification d'une décision d'incompétence rendue par une juridiction administrative, peu important que les mentions portées sur le titre exécutoire n'aient pas été celles de l'article L. 1617-5 2° du code général des collectivités territoriales, alors que les délais de recours ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification du titre exécutoire.

Com. - 10 mai 2011.
CASSATION

N° 10-14.160. - CA Paris, 18 décembre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - M^e Georges, SCP Monod et Colin, Av.

N° **II43**

Prescription acquisitive

Conditions. - Possession. - Acte matériel. - Nécessité.

Le juge du fond doit relever l'existence d'actes matériels de possession pour pouvoir retenir la prescription acquisitive.

3^e Civ. - 4 mai 2011.
CASSATION

N° 09-10.831. - CA Saint-Denis-de-la-Réunion, 28 mars 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Feydeau, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M^e Blondel, SCP Defrenois et Levis, Av.

N° **II44**

Presse

Diffamation et injures dirigées contre la mémoire des morts. - Action des héritiers. - Recevabilité. - Qualité d'héritier. - Héritier ayant accepté la succession. - Nécessité.

Les dispositions de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 relatives aux infractions de diffamation ou d'injure dirigées contre la mémoire des morts impliquent, pour la recevabilité des actions engagées par les héritiers, que ceux-ci aient la qualité d'héritiers ayant accepté la succession.

Crim. - 10 mai 2011.
REJET

N° 09-86.272. - CA Paris, 16 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén. - M^e Spinosi, SCP Roger et Sevaux, Av.

N° **II45**

Propriété littéraire et artistique

Contrefaçon. - Action en contrefaçon. - Recevabilité. - Conditions. - Œuvre de collaboration. - Mise en cause de tous les coauteurs. - Portée.

La recevabilité de l'action en contrefaçon introduite par l'un des coauteurs ou ses ayants droit pour la défense de ses intérêts patrimoniaux, fussent-ils afférents à l'œuvre originale dont une œuvre audiovisuelle est tirée, à l'encontre de cette œuvre audiovisuelle, œuvre de collaboration qui est la propriété commune des coauteurs, est subordonnée à la mise en cause de l'ensemble de ceux-ci, dès lors que leur contribution ne peut être séparée.

Partant, est irrecevable l'action en contrefaçon, qui n'a pas le caractère d'une mesure conservatoire, introduite par les ayants droit de l'auteur d'un scénario incorporé au scénario définitif d'un film, qui n'ont pas appelé tous les coauteurs du film en la cause.

1^{re} Civ. - 12 mai 2011.
REJET

N° 10-14.646. - CA Paris, 4 septembre 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Gallet, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° **II46**

Propriété littéraire et artistique

Droit d'auteur. - Droits patrimoniaux. - Monopole. - Limitation. - Inclusion fortuite d'une œuvre sur un autre support. - Définition. - Présentation de l'œuvre accessoire au sujet traité.

Dès lors qu'elle est accessoire au sujet traité, la présentation d'une œuvre dans un film doit être regardée comme l'inclusion fortuite de cette œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, telle que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu la transposer en considération du droit positif.

1^{re} Civ. - 12 mai 2011.
REJET

N° 08-20.651. - CA Paris, 12 septembre 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Marais, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 21, 2 juin 2011, Actualité/droit des affaires, p. 1409, note Jeanne Daleau (« Droit d'auteur : exception d'inclusion fortuite »). Voir également cette même revue, n° 27, 14 juillet 2011, Études et commentaires, p. 1875 à 1879 note Céline Castets-Renard (« Être et avoir : et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur »), la revue Communication, commerce électronique, n° 7-8, juillet-août 2011, commentaire n° 62, p. 21 à 23, note Christophe Caron (« La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement »), la Gazette du Palais, n° 173-174, 22-23 juin 2011, Chronique de jurisprudence - propriété intellectuelle, p. 13-14, note Laure Marino (« La Cour de cassation au secours de l'exception de l'accessoire (ou exception d'inclusion fortuite) »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 28, 11 juillet 2011, Jurisprudence, n° 814, p. 1360 à 1363, note Michel Vivant (« Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ? »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 30-33, 28 juillet 2011, Études et commentaires, n° 1560, p. 41 à 44.

