

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 736



*Publication  
bimensuelle*

*15 février  
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



Le 19 octobre 2010 (*infra*, n° 164, 165 et 166), la chambre criminelle a jugé que « toute personne suspectée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée du droit de se taire et, sauf raison impérieuse tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la nature du crime ou délit reproché, bénéficier, en l'absence d'une renonciation non équivoque de sa part, de l'assistance d'un avocat ». Toutefois, l'arrêt de « la chambre de l'instruction qui déclare conforme à cet article la disposition du droit français prévoyant le report de l'intervention de l'avocat lorsque la personne gardée à vue est mise en cause pour certaines infractions, tel un crime ou délit de trafic de stupéfiants (...) n'encourt pas la censure dès lors que ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ».

## Jurisprudence



De même, tout en approuvant « la chambre de l'instruction qui, pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, énonce que la personne gardée à vue a bénéficié de la présence d'un avocat, mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer », la chambre criminelle casse néanmoins cette décision, au motif que « les règles qu'[elle] énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice » et « prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011 ».

## Doctrine



Haritini Matsopoulou (*JCP* 2010, éd. G, n° 1104) note ainsi que, pour la Cour de cassation, « *la gravité de l'infraction ne devrait pas être le seul critère de nature à justifier des dérogations à la règle de l'assistance immédiate d'un avocat* » et qu'elle va, ce faisant, « *beaucoup plus loin que le Conseil constitutionnel* », se prononçant, comme lui, en faveur d'une application différée des règles qu'elle édicte, mais réservant à toute personne gardée à vue « *les mêmes droits que ceux reconnus par les juges de Strasbourg* ».

Selon Valérie Georget (*Droit pénal*, novembre 2010, étude n° 12), en effet, cette solution « *s'inscrit (...) dans un contexte doctrinal et jurisprudentiel qui tend à intégrer la modulation des effets dans le temps de certains revirements. (...) L'effet rétroactif de la déclaration de non-conformité à la Convention européenne des droits de l'homme aurait nécessairement compromis un nombre considérable de procédures en cours, alors que les gardes à vue avaient été ordonnées et exécutées conformément aux textes législatifs alors en vigueur* ».

Enfin, par avis du 10 janvier 2011, la Cour, saisie par le tribunal de première instance de Nouméa de la question de l'applicabilité d'un certain nombre de textes de loi (loi du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit) et de décrets relatifs, notamment, au crédit à la consommation, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, a précisé que « *les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985 ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, en vertu du principe de spécialité législative* », rendant ainsi sans objet la question de l'applicabilité, sur ce même territoire, des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 ainsi que la question, en cas de non-applicabilité de ces textes en Nouvelle-Calédonie, de la possibilité, pour « *les parties au contrat de location avec option d'achat (...) de fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire* ».

# Table des matières

## Jurisprudence

### Tribunal des conflits

Séparation des pouvoirs Page 6

### Cour de cassation (\*)

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

Séance du 10 janvier 2011

Cassation Page 7

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

Action civile	137
Agent commercial	138
• Agent immobilier	139
Aide juridictionnelle	140
Appel civil	141-142
Appel correctionnel ou de police	143
Arbitrage	144
Assurance (règles générales)	145
Assurance dommages	146
Autorité parentale	147
Avocat	148
Bail à construction	149
Cassation	150
Circulation routière	151-152
Communauté européenne	153
Conflit de lois	154
Contrat de travail, durée déterminée	155
Contrat de travail, exécution	156 à 158
Contrat de travail, formation	159-160
Contrat de travail, rupture	161 à 163

Convention européenne des droits de l'homme	164 à 167
Conventions internationales	168
Copropriété	169
Détention provisoire	170
Donation	171
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	172-173
Expertise	174
Expropriation pour cause d'utilité publique	175
Impôts et taxes	176
Indivisibilité	177
Indivision	178
Jugements et arrêts	164 à 166
Majeur protégé	179
Mandat d'arrêt européen	180
Mineur	181
Navigation maritime	182
Procédures civiles d'exécution	183
Publicité foncière	184
Représentation des salariés	185 à 187
Sécurité sociale	188
Sécurité sociale, accident du travail	189
Société anonyme	190
Société civile professionnelle	191

\* 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.

Succession	192
Syndicat professionnel	193-194
Transports maritimes	195
Travail réglementation, rémunération	196
Travail réglementation, santé et sécurité	197
Vente	198 à 200

DÉCISIONS DES COMMISSIONS  
ET JURIDICTIONS INSTITUÉES  
AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION

*Commission nationale de réparation  
des détentions*

Réparation à raison d'une détention 201-202

# Jurisprudence

## Tribunal des conflits

N° 134

### *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif à un contrat de droit privé. - Contrat de droit privé. - Caractérisation. - Cas. - Contrat de travail des agents d'un établissement public bénéficiant d'un statut de droit privé. - Applications diverses.

Si les dispositions du second alinéa de l'article L. 122-12 du code du travail imposent le maintien des contrats de travail en cours en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, y compris dans le cas où l'entité économique transférée constitue un service public administratif dont la gestion, jusqu'ici assurée par une personne privée, est reprise par une personne morale de droit public normalement liée à son personnel par des rapports de droit public, elles n'ont pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de droit privé, tant que n'a pas été établi entre l'employeur public et le salarié un rapport de droit public.

Ainsi, le litige né du licenciement d'une personne, initialement employée en qualité d'agent technique en vertu d'un contrat de travail conclu avec l'Établissement départemental de l'élevage du Finistère, constitué sous la forme d'une association, dont le contrat s'est trouvé repris sans modification par la chambre d'agriculture du Finistère du fait du transfert de l'activité et des moyens de la personne morale de droit privé à l'établissement public, faute pour la chambre d'agriculture d'avoir placé l'intéressé sous un régime de droit public, relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

18 octobre 2010.

N° 10-03.765. - TA Rennes, 11 février 2010.

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

N° 135

### *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Fonction publique. - Praticien hospitalier. - Litige portant sur les conditions d'emploi.

L'intégration d'un employé dans le corps des praticiens hospitaliers territoriaux par arrêté du président du gouvernement

de la Nouvelle-Calédonie, pris en application d'une délibération de l'Assemblée territoriale relative aux conditions de recrutement et d'emploi des praticiens hospitaliers des établissements publics territoriaux d'hospitalisation, lui confère le statut de la fonction publique.

La demande d'un praticien hospitalier tendant à l'annulation de l'arrêté rejetant sa demande de prolongation d'activité relève donc de la compétence des juridictions de l'ordre administratif.

18 octobre 2010.

N° 10-03.724. - Tribunal du travail de Nouméa, 7 septembre 2007.

M. Martin, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Guyomar, Com. du gouv. - SCP Richard, Av.

N° 136

### *Séparation des pouvoirs*

Conflit de compétence. - Renvoi devant le Tribunal des conflits par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. - Conditions. - Existence d'une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse. - Limite. - Autorité de la chose irrévocablement jugée.

Le Tribunal des conflits, saisi, sur le fondement de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849 modifié, par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation, d'un litige qui présente à juger une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires, ne peut se prononcer sur cette difficulté que si l'autre ordre de juridiction n'a pas encore retenu sa compétence par une décision irrévocable ayant tranché le même litige, caractérisé par l'identité de parties, d'objet et de cause.

Il n'y a donc pas lieu de statuer sur la question de compétence relative au litige opposant une commune à des sociétés de droit privé s'agissant de l'exécution d'un contrat de crédit-bail et de la convention tripartite liant les parties, dès lors que l'autorité de la chose irrévocablement jugée s'attache à la décision judiciaire ayant retenu la compétence du juge judiciaire.

18 octobre 2010.

N° 10-03.762. - Conseil d'État, 18 septembre 2009

M. Martin, Pt. - M. Gallet, Rap. - M. Guyomar, Com. du gouv. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Didier et Pinet, SCP Vier, Bartélémy, Matuchansky, Av.



# Cour de cassation

## I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 10 JANVIER 2011

Titre et sommaire	Page 7
Avis	Page 7
Rapport	Page 9
Observations	Page 42

### Cassation

*Saisine pour avis. - Demande. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Question sur laquelle la Cour de cassation a déjà statué. - Applicabilité de certaines dispositions législatives et réglementaires en Nouvelle-Calédonie.*

Lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur une question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis.