N° **II47**

Régimes matrimoniaux

Communauté entre époux. - Législation antérieure à la loi du 13 juillet 1965. - Actif. - Composition. - Support matériel des œuvres picturales. - Cas. - Legs par un époux du droit moral et du droit pécuniaire sur des tableaux. - Portée.

Après avoir exactement énoncé que dès lors que le régime matrimonial des époux était celui de la communauté de meubles et acquêts, régime légal en vigueur au moment de leur union, de sorte qu'avait vocation à s'appliquer l'article 1401 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, selon lequel la communauté se compose de tout le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, si

le donateur n'a pas exprimé le contraire, une cour d'appel, constatant que, par testament olographe, l'époux prédécédé avait légué à sa fille le droit moral et le droit pécuniaire sur des tableaux qui lui avaient été transmis par son père, dont il était l'unique héritier, en a déduit à bon droit, conformément à la règle selon laquelle la propriété intellectuelle est indépendante de la propriété de l'objet matériel, que le support matériel des œuvres de ce dernier, qui lui était échu pendant son mariage à titre de succession, était entré en communauté, de sorte que lesdits tableaux devaient, en tant que biens corporels, être portés à l'actif de la communauté, peu important qu'ils n'aient pas été divulgués.

1^{re} Civ. - 12 mai 2011.
REJET

N° 10-15.667. - CA Paris, 3 février 2010.

M. Charruault, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Bénabent, SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 21, 2 juin 2011, Actualité/droit civil, p. 1413, note J. Marrocchella (« Œuvre d'art : le support matériel est un bien commun »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 7, juillet-août 2011, commentaire n° 112, p. 43-44, note Bernard Beignier (« Composition de la masse commune »), et la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4322, p. 56-57, note Elodie Pouliquen (« Communauté de meubles et acquêts : quid des œuvres d'art reçues en héritage ? »).

N° *II48*

Régimes matrimoniaux

Communauté entre époux. - Recel. - Objet. - Effets de la communauté. - Définition. - Exclusion. - Biens acquis par les époux, au cours du mariage, sous le régime de la participation aux acquêts.

L'article 1477 du code civil édicte une sanction à l'encontre de l'époux commun en biens coupable d'un recel des effets de la communauté. Sous le régime de la participation aux acquêts, les biens acquis par les époux, au cours du mariage, constituent des biens qui leur sont personnels et non des biens communs, chacun d'eux ne pouvant prétendre, à la dissolution du régime, qu'à une créance de participation.

Il en résulte que les dispositions du texte précité ne leur sont pas applicables.

1^{re} Civ. - 4 mai 2011.
REJET

N° 10-15.787. - CA Rennes, 24 février 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 20, 26 mai 2011, Actualité/droit civil, p. 1348, note J. Marrocchella (« Participation aux acquêts : pas de recel »). Voir également cette même revue, n° 29, 4 août 2011, Études et commentaires, p. 2005 à 2008, note Laurence Mauger-Vielpeau (« Point de recel en participation aux acquêts »), la revue Droit de la famille, n° 6, juin 2011, commentaire n° 100, p. 36, note Bernard Beignier (« L'impossible recel de communauté en régime de participation aux acquêts »), la Revue Lamy droit civil, n° 83, juin 2011, Actualités, n° 4286, p. 58-59, note Julie Gallois (« Le recel de communauté n'existe pas sous le régime de la participation aux acquêts »), la revue Actualité juridique Famille, n° 6, juin 2011, Jurisprudence, p. 332-333, note Patrice Hilt (« Les règles qui gouvernent le recel de communauté ne sont pas applicables sous le régime de la participation aux acquêts »), et la Revue juridique Personnes et famille, n° 7-8,

juillet-août 2011, p. 22, note Frédéric Vauvillé (« Les règles sanctionnant le recel de communauté ne sont pas applicables au régime de participation aux acquêts »).

N° *II49*

1^o Représentation des salariés

Règles communes. - Contrat de travail. - Licenciement. - Mesures spéciales. - Autorisation administrative. - Portée.

2^o Représentation des salariés

Règles communes. - Contrat de travail. - Licenciement. - Mesures spéciales. - Autorisation administrative. - Annulation par la juridiction administrative. - Préjudice. - Période d'indemnisation. - Détermination.

1^o Lorsque le juge administratif a apprécié des faits reprochés à un salarié protégé en retenant qu'ils étaient d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement, les mêmes faits ne peuvent être appréciés différemment par le juge judiciaire.

Une cour d'appel, qui a constaté que la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement avait été annulée par le tribunal administratif pour un motif de légalité externe et que cette juridiction, statuant de nouveau sur le recours formé par l'employeur à l'encontre de la décision du ministre refusant d'accorder l'autorisation de licenciement, l'a annulée, a exactement retenu que la décision du juge administratif, qui, se prononçant sur les faits fautifs invoqués par l'employeur, a retenu qu'ils étaient d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, s'oppose à ce que le juge judiciaire décide que le licenciement était privé de cause réelle et sérieuse.

Si le juge judiciaire ne peut, en l'état de la décision de la juridiction administrative, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement, il reste compétent pour apprécier le degré de gravité de la faute privative des indemnités de rupture et justifiant la mise à pied conservatoire.

2^o Une cour d'appel, qui a constaté que l'autorisation de l'inspecteur du travail avait été annulée par la juridiction administrative, a exactement décidé que cette annulation étant définitive, en sorte qu'il n'en subsistait rien, l'employeur devait être condamné à payer au salarié l'indemnisation du préjudice subi du fait de son exclusion de l'entreprise à compter de son licenciement jusqu'à l'expiration du délai de deux mois prévu par l'article L. 2422-4 du code du travail.

Soc. - 3 mai 2011.
CASSATION PARTIELLE

N° 09-71.950. - CA Bourges, 9 octobre 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 7/11, juillet 2011, décision n° 631, p. 570 à 572. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 31-35, 2 août 2011, Jurisprudence, n° 1377, p. 21 à 24, note Jean-Yves Kerbourc'h (« Licenciement d'un salarié protégé : étendue de la compétence du juge judiciaire »).

N° *II50*

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Committant. - Préposé. - Lien entre la faute du préposé et ses fonctions. - Abus de fonctions. - Acte non

indépendant du rapport de préposition. - Violences volontaires commises par des videurs d'un exploitant de discothèque.

Le commettant ne s'exonère de sa responsabilité de plein droit, en application de l'article 1384, alinéa 5, du code civil, que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions.

Encourt dès lors la censure la cour d'appel qui, pour débouter le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions de sa demande faite au titre de son recours subrogatoire, énonce, par des motifs impropres à établir l'existence des conditions d'exonération de l'employeur, qu'une faute constitutive d'une infraction pénale volontaire, autre que de négligence ou d'inattention de nature quasi délictuelle, ne peut entrer dans le cadre de l'obligation qui revient à l'employeur, exploitant une discothèque, d'assumer les conséquences civiles des fautes commises par ses employés ou salariés, en l'espèce des « videurs », condamnés par la juridiction pénale pour violences volontaires commises dans le cadre de leur activité professionnelle et sur leur lieu de travail.