Tel est le cas des deuxième et quatrième questions, qui ne sont pas nouvelles en considération de la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'exprimée dans l'arrêt de sa troisième chambre rendu le 8 avril 2010, et dont il résulte que les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985 ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, en vertu du principe de spécialité législative.

Par voie de conséquence, ne présentent pas de difficultés sérieuses les première et troisième questions.

### 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 30 août 2010 par le tribunal de première instance de Nouméa, reçue le 8 septembre 2010, dans une instance opposant la société GE Financement Pacifique SAS aux consorts X... et Y..., et ainsi libellée :

« 1° Les décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 sont-ils des dispositions réglementaires qui, en raison de leur objet, nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République par application combinée de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont applicables à la Nouvelle-Calédonie ?

2° Les lois n° 85-1097 du 11 octobre 1985 et n° 75-597 du 9 juillet 1975, en ce qu'elles ont modifié l'article 1152 du code civil, sont-elles des dispositions législatives qui, en raison de leur objet, nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République par application combinée de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont applicables à la Nouvelle-Calédonie ?

3° À défaut d'application des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 à la Nouvelle-Calédonie en l'absence d'une mention d'application expresse de ces textes à la Nouvelle-Calédonie, les parties au contrat de location avec option d'achat sont-elles en droit de fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire ?

4° Le renvoi par l'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, à l'application de l'article 1152 du code civil s'entend-il de l'application à la Nouvelle-Calédonie de l'article 1152 du code civil, modifié par la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 ? »

Sur le rapport de M. Lafargue, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Pagès, avocat général, entendu en ses observations orales ;

1° Les deuxième et quatrième questions ne sont pas nouvelles en considération de la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'exprimée dans l'arrêt de sa troisième chambre civile du 8 avril 2010 (*Bull.* 2010, III, n° 75), dont il résulte que les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985 ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, en vertu du principe de spécialité législative ;

2° Par voie de conséquence, les première et troisième questions ne présentent pas de caractère sérieux.

En conséquence :

DIT N'Y AVOIR LIEU A AVIS

N° 10-00007 - TPI Nouméa, 30 août 2010.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Lafargue, Rap., assisté de Mme Lemoine, greffier en chef. - M. Pagès, Av. Gén.

# Rapport de M. Lafargue

## Conseiller rapporteur

Par jugement du 30 août 2010, le tribunal de première Instance de Nouméa (chambre civile) a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur les questions suivantes :

« 1° Les décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 sont-ils des dispositions réglementaires qui, en raison de leur objet, nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République par application combinée de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont applicables à la Nouvelle-Calédonie ?

2° Les lois n° 85-1097 du 11 octobre 1985 et n° 75-597 du 9 juillet 1975, en ce qu'elles ont modifié l'article 1152 du code civil, sont-elles des dispositions législatives qui, en raison de leur objet, nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République par application combinée de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont applicables à la Nouvelle-Calédonie ?

3° À défaut d'application des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 à la Nouvelle-Calédonie en l'absence d'une mention d'application expresse de ces textes à la Nouvelle-Calédonie, les parties au contrat de location avec option d'achat sont-elles en droit de fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire ?

4° Le renvoi par l'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, à l'application de l'article 1152 du code civil s'entend-il de l'application à la Nouvelle-Calédonie de l'article 1152 du code civil, modifié par la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 ? »

### PLAN DU RAPPORT

Introduction : rappel des faits et de la procédure

## I. - La recevabilité de la demande d'avis

Section 1. - Au regard des règles de forme

Section 2. - Au regard des règles de fond

§ 1 La question est-elle nouvelle et présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

§ 2 La question posée en droit est-elle susceptible de se poser de façon fréquente à l'avenir ?

## II. - Discussion au fond

Section 1. - Le paysage institutionnel néo-calédonien : une collectivité d'Outre-mer *sui generis*

§ 1 Traits généraux

§ 2 Portée de ces principes

a) Dans le domaine électoral

b) Dans le domaine des intérêts civils

§ 3 Quelques aspects de la spécificité juridique néo-calédonienne : le droit autochtone

a) Les matières soumises au dualisme juridique

b) Les institutions coutumières : sénat coutumier, conseils coutumiers (d'aires) et assesseurs coutumiers

Section 2. - Le principe de spécialité législative

§1 Généralités sur le principe de spécialité législative

a) Origines et définition du principe de spécialité législative

b) La spécialité législative et l'autonomie normative des collectivités d'Outre-mer (COM)

1°) Le droit commun des COM : la valeur réglementaire des actes locaux

2°) La spécificité néo-calédonienne : l'autonomie normative législative

§ 2 Les conditions de mise en œuvre du principe de spécialité législative

a) Exceptions au principe de spécialité législative

1°) Les lois et règlements dits « de souveraineté »

2°) Les principes généraux du droit

3°) Les lois et règlements intervenant dans une matière soumise par une loi antérieure au principe d'identité législative

\* L'exception résultant d'une loi d'application générale sur tout l'outre-mer

\* L'exception résultant de la loi statutaire propre à chaque COM

b) Les exigences de promulgation et de publication locales : le corollaire du principe de spécialité législative

### **III. - Réponse aux questions posées**

#### **Section 1. - Rappel de la problématique générale**

#### **Section 2. - Réponse aux questions**

§ 1 Si l'on part du postulat que la loi du 10 janvier 1978 est applicable en dépit de la non-applicabilité de ses décrets d'application

a) Sur l'applicabilité des décrets (question n° 1)

b) Sur l'applicabilité des lois du 9 juillet 1975 et du 11 octobre 1985 (question n° 2)

c) Sur les deux dernières questions (questions n° 3 et 4)

1°) Sur la quatrième question

2°) Enfin, sur la troisième question

§ 2 Si l'on part du postulat que la loi du 10 janvier 1978 n'est pas applicable en raison de la non-applicabilité de ses décrets d'application

#### **CONCLUSION**

#### **ANNEXES (bibliographie et décisions citées)**

#### **INTRODUCTION**

##### **Rappel des faits et de la procédure**

Le 24 août 2007, la société GE Financement Pacifique SAS (la société) a conclu avec M. X... et Mme Y... un contrat de location assorti d'une promesse de vente concernant un véhicule automobile d'une valeur de 4 045 000 francs CFP (33 897 euros). La durée de location était fixée à soixante et un mois et le montant des loyers à 98 525 francs CFP (825,65 euros) par mois.

À la suite d'échéances impayées, les locataires ont été vainement mis en demeure de régler l'arriéré, et la déchéance du terme a été acquise au 10 décembre 2008.

À la suite de la revente du véhicule, la société a arrêté à 1 858 105 francs CFP (15 571,15 euros) le montant de sa créance.

Elle a saisi le tribunal de première instance de Nouméa, le 4 août 2009, aux fins de résiliation du contrat.

Le montant de sa créance se composait notamment d'une indemnité de 8 %, calculée sur le montant des quatre échéances impayées et s'élevant à 31 528 francs CFP (264,21 euros).

Par jugement du 18 janvier 2010 (dossier, pièce n°9), le tribunal, soulevant la question de la légalité des indemnités demandées par le prêteur et leur éventuelle réduction en application de l'article 1152 du code civil, a prononcé la réouverture des débats et invité les parties à conclure.

Le tribunal a relevé :

##### **« Sur le calcul de l'indemnité de résiliation :**

*L'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dispose qu'« en cas de défaillance dans l'exécution, par l'emprunteur, d'un contrat de location assorti d'une promesse de vente ou d'un contrat de location-vente, le prêteur est en droit d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret ».*

*L'article 22 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dispose qu'« aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux qui sont mentionnés aux articles 19 à 21 ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance prévus par ces articles ».*

*L'article 33 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 la déclare applicable dans les territoires d'Outre-mer, sous réserve de la consultation de leurs assemblées territoriales, et à Mayotte.*

*L'article 3 du décret n° 78-373 du 17 mars 1978, pris pour l'application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dispose qu'« en cas de défaillance dans l'exécution d'un contrat de location assorti d'une promesse de vente ou de location-vente, le bailleur est en droit d'exiger, en application de l'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 [...], une indemnité égale à la différence entre, d'une part, la somme des loyers non encore échus et de la valeur résiduelle du bien stipulée au contrat et, d'autre part, la valeur vénale, à la date de la défaillance du bien restitué ».*

**Ce décret ne contient aucune précision qui le rende exécutoire en Nouvelle-Calédonie.**

Le décret n° 87-344 du 21 mai 1987 a modifié l'article 3 du décret du 17 mars 1978 de la façon suivante : « En cas de défaillance dans l'exécution d'un contrat de location assorti d'une promesse de vente ou de location-vente, le bailleur est en droit d'exiger, en application de l'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 susvisée, une indemnité égale à la différence entre, d'une part, la valeur résiduelle hors taxes du bien stipulée au contrat augmentée de la valeur actualisée, à la date de résiliation du contrat, de la somme hors taxes des loyers non encore échus et, d'autre part, la valeur vénale hors taxes du bien restitué.