2^e Civ. - 12 mai 2011.
CASSATION

N° 10-20.590. - CA Riom, 12 mai 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Grellier, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 21, 2 juin 2011, Actualité/droit civil, p. 1412, note Inès Gallmeister (« Abus de fonction : exonération du commettant »). Voir également cette même revue, n° 28, 28 juillet 2011, Études et commentaires, p. 1938 à 1941, note Olivier Gout (« L'abus de fonction du préposé : entre doutes et certitudes »), la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4301, p. 24, note Jean-Philippe Bugnicourt (« L'inexorable responsabilité du commettant »), la revue Responsabilité civile et assurances, n° 7-8, juillet-août 2011, commentaire n° 243, p. 18-19, note Christophe Radé (« Commettant : personne blessée par les « videurs » d'une discothèque »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 29-34, 18 juillet 2011, Jurisprudence, n° 860, p. 1421 à 1424, note Nicolas Rias (« Infraction du préposé et critères de l'abus de fonction »).

N° **II 51**

1^o Saisie immobilière

Procédure. - Actes préparatoires à la vente. - Déclarations de créance. - Modalités. - Avocat inscrit au barreau du tribunal de grande instance devant lequel la vente est poursuivie. - Nécessité.

2^o Procédure civile

Acte de procédure. - Nullité. - Irrégularité de fond. - Régularisation. - Saisie immobilière. - Déclaration de créance faite sous la constitution d'un avocat inscrit au barreau du tribunal de grande instance saisi de la procédure de saisie immobilière.

1^o L'exception à la multipostulation, prévue à l'article 1 III, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971 modifiée, s'applique à tous les actes de la procédure de saisie immobilière soumis à la représentation obligatoire.

Il en résulte qu'une déclaration de créance faite sous la constitution d'un avocat inscrit à un barreau autre que celui du tribunal de la procédure est entachée d'une irrégularité de fond et doit être annulée.

2^o Cette irrégularité de fond peut être couverte par une déclaration de créance faite sous la constitution d'un avocat inscrit au barreau du tribunal de grande instance saisi de la procédure de saisie immobilière.

2^e Civ. - 5 mai 2011.
CASSATION PARTIELLE

N° 10-14.066. - CA Versailles, 7 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Bardy, Rap. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier-Bourdeau, M^e Spinosi, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 7, juillet 2011, commentaire n° 223, p. 14 à 16, note Roger Perrot (« Déclaration de créance et multipostulation (région parisienne) »). Voir également la Revue de droit bancaire et financier, n° 4, juillet-août 2011, commentaire n° 144, p. 45, note Stéphane Piedelièvre (« Déclaration de créances et pluralités d'avocats »).

N° **II 52**

1^o Sécurité sociale

Caisse. - Conventions. - Convention nationale des médecins du 12 janvier 2005. - Arrêté interministériel d'approbation. - Effets sur la nature de la convention. - Caractère réglementaire. - Portée.

2^o Sécurité sociale

Caisse. - Conventions. - Convention nationale des médecins du 12 janvier 2005. - Modalités d'exercice conventionnel. - Secteurs conventionnels et tarifs. - Secteur à honoraires différents. - Bénéficiaires.

1^o Selon l'article 4.3 d de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005, les praticiens qui justifient de l'un des titres qu'il énumère ne peuvent opter pour le secteur des honoraires différents que s'ils s'installent pour la première fois en exercice libéral après la date d'entrée en vigueur de la convention.

La convention nationale a été approuvée par un arrêté interministériel du 3 février 2005, ce qui lui confère le caractère d'un acte réglementaire, il appartient au juge civil d'en faire application.

2^o Ayant retenu, d'une part, que le relevé de décisions du 24 août 2004 fait simplement état, en son point 9, de l'engagement des signataires de mettre fin à la situation de certains anciens praticiens hospitaliers qui ne disposaient pas du choix de leur secteur tarifaire, d'autre part, que l'article 1.2.4 de la convention nationale du 12 janvier 2005 s'inscrit dans une négociation nettement plus large que le relevé de décisions relatives à la chirurgie libérale du 24 août 2004, de sorte qu'il ne peut être soutenu que la possibilité d'opter de manière libre pour un changement de secteur au 1^{er} juillet 2005 était évidente en l'absence d'accord spécifique au 30 juin 2005, la cour d'appel a exactement déduit, en l'état de ses énonciations, que, selon l'article 4.3 d de la convention nationale, peuvent seulement demander à être autorisés à pratiquer des honoraires différents les médecins qui, à compter de la date d'entrée en vigueur de la convention, s'installent pour la première fois en exercice libéral et sont titulaires des titres qu'elle énumère.