La valeur actualisée des loyers non encore échus est calculée selon la méthode des intérêts composés, en prenant comme taux annuel de référence le taux moyen de rendement des obligations émises au cours du semestre civil précédant la date de conclusion du contrat majoré de la moitié.

La valeur vénale mentionnée ci-dessus est celle obtenue par le bailleur s'il vend le bien restitué ou repris. Toutefois, le locataire a la faculté, dans le délai de trente jours à compter de la résiliation du contrat, de présenter au bailleur un acquéreur faisant une offre écrite d'achat. Si le bailleur n'accepte pas cette offre, et s'il vend ultérieurement à un prix inférieur, la valeur à déduire devra être celle de l'offre refusée par lui.

Si le bien loué est hors d'usage, la valeur vénale est obtenue en ajoutant le prix de vente et le montant du capital versé par la compagnie d'assurance.

À défaut de vente ou à la demande du locataire, il peut y avoir évaluation de la valeur vénale à dire d'expert. Le locataire doit être informé de cette possibilité d'évaluation.

Lorsque le bailleur n'exige pas la résiliation du contrat, il peut demander au locataire défaillant une indemnité égale à 8 % des échéances échues impayées.

Cependant, dans le cas où le bailleur accepte des reports d'échéances à venir, le montant de l'indemnité est ramené à 4 % des échéances reportées.

Le montant de l'indemnité est majoré des taxes fiscales. »

**Le décret n° 87-344 du 21 mai 1987 ne contient aucune précision pour le rendre exécutoire en Nouvelle-Calédonie.**

La cour d'appel de Nouméa a jugé, dans un arrêt rendu le 12 février 2004, n° 03/124, BNP c/ X..., que la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 est, aux termes de son article 33, expressément applicable en Nouvelle-Calédonie ; qu'elle dispose cependant en son article 3 que sont exclus de son champ d'application les prêts, contrats et opérations de crédit dont le montant est supérieur à une somme fixée par décret, mais que le décret du 17 mars 1978 fixant ledit montant à 100 000 F n'avait jamais été rendu applicable en Nouvelle-Calédonie.

Elle a ajouté que le décret n° 88-293 du 25 mars 1988, faisant passer le plafond à la somme de 140 000 CFP, a été publié au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) le 8 février 1994 ; que, toutefois, ne comportant aucune mention expresse d'applicabilité, il doit être considéré comme non applicable en Nouvelle-Calédonie.

Le décret n° 97-298 du 27 mars 1997, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, a réservé le maintien en vigueur des textes qu'il abrogeait, dont le décret susvisé, pour les dispositions applicables dans les territoires d'Outre-mer et à Mayotte.

Le même décret n° 97-298 du 27 mars 1997 a introduit un article D. 311-13 du code de la consommation contenant la modification du calcul de l'indemnité revenant au prêteur en cas de défaillance du preneur accédant, par actualisation de la somme des loyers non encore échus, mais sans la rendre applicable à la Nouvelle-Calédonie.

En l'espèce, le prêteur se prévaut d'une disposition contractuelle qui fait application des dispositions du nouvel article D. 311-13 du code de la consommation et du décret n° 87-344 du 21 mai 1987, dispositions qui n'ont pas été rendues applicables en Nouvelle-Calédonie.

**Le prêteur est-il donc en droit de demander une indemnité de résiliation sur le fondement du décret qui ne serait pas applicable à la Nouvelle-Calédonie ?**

**À défaut de fixation du montant de l'indemnité par la promulgation d'un barème réglementaire, le prêteur est-il en droit de bénéficier d'une indemnité ?**

**Sur l'application de l'article 1152 du code civil :**

L'article 1152 du code civil dispose que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre ».

Les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985 ont ajouté les dispositions suivantes : « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »

Chacune de ces deux lois porte la mention « la présente loi sera exécutée comme loi de l'État », mais sans comporter la précision qu'elle s'appliquera aux territoires et collectivités d'Outre-mer.

Bien que la notion d'État puisse s'entendre d'une entité englobant les territoires et collectivités d'Outre-mer, il ne ressort pas expressément desdits textes que le législateur a prévu leur application en Nouvelle-Calédonie.

L'article 19 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dispose que « si l'un des prêts, contrats ou opérations de crédit visés à l'article premier ci-dessus comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de

remboursement par anticipation, partiel ou total, du prêt, le prêteur sera en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne pourra, **sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil**, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, sera fixé suivant un barème déterminé par décret ».

*L'article 20 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dispose qu'« en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et **sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil**, sera fixée suivant un barème déterminé par décret ».*

*L'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dispose qu'« en cas de défaillance dans l'exécution, par l'emprunteur, d'un contrat de location assortie d'une promesse de vente ou d'un contrat de location-vente, le prêteur est en droit d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et **sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil**, sera fixée suivant un barème déterminé par décret ».*

**Le renvoi aux dispositions de l'article 1152 du code civil doit s'entendre du pouvoir donné au juge de modérer le montant de la clause pénale.**

*L'article 22 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dispose qu'« aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux qui sont mentionnés aux articles 19 à 21 ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance prévus par ces articles ».*

**L'article 33 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, a déclaré applicables les dispositions de la loi aux territoires d'Outre-mer, sous réserve de la consultation de leurs assemblées territoriales.**

*L'article 28 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 stipule que ses dispositions sont d'ordre public.*

**Le législateur détermine l'application des lois dans les territoires ou collectivités d'Outre-mer. La volonté du législateur peut résulter de tout élément démontrant son intention de rendre applicable un texte à la Nouvelle-Calédonie. S'il est admis que les lois, pour être applicables en Nouvelle-Calédonie, doivent comporter une mention expresse de leur applicabilité, ainsi qu'en témoigne l'article 33 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, il peut être déduit du renvoi par cette loi d'ordre public aux dispositions modératrices de l'article 1152 du code civil, issues des lois n° 85-1097 du 11 octobre 1985 et n° 75-597 du 9 juillet 1975, que le législateur a explicitement étendu les nouvelles dispositions de l'article 1152 du code civil à la Nouvelle-Calédonie.**

**Le juge dispose-t-il du pouvoir de modérer les clauses pénales comme celui de les augmenter, y compris d'office ? »**

Ainsi que nous le verrons *infra*, est inexacte l'affirmation selon laquelle « la volonté du législateur peut résulter de tout élément démontrant son intention de rendre applicable un texte à la Nouvelle-Calédonie » en ce qu'elle évoque la possibilité d'une volonté implicite d'extension appréciée par le juge. Elle est la négation du principe de spécialité législative et est contredite par l'affirmation contenue à l'alinéa suivant du même jugement, qui rappelle, à juste titre, que « les lois, pour être applicables en Nouvelle-Calédonie, doivent comporter une mention expresse de leur applicabilité ». Et cela n'est pas encore suffisant car, comme nous le verrons *infra*, pour trouver à s'appliquer dans une *collectivité d'Outre-mer* (COM), le texte en cause doit, en outre, faire l'objet d'une promulgation locale et d'une publication au *Journal officiel* local (en l'espèce, le *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie*).

Le juge envisage enfin la possibilité de passer outre le principe de spécialité législative en se fondant sur le caractère d'ordre public de certains textes, et en s'octroyant le pouvoir d'interpréter l'intention du législateur. La question posée est donc celle de la possibilité de remettre en cause un principe à valeur constitutionnelle (le principe de spécialité législative) au motif qu'un texte de loi adopté en France métropolitaine serait d'ordre public (cas de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978), et au motif que la non-application d'un tel texte voté par le Parlement français dans un territoire soumis à la souveraineté de la République serait constitutive d'une discrimination, en méconnaissance des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (droit à un procès équitable, et interdiction des discriminations).

Le tribunal ayant rouvert les débats et enjoint les parties de conclure sur la légalité des indemnités demandées par le prêteur et leur éventuelle réduction, en application de l'article 1152 du code civil, l'organisme de crédit a répondu :

1°) Par conclusions du 13 avril 2010 (dossier, pièce n° 12) : que, s'agissant de l'application des dispositions de l'article D. 311-13 du code de la consommation<sup>1</sup> et du décret n° 87-344 du 21 mai 1987<sup>2</sup>, qui n'ont pas été étendues au territoire de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que des dispositions de l'article 1152 du code civil

<sup>1</sup> Il s'agit des textes réglementaires pris en application de la loi du 10 janvier 1978, dont l'application n'a pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie. L'article D. 311-13 du code de la consommation, issu du décret n° 97-298 du 27 mars 1997, précise que « les montants mentionnés aux articles D. 311-1 et D. 311-2 sont fixés par décret pris après avis du Conseil national de la consommation ». L'article D. 311-1 dispose que « le montant visé au 2° de l'article L. 311-3 est fixé à 21 500 euros », et l'article D. 311-2 dispose que « le montant visé au c du 4° de l'article L. 311-3 est fixé à 21 500 euros ».

<sup>2</sup> Il s'agit du décret n° 87-344 du 21 mai 1987, modifiant l'article 3 du décret n° 78-373 du 17 mars 1978, pris pour l'application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978.

dans sa version issue des lois des 9 juillet 1975 et 11 octobre 1985, si ces diverses dispositions n'ont pas été étendues au territoire de la Nouvelle-Calédonie, rien n'interdit aux parties contractantes de se soumettre volontairement au régime juridique desdits textes.

En revanche, le fait qu'un texte ne soit pas étendu au territoire de la Nouvelle-Calédonie interdit aux juridictions d'en faire application pour trancher un litige.

Se fondant sur la liberté contractuelle, l'organisme de crédit soutient que les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu dans les limites fixées par les dispositions impératives d'ordre public, qu'il n'est pas contesté que les dispositions de la loi du 10 janvier 1978 sont d'ordre public, en vertu de son article 28, que l'article 21 de ladite loi prévoit expressément la possibilité pour le prêteur d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret.

Ainsi, dès lors que le principe même d'une indemnité de résiliation est admis par la loi du 10 janvier 1978, rien n'interdit aux parties de fixer contractuellement les modalités de calcul de cette indemnité<sup>3</sup>.

En revanche, les lois du 11 octobre 1985 et du 9 juillet 1975, qui ont modifié l'article 1152 du code civil, n'ayant pas été étendues au territoire de la Nouvelle-Calédonie, la référence à l'article 1152 du code civil, faite dans la loi du 10 janvier 1978 applicable en Nouvelle-Calédonie, ne peut donc concerner que sa rédaction antérieure aux deux lois précitées. Or, dans cette rédaction ancienne, l'article 1152 du code civil prévoyait que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

Dès lors, pour l'organisme de crédit, le juge ne peut réduire (et *a fortiori* d'office) le montant des sommes réclamées à titre de dommages-intérêts.

2°) dans d'autres conclusions, datées du 21 juin 2010, la société ajoute, en réponse au moyen tiré, par le juge auteur de la saisine, de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie<sup>4</sup>, que les décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987, faute de comporter une mention expresse d'applicabilité, ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, conformément au principe de spécialité législative, puisque ces textes ne concernent ni la souveraineté de l'État ni son pouvoir régalien.

La société soutient dans ces conditions que :

« Il n'est pas contesté que les dispositions de la loi du 10 janvier 1978, dite loi Scrivner, soient d'ordre public, et ce, en vertu de son article 28.

L'article 21 de ladite loi prévoit cependant expressément la possibilité pour le prêteur d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème fixé par décret.

**Il en résulte que le principe même d'une indemnité de résiliation est donc admis par la loi du 10 janvier 1978.**

**Rien n'interdit de ce fait de fixer contractuellement les modalités de calcul de cette indemnité.**

Alors surtout que les modalités de l'indemnité contractuellement fixée sont celles en vigueur en métropole, de sorte que les parties qui se sont volontairement mises sous le coup des décrets précités ne peuvent se voir reprocher d'avoir porté atteinte à l'ordre public dans les dispositions de leur contrat.

Vous posez également, dans votre courrier, la question de savoir si les dispositions de la loi du 11 octobre 1985 et celles du 9 juillet 1975 sont, en raison de leur objet, nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie par application de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie, et si elles ne seraient pas applicables au territoire.

Le même raisonnement doit être tenu à mon sens, dans la mesure où les dispositions de l'article 1152 du code civil ne me paraissent pas de celles qui, par leur objet, ont vocation à régir l'ensemble du territoire de la République. (...) Il en résulte que **la référence à l'article 1152 du code civil, faite dans la loi du 10 janvier 1978 applicable en Nouvelle-Calédonie, ne peut donc concerner que sa rédaction antérieure aux lois du 11 octobre 1985 et 9 juillet 1975.** »

En somme, pour l'organisme de crédit, les parties peuvent stipuler des sanctions financières sur la base d'un texte qui pose le principe de ces sanctions financières, peu important que les textes réglementaires qui encadrent ces sanctions financières ne soient pas applicables, étant rappelé :

- d'une part, que les décrets qui, notamment, excluent du champ d'application de la loi de 1978 les crédits dont le montant est supérieur à une certaine somme (100 000 F, puis 140 000 F) ne sont pas applicables, faute de mention expresse d'applicabilité ; et

- d'autre part, que le juge ne peut, sur le fondement de l'article 1152 du code civil, modérer ces sanctions financières, les textes de loi qui le permettraient n'ayant pas été étendus à la Nouvelle-Calédonie (lois du 9 juillet 1975 et du 11 octobre 1985, modifiant le libellé de l'article 1152 du code civil).

<sup>3</sup> La loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 est applicable en Nouvelle-Calédonie, non pas parce qu'elle est un texte d'ordre public, mais parce qu'elle a été promulguée par l'arrêté n° 42 du 15 janvier 1985, du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie. Cet arrêté a été publié au JONC du 5 février 1985.

<sup>4</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie.

Ainsi, le régime du crédit à la consommation repose, en Nouvelle-Calédonie, sur une loi de 1978 qui est applicable, mais qui serait applicable sans limitation de montant, et qui poserait le principe de sanctions financières sans que soient applicables les décrets qui déterminent les modalités de ces sanctions. Telle est la problématique générale posée par cette demande d'avis.

\*  
\* \* \*

Postérieurement à cela, le tribunal ayant décidé de compléter les deux questions initialement envisagées par deux autres questions (les n° 3 et n° 4 qui nous sont soumises), les parties ont été régulièrement invitées à conclure (dossier, pièces n° 23 à 28).

Le ministère public a été invité à faire connaître sa position par courrier daté du 2 juin 2010 (dossier, pièce n° 29), et a répondu, le 10 août 2010, n'avoit aucune observation à formuler (dossier, pièce n° 30).

Dans d'ultimes conclusions datées du 30 juin 2010, la société précise (dossier, pièce n° 22) :

**« 1° Vous vous proposez d'interroger la Cour de cassation sur le fait de savoir si, à défaut d'application des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 à la Nouvelle-Calédonie, les parties au contrat de location avec option d'achat sont en droit de fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire.**

*Je me permets de rappeler que la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 prévoit, aux termes de ses articles 19, 20 et 21, la possibilité pour l'organisme de crédit d'exiger un certain nombre d'indemnités.*

*Le principe de la fixation contractuelle de telles indemnités ne me paraît souffrir aucune discussion.*

*Il ne s'agit pas pour autant de fixer des indemnités libres de tout maximum, même si ce maximum n'est pas fixé réglementairement.*

*La fixation de ces indemnités trouve en effet sa limite dans la possibilité de l'emprunteur d'invoquer les dispositions de l'article 1152 du code civil.*

*Ce n'est pas parce que les dispositions de l'article 1152, telles qu'applicables, à mon sens, dans leur acception antérieure à la loi du 9 juillet 1975, ne permettent pas au juge de les réduire ou de les augmenter d'office que les indemnités fixées contractuellement devraient être interdites.*

*Ce n'est pas la première fois qu'un texte d'ordre public, plus favorable à telle ou telle catégorie de justiciable, n'est pas étendu au territoire de la Nouvelle-Calédonie.*