2^e Civ. - 12 mai 2011.
REJET

N° 10-18.797. - CA Nîmes, 6 avril 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Prétot, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Boutet, Av.

Le rapport du conseiller rapporteur est paru dans la revue Droit social, n° 7/8, juillet-août 2011, p. 829 à 833 (« La convention nationale des médecins de 2005 et l'accès au secteur des honoraires libres »).

N° **II53**

Sécurité sociale, accident du travail

Faute inexcusable de l'employeur. - Effets. - Rente du conjoint survivant. - Taux d'incapacité de la victime de 100 %. - Refus de majoration de la rente. - Conditions. - Rente du conjoint atteignant le montant du salaire minimum légal.

Il résulte des articles L. 452-2, alinéa premier, et L. 452-2, alinéa 3, du code de la sécurité sociale que la majoration de rente constitue une prestation de sécurité sociale due par l'organisme social dans tous les cas où la maladie professionnelle consécutive à une faute inexcusable entraîne le versement de la rente et que, lorsqu'une rente a été attribuée à la victime, le montant de la majoration est fixé de telle sorte que la rente majorée allouée à la victime ne puisse excéder soit la fraction de salaire annuel correspondant à la réduction de la capacité, soit le montant de ce salaire dans le cas d'incapacité totale.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour rejeter la demande de majoration du taux de la rente du conjoint survivant d'un salarié décédé des suites d'une maladie professionnelle, retient, après avoir reconnu l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur, que le taux d'incapacité permanente partielle de la victime ayant été fixé à 100 %, il ne peut être alloué de majoration de rente, les juges du fond n'ayant pas recherché si la rente du conjoint survivant fixée au profit de la veuve du salarié avait atteint le montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de la consolidation.

2^e Civ. - 12 mai 2011.

CASSATION

N° 10-18.392. - CA Nancy, 31 mars 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Martinel, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Responsabilité civile et assurances, n° 7-8, juillet-août 2011, commentaire n° 249, p. 23-24, note Hubert Groutel (« Accident du travail (maladie professionnelle) : majoration de la rente du conjoint en cas de faute inexcusable de l'employeur »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 31-35, 2 août 2011, Jurisprudence, n° 1381, p. 32-33, note Dominique Asquinazi-Bailleux (« Majoration de rente de conjoint survivant en cas de faute inexcusable »).

N° **II54**

Sécurité sociale, accident du travail

Maladies professionnelles. - Dispositions générales. - Prestations. - Victime successivement affiliée à deux régimes distincts. - Charge. - Caisse ou organisation d'affiliation à la date de la première constatation médicale. - Applications diverses.

Selon les articles L. 413-14 du code de la sécurité sociale et 16 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, ce dernier dans sa rédaction alors applicable, la Caisse nationale des industries électriques et gazières (la CNIÉG), chargée, au 1^{er} janvier 2005, d'assurer le fonctionnement du régime spécial du personnel des industries électriques et gazières, verse au salarié concerné les prestations en espèces prévues par le livre IV du code de la sécurité sociale.

Selon l'article D. 461-24 du code de la sécurité sociale, la charge des prestations, indemnités et rentes inhérentes à l'une des maladies professionnelles mentionnées à l'article D. 461-5 du code de la sécurité sociale incombe à la caisse d'assurance maladie ou à l'organisation spéciale de sécurité sociale à laquelle la victime était affiliée à la date de la première constatation médicale définie à l'article D. 461-7, ou, lorsque la victime n'est plus affiliée à cette date, à la caisse ou à l'organisation spéciale à laquelle elle a été affiliée en dernier lieu, quel que soit l'emploi occupé par elle.

Dès lors, encourt la cassation une cour d'appel qui décide qu'une caisse primaire d'assurance maladie et la CNIÉG devraient chacune faire l'avance, au *pro rata* des années passées dans chaque entreprise, des sommes allouées à un salarié, employé successivement par une société relevant du régime général de sécurité sociale puis par EDF, victime de fautes inexcusables de ces deux employeurs successifs, alors qu'à la date de la première constatation médicale de sa maladie, ce salarié était affilié au régime spécial des personnels des industries électriques et gazières, de sorte que la CNIÉG devait seule assurer la charge des prestations, indemnités et rentes inhérentes à l'affection constatée, avant de les récupérer auprès des employeurs dont la faute inexcusable avait été établie, au *pro rata* du temps d'exposition aux risques liés à l'amiante dans chacune des entreprises concernées.

2^e Civ. - 12 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-14.461 et 10-15.311. - CA Bordeaux, 28 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Coutou, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Defrenois et Levis, Av.

N° **II55**

Sécurité sociale, assurance des non-salariés (loi du 12 juillet 1966)

Assujettis. - Personne ayant exercé plusieurs activités. - Année de référence à considérer. - Définition.

Selon l'article R. 613-6 du code de la sécurité sociale, lorsqu'au cours d'une année civile, une personne a exercé plusieurs activités professionnelles dont l'une relève de celles mentionnées à l'article L. 613-1, la détermination de l'activité principale a lieu au plus tard le 31 décembre suivant l'expiration de cette année civile, pour prendre effet, le cas échéant, au 1^{er} janvier suivant.

Une cour d'appel déduit à bon droit de ces dispositions que l'année de référence à prendre en considération est l'année civile entière pendant laquelle les activités indépendante et salariée avaient été simultanément exercées.

2^e Civ. - 12 mai 2011.

REJET

N° 10-21.536. - CA Chambéry, 8 juin 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Feydeau, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 30, 26 juillet 2011, Jurisprudence, n° 1369, p. 32 à 34, note Thierry Tauran (« RSI et pluriactivité »).

N° **II56**

Société (règles générales)

Associés. - Compte courant. - Remboursement. - Moment. - Détermination.

Les dispositions de l'article 1900 du code civil, qui offrent au juge la possibilité de fixer un terme pour la restitution d'un prêt, ne sont pas applicables au compte courant d'associé, dont la caractéristique essentielle, en l'absence de convention particulière ou statutaire le régissant, est d'être remboursable à tout moment.

Com. - 10 mai 2011.

REJET

N° 10-18.749. - CA Poitiers, 23 mars 2010.

Mme Favre, Pt. - M. Delbano, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 159-160, 8-9 juin 2011, Chronique de jurisprudence - droit des sociétés, p. 14-15, note Bruno Dondero (« L'article 1900 du code civil ne s'applique pas au compte courant d'associé »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4295, p. 13-14, note Alexandre Paulin (« Pas de terme judiciaire pour le compte courant d'associé ! »), la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 7/11, juillet 2011, décision n° 628, p. 585-586, la revue Droit des sociétés, n° 8-9, août-septembre 2011, commentaire n° 147, p. 15-16, note Renaud Mortier (« Le compte courant d'associé est remboursable à tout moment sauf clause contraire »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 62, juillet-août 2011, Actualités - éclairage, n° 3517, p. 10-11, note Adeline Céрати-Gauthier (« Compte courant d'associé »).

N° **II57**

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige né des activités d'une chambre de commerce et d'industrie. - Critères. - Mode de financement de l'activité.

Une cour d'appel qui relève que, par son financement et les moyens mis en œuvre, l'activité de son site internet créé par une chambre de commerce et d'industrie s'exerce dans les mêmes conditions que celles de nombreux sites privés offrant un service gratuit et financé par la publicité ou le partenariat d'entreprise décide justement que la juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour en connaître.