*Tel est le cas, par exemple, des dispositions de l'article L. 341-4 du code de la consommation, dont le caractère d'ordre public ne peut être contesté et qui modifie de façon conséquente la situation d'une personne physique, caution d'une société dont elle est le gérant, qui ne sont pas applicables au territoire de la Nouvelle-Calédonie faute de mention expresse dans le texte, alors que d'autres dispositions du code ont été expressément étendues au territoire.*

*Les justiciables calédoniens se trouvent donc, en l'espèce, dans la même situation que celle dans laquelle se trouvaient les justiciables métropolitains avant la loi du 9 juillet 1975, ce qui peut paraître inéquitable, mais qui n'est qu'une des conséquences de la spécificité du périmètre juridique de la Nouvelle-Calédonie.*

**2° Vous vous interrogez également sur la question de savoir si le renvoi, par l'article 21 de la loi Scrivner, aux dispositions de l'article 1152 du code civil doit s'entendre dans sa rédaction antérieure ou dans sa rédaction postérieure à la loi du 9 juillet 1975.**

*Je pense que l'analyse que je vous soumetts ci-dessus contient ma réponse à cette question.*

**3° Vous vous interrogez également sur la question de savoir s'il n'y a pas lieu de se référer aux articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour justifier l'application, en Nouvelle-Calédonie, des lois du 11 octobre 1985 et 9 juillet 1975.**

*Je me permets de rappeler que les dispositions de l'article 6-2 de la loi organique modifiée du 19 mars 1999 prévoient que ne sont pas applicables au territoire de la Nouvelle-Calédonie les textes qui ne le prévoient pas expressément.*

*Soutenir le contraire reviendrait à étendre à la Nouvelle-Calédonie toutes les lois précisant qu'elles doivent être exécutées comme loi de l'État, ce qui n'est incontestablement pas le cas. »*

C'est dans ces conditions que, par jugement du 30 août 2010, le tribunal de première instance de Nouméa a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis, reçue par le greffe de la Cour de cassation le 8 septembre 2010, portant sur les quatre questions évoquées ci-dessus (dossier, pièce n° 31). Cette décision a été régulièrement notifiée aux parties comme au ministère public.

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

### **Section 1. - Au regard des règles de forme**

Au regard des règles de procédure, la demande d'avis est recevable.

En effet, les parties ont été invitées à conclure sur les deux premières questions posées, par jugement avant dire droit du 18 janvier 2010, et l'audience, fixée au 26 avril 2010.

Ensuite, par lettre recommandée avec avis de réception du 12 mai 2010, le juge du tribunal de première instance a avisé M. X..., Mme Y..., la société GE Financement Pacifique (la société) et ses avocats de son



intention de saisir la Cour de cassation pour avis, en application des dispositions de l'article 1031-1 du code de procédure civile, et leur a imparti un délai expirant le 28 juin 2010 pour leurs observations écrites éventuelles (pièces n° 15 à 19).

Au vu des conclusions de la société, par une nouvelle lettre recommandée avec avis de réception, non datée, le juge du tribunal de première instance a sollicité les observations des parties sur les deux autres questions dont nous sommes saisis.

Il leur a été imparti un nouveau délai jusqu'au 2 août 2010. Ces lettres ont touché leurs destinataires, comme le montrent les avis de réception, le 1<sup>er</sup> juillet, à l'exception de Mme Y... (courrier non réclamé) (pièces n° 23 à 28).

Enfin, par courrier du 2 juin 2010, le ministère public a été invité à faire part de ses observations sur les quatre questions posées, avant le 30 août 2010 (pièce n° 29).

Le 30 août 2010, a été rendu le jugement qui saisit la Cour de cassation de la présente demande d'avis.

Les formalités prescrites par les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile ayant été remplies, la demande d'avis est recevable au regard de ces textes.

## Section 2. - Au regard des règles de fond

La question a trait à l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie de :

- la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale ;
- la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985, relative à la clause pénale et au règlement des dettes ;
- la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.
- le décret n° 78-373 du 17 mars 1978, portant application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (indemnités à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance) ;
- le décret n° 87-344 du 21 mai 1987, modifiant l'article 3 du décret n° 78-373 du 17 mars 1978, pris pour l'application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 ;
- le décret n° 97-298 du 27 mars 1997, qui a introduit un article D. 311-13 du code de la consommation contenant modification du calcul de l'indemnité revenant au prêteur en cas de défaillance de l'emprunteur.

### Elle porte tout particulièrement sur le pouvoir de modérer les clauses pénales, et donc sur le contenu de l'article 1152 du code civil, dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie :

- version antérieure à la loi du 9 juillet 1975 (créée par la loi du 17 février 1804) : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* » ;
- version applicable en France métropolitaine entre le 10 juillet 1975 et 1985 (**en gras l'apport de la loi nouvelle**) : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.*

**Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite** » ;

- version applicable en France métropolitaine depuis la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 (**en gras l'apport de la loi nouvelle**) : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.*

*Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

**Elle porte aussi, tout particulièrement, sur la portée de l'article 21 de la loi du 10 janvier 1978, qui renvoie à l'article 1152 du code civil. Cet article 21 précise :** « *En cas de défaillance dans l'exécution, par l'emprunteur, d'un contrat de location assortie d'une promesse de vente ou d'un contrat de location-vente, le prêteur est en droit d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret* » (Nota : loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, article 6 : **les dispositions abrogées en vertu de l'article 4 restent en vigueur pour ce qui concerne les territoires d'Outre-mer et Mayotte, dès lors qu'elles sont applicables dans ces collectivités territoriales.**)

### § 1- La question est-elle nouvelle et présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

Pour répondre à cette question, il faut au préalable rappeler la problématique générale. En effet, la question posée est double :

1° Le juge peut-il modérer les clauses pénales dans les mêmes conditions qu'en France métropolitaine ? Et, à défaut, de pouvoir modérer ces clauses pénales,

2° ces clauses pénales sont-elles valides, dès lors que le principe des sanctions financières est posé par la loi du 10 janvier 1978, mais que les textes réglementaires qui en encadrent les conditions de fixation du montant ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie ?

Ainsi que le soulignait madame le conseiller rapporteur Monge à l'occasion de l'affaire intéressant non pas l'article 1152, mais l'article 1231 du code civil, et qui a donné lieu à l'arrêt de la **troisième chambre civile du 8 avril 2010, Bull. 2010, III, n° 75 (rejet)**, en Nouvelle-Calédonie, les juges du fond paraissent en désaccord sur la question du pouvoir du juge de modérer les clauses pénales.

La chambre commerciale de la cour d'appel de Nouméa a adopté une approche analogue à celle qui était celle de la Cour de cassation avant 1975, en refusant de modérer la clause pénale pour la seule raison qu'elle serait manifestement excessive (CA Nouméa, 4 janvier 2007), ou lorsqu'une clause pénale lui apparaît fixée par les parties en fonction du degré d'inexécution de l'obligation de remboursement d'un prêt (CA Nouméa, 15 septembre 2008). Mais la même cour d'appel a consenti à modérer la clause pénale (CA Nouméa, 7 août 2008) en application de l'article 1231 du code civil, dans sa rédaction antérieure à 1975, seule applicable en Nouvelle-Calédonie, dès lors que l'obligation principale avait été partiellement exécutée.

Mme Monge notait que d'autres magistrats, appartenant aux tribunaux de première instance, voudraient voir, au travers des dispositions de la loi d'ordre public sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978, qui renvoie à l'article 1152 du code civil, la volonté du législateur d'étendre les nouvelles dispositions de l'article 1152 du code civil à la Nouvelle-Calédonie.

C'est cette conception qui s'exprime dans la présente demande d'avis.

Il existe donc des divergences d'interprétation au sein des juridictions locales sur le droit applicable, non encore totalement tranchées par la Cour de cassation.

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

Une partie des questions posées n'est pas nouvelle, puisque la demande d'avis ne fait que réitérer, pour partie, l'argumentaire développé à l'occasion de l'arrêt précité : 3<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010, *Bull.* 2010, III, n° 75 (rejet).

En effet, une partie de la question a été tranchée par cet arrêt. En l'espèce, le premier juge (TPI Nouméa, 19 février 2007) avait fixé les sommes dues au bailleur au titre de l'arriéré locatif, outre une somme à titre d'indemnité contractuelle, après en avoir réduit le montant. Le bailleur réclamait l'application pure et simple de la clause du contrat stipulant qu'en cas de résiliation du bail, « si [...] le preneur se maintient dans les lieux, il devra de convention expresse, à titre d'indemnité d'occupation, une somme mensuelle égale à deux mois de loyer charges comprises payée antérieurement par mois achevé ou commencé, et jusqu'à la libération effective des lieux », outre l'application d'une clause pénale de 20 % sur l'ensemble des sommes restant dues.

La cour d'appel de Nouméa a confirmé ce jugement en toutes ses dispositions, par arrêt du 4 août 2008. Elle a retenu que l'indemnité d'occupation prévue au contrat de bail (égale au double du loyer) présentait « *incontestablement le caractère d'une clause pénale* » et que le premier juge avait pu la réduire sur le fondement de l'article 1231 du code civil.

Le bailleur reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1231 du code civil, dans sa rédaction applicable en Nouvelle-Calédonie, **c'est-à-dire dans la version antérieure à la loi du 9 juillet 1975 – cette loi, modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil, n'ayant pas été rendue applicable en Nouvelle-Calédonie**. Le bailleur soutenait que cette loi de 1975 n'ayant pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie, le montant de la clause pénale ne pouvait être réduit par le juge en raison de son caractère excessif ou dérisoire, ni même en raison de l'exécution partielle de l'obligation principale, les parties ayant prévu un montant variant suivant la durée de l'inexécution de cette obligation en limitant le paiement de l'indemnité d'occupation à la durée effective de l'occupation des lieux après résiliation ou expiration du bail.

Pour rejeter ce grief, la Cour de cassation, se plaçant sur le fondement du droit antérieur à la loi du 9 juillet 1975, a considéré que les conditions requises pour modérer le montant de l'indemnité d'occupation, dans le droit antérieur à la loi de 1975, étaient réunies et que la cour d'appel avait pu user de son pouvoir de modérer la clause pénale.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 8 avril 2010, a donc affirmé **que seul pouvait trouver à s'appliquer l'article 1231, dans sa version antérieure à 1975**. Elle a répondu qu'« *ayant relevé, à bon droit, que l'indemnité d'occupation [...] présentait le caractère d'une clause pénale [...], la cour d'appel, [...] a pu, en application de l'article 1231 du code civil, dans sa rédaction applicable en Nouvelle-Calédonie, modifier la peine, dès lors qu'il n'était pas contesté que les locataires avaient exécuté en partie leur obligation principale de paiement* ».

Cet arrêt, affirmant que seul le droit antérieur à la loi du 9 juillet 1975 trouvait à s'appliquer en ce qui concerne explicitement l'article 1231 du code civil, a indirectement donné la solution quant à la non-applicabilité en Nouvelle-Calédonie des dispositions de l'article 1152 introduites à partir de 1975 (alinéa 2 de cet article).

**Il se déduit de cet arrêt que ne s'applique pas en Nouvelle-Calédonie la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 qui a modifié les articles 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale** (pas plus que la loi du 11 octobre 1985 qui ajoute aux deux articles 1152 et 1231 que le juge peut user de son pouvoir « *même d'office* »).

**Dès lors,**

**1° Seule est applicable la version antérieure de l'article 1231 du code civil, ainsi libellée :** « *La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie* » ;

**2° et seul est applicable l'article 1152 du code civil dans sa version de 1804, ainsi libellée :** « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. »

Le juge ne peut donc, en Nouvelle-Calédonie, faire application de l'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil : **« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »** Et, a fortiori, n'est pas applicable la version nouvelle de l'article 1231 du code civil, libellée comme suit : « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »

La Cour de cassation, qui a suivi les propositions convergentes du rapporteur et de l'avocat général, a donc fait prévaloir le principe de « spécialité législative ». En l'espèce, la Cour de cassation s'est fondée sur sa jurisprudence antérieure à 1975 (3<sup>e</sup> Civ., 30 juin 1971, *Bull.* 1971, III, n° 418 ; Com., 10 juillet 1972, *Bull.* 1972, IV, n° 219 ; Com., 9 octobre 1972, *Bull.* 1972, IV, n° 236 ; Com., 10 octobre 1973, *Bull.* 1973, IV, n° 275 ; Com., 16 décembre 1975, *Bull.* 1975, IV, n° 306), dont il ressort que, le contrat tenant lieu de loi entre les parties, la clause pénale, en vertu de l'article 1152 du code civil, dans sa rédaction initiale, doit s'appliquer dans toute sa rigueur, et que ce n'est qu'en cas d'exécution partielle de l'obligation principale que l'article 1231 ouvre au juge la faculté de réduire le montant de la peine prévue.

Dès lors, à partir d'une interprétation de l'arrêt du 8 avril 2010, on pourrait considérer que la deuxième question posée (concernant l'applicabilité de la loi de 1975 et de la loi de 1985) est irrecevable, faute d'être nouvelle.

Mais la Cour de cassation n'ayant pas explicitement répondu à la question de l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie des dispositions de l'article 1152 actuellement en vigueur en France métropolitaine, on pourrait considérer que la question est nouvelle.

L'auteur de notre saisine tente de nous convaincre que ces textes soulèveraient une question de droit présentant une difficulté sérieuse, au motif que l'application combinée de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 et des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme justifieraient l'applicabilité de cette loi.

On pourrait considérer que cette question ne soulève aucune difficulté sérieuse pour deux motifs :

- d'abord, la Convention européenne des droits de l'homme est assortie d'une réserve d'application tenant aux « nécessités locales » et ne prévaut pas nécessairement sur les dispositions à valeur constitutionnelle (cf. en ce sens, assemblée plénière, 2 juin 2000, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 4) ;

- ensuite, l'article 6-2 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie ne peut être interprété comme dérogeant au principe, à valeur constitutionnelle, de spécialité législative. En effet, la loi organique du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, en introduisant l'article 6-2 dans la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, prévoit l'application dans cette collectivité d'Outre-mer, dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, des dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin, mais également l'application de plein droit « de toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République » (cf. loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie). **Ce faisant, la loi organique du 3 août 2009 ne crée aucune dérogation nouvelle.** Elle ne fait que préciser certains domaines soumis à un principe d'*identité législative* (en matière de nationalité, état des personnes, etc.), et rappelle les règles qui régissent le principe de spécialité législative : à savoir que le principe de spécialité législative trouve sa limite lorsqu'il s'agit de lois et réglementations de souveraineté (lois constitutionnelles, textes qui régissent l'État, son gouvernement, les règles générales de compétence des pouvoirs publics ou le fonctionnement des organes centraux dont l'action s'étend à l'État tout entier), et lorsqu'il s'agit de textes qui posent des principes généraux du droit.

En l'espèce, **il n'apparaît pas que l'objet des lois de 1975 et de 1985 les destine à régir l'ensemble du territoire de la République, contrairement au postulat à partir duquel raisonne le juge auteur de notre saisine.** Dès lors, elles ne peuvent pas s'appliquer en Nouvelle-Calédonie, faute de mention expresse d'applicabilité.

Cet avis peut fournir l'occasion de le rappeler.

Certes, les questions posées ne sont pas véritablement complexes, mais cette demande d'avis fournit l'opportunité de faire le point sur ces questions, rarement abordées. Tel est le principal motif en faveur de la recevabilité.

Inversement, on pourrait tout aussi bien considérer que :

- **prise isolément, la première question posée (concernant l'applicabilité des décrets du 17 mars 1978 et du 21 mai 1987) serait irrecevable :** parce que, ces textes ne portant pas sur un objet qui les destine à régir l'ensemble de la République et ces textes étant dépourvus de toute mention d'applicabilité, la question de droit qui nous est posée ne soulève aucune difficulté sérieuse. Les textes en cause ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, sauf à violer le principe de spécialité législative.

Mais cette question ne peut être dissociée de la problématique d'ensemble, et particulièrement des deux dernières questions. En effet, la première question ne peut être séparée de la quatrième question, qui a trait à la portée de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, qui est applicable en Nouvelle-Calédonie, et renvoie à l'article 1152, à l'évidence dans sa version applicable en 1978, c'est-à-dire dans sa version de 1975 (non applicable en Nouvelle-Calédonie). En outre, cette loi de 1978 étant applicable, alors que ne le sont pas ses

décrets d'application, il en résulte une incertitude qu'a tenté de lever la jurisprudence locale qui affirme, d'une part, l'applicabilité de la loi du 10 janvier 1978, et, d'autre part, la non-applicabilité des décrets qui, pourtant, définissent le périmètre d'application de cette loi (CA Nouméa, 12 février 2004, n° 03/124, BNP c/ X...).