1^{re} Civ. - 4 mai 2011.

REJET

N° 10-10.989. - CA Nouméa, 26 octobre 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bobin-Bertrand, Rap. - SCP Peignot et Garreau, SCP Richard, Av.

N° **II58**

Statuts professionnels particuliers

Voyageur représentant placier. - Indemnité de clientèle. - Attribution. - Cas. - Salarié mis à la retraite.

La mise à la retraite du salarié par l'employeur prévue par l'article L. 1237-5 du code du travail constitue un mode de rupture du contrat de travail par l'employeur permettant au salarié de prétendre, s'il en remplit les conditions, à l'indemnité de clientèle prévue par l'article L. 7313-13 du code du travail, qui ne se cumule pas avec l'indemnité de départ à la retraite, seule la plus élevée étant due. L'indemnité de clientèle a pour objet de compenser la perte pour le représentant de la clientèle qu'il a créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur.

Doit être cassé l'arrêt qui, après avoir retenu que le salarié, mis à la retraite par son employeur, avait développé en nombre

et en valeur la clientèle de celui-ci, déboute l'intéressé de sa demande par des motifs inopérants tirés de la comparaison des niveaux de revenus du représentant avant et après la rupture.

Soc. - 11 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-41.298. - CA Lyon, 23 janvier 2009.

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

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 7/11, juillet 2011, décision n° 649, p. 580-581. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 28, 12 juillet 2011, Jurisprudence, n° 1334, p. 18-19, note Jean-François Cesaro (« Le VRP mis à la retraite »).

N° **II59**

Transports routiers

Marchandises. - Prescription. - Prescription annale (article L. 133-6 du code de commerce). - Domaine d'application. - Action en répétition de l'indu d'une partie du prix du transport.

Viole, par fausse application, l'article 1376 du code civil et, par refus d'application, l'article L. 133-6 du code de commerce l'arrêt qui retient que l'action qui tend à la répétition de l'indu constitué par la fraction excédentaire du prix de la prestation et trouvant sa justification dans l'inexistence de cette partie de la dette limitée au trop-perçu obéit au régime spécifique des quasi-contrats et est donc soumise à la prescription de droit commun, même lorsque la prescription de l'obligation en vertu de laquelle a eu lieu le paiement était plus courte, alors que sont également soumises à la prescription annale, sauf au cas de fraude ou d'infidélité, toutes les autres actions auxquelles le contrat de transport peut donner lieu.

Com. - 3 mai 2011.

CASSATION

N° 10-11.983. - CA Toulouse, 18 novembre 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Lecaroz, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 20, 26 mai 2011, Actualité/droit des affaires, p. 1342, note Xavier Delpech (« Remboursement d'une partie du prix du transport : prescription annale »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4297, p. 14-15, note Alexandre Paulin (« Prescription annale en matière de contrat de transport »).

N° **II60**

Vente

Garantie. - Éviction. - Domaine d'application. - Détermination.

La garantie d'éviction du fait d'un tiers n'est due que si le trouble subi par l'acheteur, imputable au vendeur, est un trouble de droit.

3^e Civ. - 11 mai 2011.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 10-13.679. - CA Versailles, 26 novembre 2009.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Jacques, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4299, p. 16-17, note Alexandre Paulin (« Le trouble de fait chasse la garantie d'éviction du fait d'un tiers »).

N° *1161*

Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Défaillance. - Effets. - Caducité de la promesse. - Demande formulée à titre principal. - Portée.

Modifie l'objet du litige la cour d'appel qui prononce la nullité d'une promesse de vente pour erreur sur les qualités substantielles demandée à titre subsidiaire, sans statuer préalablement sur la demande de caducité de la vente pour non-réalisation de conditions suspensives invoquée à titre principal.

3^e Civ. - 11 mai 2011.