**Dès lors, la première question, en ce qu'elle participe d'une réponse globale, doit être déclarée recevable, d'autant que la réponse à la première question conditionne aussi la réponse à la troisième question, qui est incontestablement sérieuse et qui est subsidiaire à la première question. Car, une fois qu'on a posé le principe de l'applicabilité de la loi de 1978, on ne cesse de faire le constat des limites de cette applicabilité : les décrets qui en définissent le périmètre (opérations portant sur 100 000 F puis 140 000 F maximum) et qui encadrent les sanctions financières ne seraient pas applicables. Et même si la loi de 1978 renvoie à l'article 1152, ce ne serait que pour rappeler au juge qu'il n'a aucune marge de manœuvre par rapport aux clauses pénales, ce qui contredit l'intention du législateur de 1978.**

**Les limites ainsi posées remettent en cause l'économie générale du texte et son effectivité, surtout lorsqu'il s'agit de donner des garanties aux débiteurs malheureux ;**

- **la troisième question posée** (subsidiaire à la première, car elle concerne la possibilité pour les parties au contrat de fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire, du fait de l'inapplicabilité des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987) **pourrait être considérée comme ne constituant pas non plus, a priori, une question de droit soulevant une difficulté sérieuse** : la liberté contractuelle est le principe, et la jurisprudence antérieure à 1975 affirmait que le contrat fait la loi des parties.

**Toutefois, cette question mérite considération pour deux raisons.**

D'abord, si les décrets d'application de la loi de 1978 ne sont pas applicables, la question se pose de savoir si le principe même d'une sanction financière prédéterminée n'est pas contestable. Car les indemnités légales prévues par la loi de 1978 ont été conçues comme des limites, non comme des forfaits. Le contrat de crédit pourrait donc valablement prévoir des indemnités plus faibles, voire ne contenir aucune clause pénale : en ce cas, le juge mesurerait l'indemnité sur le préjudice réellement subi par le fournisseur de crédit. Dans le système calédonien, les organismes de crédit estiment que le principe des clauses pénales prévues par la loi de 1978 n'est pas contestable, mais invoquent l'inapplicabilité des décrets qui fixent des limites.

Ensuite, et surtout, **cette question mérite considération, car elle ravive un débat ancien** : la jurisprudence antérieure à la loi de 1975 avait été fortement critiquée, par la doctrine notamment. Traduisant ces critiques, le rapport annuel de la Cour de cassation des années 1972-73<sup>5</sup> soulignait que les nouvelles formes de contrats (tels les contrats de crédit-bail ou les ventes à crédit), contrats d'adhésion imposés par les organismes financiers, étaient systématiquement assorties de clauses pénales très lourdes pour les débiteurs, plongeant ceux-ci dans des situations critiques. Le rapport invitait le législateur à intervenir, en l'état de l'impuissance du juge à corriger cette situation de déséquilibre. C'est dans ces circonstances que la loi du 9 juillet 1975 a été votée.

**Or, précisément, cette loi de 1975, qui répondait à une situation d'urgence, comme le montre le fait qu'elle se soit appliquée immédiatement aux contrats en cours, ne comporte pas de mention d'applicabilité à la Nouvelle-Calédonie. Et les effets pervers suscités en France métropolitaine par le système antérieur à la loi de 1975 se retrouvent aujourd'hui à l'identique en Nouvelle-Calédonie : en portent témoignage les termes du jugement qui nous saisit et la teneur des observations en réponse.**

On pourrait certes considérer que cette demande d'avis ne vise qu'à contourner le principe de spécialité législative, dont le mécanisme comme les conséquences sont bien connus. En ce cas, la question pourrait être déclarée irrecevable, faute de soulever une difficulté sérieuse en droit.

Mais on peut considérer, au contraire, que cette question montre du doigt une difficulté réelle dans le domaine économique, qui relève de la responsabilité du législateur.

La troisième question posée mérite examen ;

- **la quatrième question posée (de l'applicabilité de l'article 1152 du code civil modifié par la loi de 1975, qui se déduirait du renvoi à cette disposition par l'article 21 de la loi du 10 janvier 1978) doit être déclarée recevable**, car cette question soulève une difficulté sérieuse en droit, si l'on considère que la seule version de l'article 1152 applicable en Nouvelle-Calédonie est celle antérieure à la loi de 1975 (ainsi que l'a jugé la troisième chambre civile, le 8 avril 2010, *Bull.* 2010, III, n° 75).

En effet, les choses seraient simples si la loi du 10 janvier 1978 n'était pas applicable.

Or, précisément, cette loi de 1978, qui s'applique en instaurant des sanctions financières, prévoit en même temps que le juge pourra les modérer : c'est le sens du renvoi aux dispositions de l'article 1152 du code civil.

Il y a une certaine incohérence à considérer que sont dues des sanctions financières sur le fondement de l'article 21 de la loi de 1978, normalement encadrées réglementairement et judiciairement (par le biais du pouvoir modérateur du juge), tout en considérant que l'article 1152, auquel fait référence l'article 21 de la loi de 1978, est celui qui interdit précisément au juge de pouvoir modérer les clauses pénales.

<sup>5</sup> *Rapport annuel 1972-73* ; voir aussi : Bruno Boccara, « La liquidation de la clause pénale et la question séculaire de l'article 1231 du Code civil », *JCP* 1970, I, 2294 ; Elie Alfandari, « Le contrôle des clauses pénales par le juge », *JCP* 1971, I, 2395 ; François Chabas, *La réforme de la clause pénale*, *Dalloz* 1976, chronique, p. 229 et suiv.

**On verrait ainsi une loi qui prévoit, au plan national, non pas une indemnisation forfaitaire mais une indemnisation limitée, changer de nature en Nouvelle-Calédonie, en instaurant au contraire une indemnisation forfaitaire.**

En effet, l'article 21 instaure une indemnité dépendant de la durée du contrat restant à courir, assortie de deux limites : d'une part, « sans préjudice de l'application de l'article 1152 » (or, en Nouvelle-Calédonie, l'article 1152 interdit au juge de modérer les clauses pénales - c'est la réponse à la deuxième question) ; d'autre part, cette sanction financière est elle-même « fixée suivant un barème fixé par décret » ; or les décrets qui prévoient ce plafonnement ne s'appliquent pas (c'est la réponse à la première question).

La seule façon de restituer son sens à la loi de 1978 ne consiste-t-elle pas à reconnaître au juge du fond, de façon prétorienne, le pouvoir de modérer les clauses pénales - sauf à considérer ces clauses pénales comme illégales, comme ne respectant pas les conditions, posées par la loi, pour leur mise en œuvre ?

La quatrième question est donc incontestablement sérieuse.

Peut-on affirmer simplement que les clauses pénales en Nouvelle-Calédonie sont exclusivement régies par la liberté contractuelle, sans que leur montant puisse être encadré et sans que le juge puisse intervenir pour, notamment, les modérer, sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, non applicable localement, alors que la loi de 1978 (qui est applicable) prévoit ces deux limites dans la fixation des clauses pénales ?

C'est le sens de la troisième question, qui, elle aussi, pose une véritable difficulté, en lien avec la quatrième.

En somme, on peut être tenté de considérer que la réponse à ces quatre questions tiendrait dans l'application du principe de spécialité législative (un principe constitutionnel inscrit dans nos textes depuis 1946) ; qu'il n'y aurait aucune dimension de nouveauté et qu'en outre, il n'y aurait aucune difficulté sérieuse en droit, car le principe de spécialité législative prévaut et ne peut être remis en cause à l'occasion d'une interprétation jurisprudentielle de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 ou des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**Mais toute la difficulté et la nouveauté du problème tiennent dans la contradiction que recèle l'article 21 de la loi du 10 janvier 1978. Les organismes de crédit s'en prévalent pour justifier la stipulation de sanctions financières, tout en contestant, non seulement, l'application des décrets qui en encadrent les modalités, mais encore l'applicabilité des dispositions les plus récentes de l'article 1152 du code civil, qui permettent au juge de modérer les montants de ces sanctions, même d'office.**

Les caractères sérieux et nouveau des deux dernières questions ne font guère de doute.

**§ 2 - La question posée en droit est-elle susceptible de se poser de façon fréquente à l'avenir ?**

Là encore la réponse doit être nuancée : on se situe actuellement dans la perspective d'un transfert de la compétence législative en matière civile (et commerciale), dont la date a connu des reports successifs. On indique à ce jour à la chancellerie (direction des affaires civiles et du sceau) que ce transfert devrait être effectif pour la fin de l'année 2013.