CASSATION

N° 10-14.651 et 10-15.000. - CA Montpellier, 10 novembre 2009.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Gabet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Lesourd, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Chronique - procédure civile, n° 4323, p. 59 à 66, spéc. n° 5, p. 62-63, note Corinne Bléry (« Principe dispositif : rappel de la primauté de la hiérarchisation des prétentions »).

N° *1162*

Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Obtention d'un prêt. - Réalisation. - Conditions. - Détermination.

Viole l'article 1176 du code civil une cour d'appel qui, pour déclarer propriétaires les bénéficiaires d'une promesse synallagmatique de vente, retient une offre de prêt transmise à l'acquéreur après l'expiration du délai prévu pour la réalisation de la condition suspensive.

3^e Civ. - 11 mai 2011.

CASSATION

N° 10-14.536. - CA Douai, 29 juin 2009.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Jardel, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Capron, Av.

Un commentaire de cette décision est paru la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4294, p. 12-13, note Alexandre Paulin (« De la date de réalisation de la condition suspensive de l'obtention d'un prêt »).

N° *1163*

Vente

Promesse de vente. - Promesse unilatérale. - Option. - Exercice. - Exercice pendant le délai. - Rétractation antérieure du promettant. - Effet.

En application des articles 1101 et 1134 du code civil, la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir et la possibilité d'obtenir la réalisation forcée de la vente.

3^e Civ. - 11 mai 2011.

CASSATION

N° 10-12.875. - CA Aix-en-Provence, 10 novembre 2009.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Rouzet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Bénabent, Av.

Le rapport du conseiller rapporteur est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 20, 20 mai 2011, Jurisprudence, n° 1163, p. 25 à 33 (« Promesse unilatérale de vente - Rétractation du promettant avant la levée d'option par le bénéficiaire »). Un commentaire de cette décision est paru dans cette même revue, n° 22, 3 juin 2011, Chronique - immobilier, n° 1188, p. 23 à 28, spéc. n° 4, p. 26, note Stéphane Piedelièvre (« Promesse et rétractation : le froid »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 21, 2 juin 2011, Études et commentaires, p. 1457 à 1460, note Denis Mazeaud (« Promesse unilatérale de vente : la Cour a ses raisons »), et p. 1460 à 1462, note Daniel Mainguy (« L'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter »), La Semaine juridique, édition générale, n° 25, 20 juin 2011, Étude, n° 736, p. 1220 à 1227, note Yann Paclot et Emmanuelle Moreau (« L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente - comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 26, 30 juin 2011, Études et commentaires, n° 1504, p. 21 à 28, le Répertoire du notariat Defrénois, n° 11, 15 juin 2011, Actes courants - Immobilier, n° 40023, p. 1023 à 1026, note Laurent Aynès (« Faut-il abandonner la promesse unilatérale de vente ? »), ce même numéro p. 1026, note Pierre Tarrade (« Retour d'expérience »), la Revue Lamy droit civil, n° 84, juillet-août 2011, Actualités, n° 4293, p. 11-12, note Alexandre Paulin (« Rétractation de la promesse unilatérale de vente : retour au statu quo ! »), la Gazette du Palais, n° 215-216, 3-4 août 2011, Chronique de jurisprudence - droit des contrats, p. 15-16, note Dimitri Houtcieff (« Promesse unilatérale et exécution forcée : la Cour de cassation ne se rétracte pas ! »), et la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 8-9, août-septembre 2011, commentaire n° 186, p. 14-15, note Laurent Leveneur (« Fragilité de la promesse unilatérale de vente »).

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **104,70 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **19 €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 2010, frais de port inclus.



191117480-001011

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Daniel Tardif

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix : 7,70 €
ISSN 0750-3865



**Direction de l'information
légale et administrative**
accueil commercial :
01 40 15 70 10
commande :
Administration des ventes
23, rue d'Estrées, CS 10733
75345 Paris Cedex 07
télécopie : 01 40 15 68 00
ladocumentationfrancaise.fr