La jurisprudence locale a tenté de trouver un compromis, dont la présente demande d'avis met la viabilité en doute.

En effet, voici l'état de la jurisprudence locale :

La jurisprudence fait application de la loi du 10 janvier 1978. Dans une série d'arrêts rendus le 21 juin 2001, la cour d'appel de Nouméa a constaté que les engagements contractuels étaient pris sur le fondement de cette loi (CA Nouméa, 21 juin 2001, RG n° 41/2000 ; de même, CA Nouméa, 21 juin 2001, RG n° 40/2000).

Dans tous ces arrêts, la cour d'appel de Nouméa a fait explicitement application de l'article 20 de la loi de 1978 pour fonder les condamnations au paiement et allouer l'indemnité contractuelle de 8 % (en ce sens, cf. sept arrêts rendus le même jour : CA Nouméa, 21 juin 2001, RG n° 38, 40 à 43, 45 et 46).

Cette jurisprudence est d'autant moins contestée que certains débiteurs l'invoquent pour s'opposer aux demandes des organismes prêteurs : par exemple, CA Nouméa, 21 juin 2001, RG n° 39/2000. En l'espèce, la cour d'appel a fait droit au moyen tiré de la forclusion de l'action introduite plus de deux ans après le premier incident de paiement constaté, sur le fondement de l'article 27 de la loi de 1978.

C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'arrêt essentiel : CA Nouméa, 12 février 2004, RG n° 124/2003, BNP Paribas c/ X... En l'espèce, le débiteur poursuivi avait soulevé la non-applicabilité de la loi de 1978 pour contester les demandes relatives au remboursement d'un découvert bancaire. Le premier juge avait posé pour principe (jugement TPI Nouméa, 10 février 2003) que la loi de 1978 étant applicable, ses décrets d'application l'étaient nécessairement. Et il avait, sur le fondement de l'article 23 de cette loi, prononcé la déchéance du droit aux intérêts pour défaut d'offre préalable conforme.

Interjetant appel de cette décision, la banque a contesté l'applicabilité de la loi de 1978, en se prévalant du principe de spécialité législative. À cela, le débiteur répondait que, si le décret du 25 mars 1988 n'était pas applicable en Nouvelle-Calédonie, cela n'induisait pas la non-applicabilité de la loi de 1978, dès lors que ce décret d'application n'avait pour objet que de fixer un seuil afin de restreindre l'application de cette loi aux petites opérations de crédit.

C'est la solution retenue par la cour d'appel, qui a considéré (arrêt, p. 4, § 4 et s.) que l'article 33 de la loi de 1978 a rendu la loi applicable en Nouvelle-Calédonie, et que, si elle dispose, en son article 3, que sont exclus de son champ d'application les prêts, contrats et opérations de crédit dont le montant est supérieur à une somme fixée par décret, ni le décret du 17 mars 1978 fixant ce seuil à 100 000 F, ni le décret n° 88-

293 du 25 mars 1988 qui a porté ce plafond à 140 000 F (et qui a été publié au *JONC* le 8 février 1994) ne s'appliquent en Nouvelle-Calédonie, faute pour ces deux décrets de comporter une mention expresse d'applicabilité.

Dès lors, la cour d'appel retient (arrêt, p. 4, § 8) « **que l'application d'une disposition législative, rendue expressément applicable, ne saurait être écartée par la carence d'une dispositions de nature réglementaire destinée non à en définir, mais à en préciser le champ d'application ; qu'en l'espèce, le législateur n'a pas entendu laisser à un décret le soin de définir les opérations soumises à la loi, auquel cas la parution d'un décret serait une condition nécessaire à l'applicabilité de la loi, mais celui de définir les opérations exclues du champ d'application** ». Et, la cour d'appel en déduit « **qu'à défaut de détermination des cas d'exclusion à raison du montant, il y a lieu de considérer que la loi s'applique à l'ensemble des prêts, contrats et opérations de crédit, sans limitation de montant, sous la seule réserve des cas d'exclusion tenant à leur nature fixés à l'article 3** » (*ibid.*, p. 4, avant-dernier paragraphe). Cette jurisprudence a été récemment réaffirmée en des termes identiques (CA Nouméa, 15 mai 2008, RG n° 07/123, p. 9, § 3 à 9).

Et la cour d'appel ajoute que, les décrets n'étant pas applicables, rien n'interdit aux parties de stipuler des engagements directement inspirés par ces décrets (s'agissant d'une affaire de location avec option d'achat, cf. CA Nouméa, 28 octobre 2010, n° 343) : « **Attendu que la Nouvelle-Calédonie est régie par le principe constitutionnel de la « spécialité législative », qui subordonne, sauf exceptions, l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires en Nouvelle-Calédonie à une disposition expresse d'extension ;**

**Attendu que ni le décret n° 78-373, du 17 mars 1978, ni le décret n° 87-344, du 21 mai 1987, n'ont jamais fait l'objet d'une disposition expresse d'extension ; qu'ils ne sont donc pas applicables ;**

**Attendu que le recours illégal à ces dispositions est en l'espèce totalement inutile puisque le contrat, en son article 5, « Exécution du contrat de location », reprend exactement les dispositions de ces décrets ; qu'il suffit, en conséquence, d'appliquer le contrat ».**

Tel est l'état de la jurisprudence sur la base de laquelle la question a été posée. Cette demande d'avis tend à faire dire que, puisque la loi de 1978 s'applique, les décrets d'application devraient s'appliquer eux aussi, de même que l'article 1152 dans sa version actuellement applicable en France métropolitaine.

Et c'est précisément parce que l'on se situe dans une période sensible de transfert de compétences que le moment paraît le plus propice pour faire le point sur l'état du droit, qui apparaît très inadapté aux besoins, et souligner le handicap que constitue la non-applicabilité de certains textes.

La non-applicabilité des décrets consuméristes constitue une source d'insécurité juridique. Cette demande d'avis met au grand jour cette question, qui gagnerait à une réponse législative claire et rapide, dans l'intérêt tant des consommateurs, qui se plaignent de la cherté de la vie, que des organismes de crédit eux-mêmes, qui s'exposent à voir contestée la validité des sanctions financières dont ils imposent la stipulation dans les contrats, sans les accompagner des limites que la loi de 1978 prévoit.

#### En résumé :

Les quatre questions posées ne font que décliner une seule et même question, celle de l'effectivité de l'applicabilité du droit de la consommation en Nouvelle-Calédonie, par-delà l'applicabilité formellement proclamée de la loi du 10 janvier 1978, et les conséquences qu'il convient d'en tirer au regard du principe de spécialité législative.

Plus largement, que valent les principes constitutionnels qui concourent à l'objectif de sécurité juridique face à ce « vieux » principe de spécialité législative ? Un principe certes multiséculaire, et en voie de dépassement, mais nullement illégitime, comme nous le verrons plus bas.

En effet, il convient de raisonner, ainsi que le fait l'auteur de la saisine, à partir d'un « bloc ». Ce « bloc » législatif et réglementaire définit le droit de la consommation. Ce bloc se compose de la loi du 10 janvier 1978, laquelle est indissociable de ses décrets d'application (notamment du 17 mars 1978 et du 21 mai 1987), et tout aussi indissociable de la loi du 9 juillet 1975 (par le biais de l'article 1152 du code civil, réformé par cette loi, auquel renvoie l'article 21 de la loi de 1978).

En effet, la difficulté vient de ce que, parmi tous ces textes, seule la loi de 1978 a été déclarée applicable en Nouvelle-Calédonie. Les autres ne peuvent l'être, sauf à passer outre le principe de spécialité législative.

À partir de cela apparaissent deux problèmes :

Premier problème : la loi de 1978 est applicable, mais son applicabilité concrète se heurte au fait que n'est pas applicable la loi de 1975 (ni *a fortiori* celle du 11 octobre 1985), sur laquelle vient se greffer la loi de 1978 (son article 21 renvoie à l'article 1152 du code civil, dans sa version postérieure à 1975).

Deuxième problème : la loi de 1978 est applicable, mais ne sont pas applicables les décrets d'application de la loi de 1978, qui définissent, d'abord, le périmètre d'application de cette loi et qui encadrent, ensuite, les sanctions financières (en cas d'inexécution) instituées par la loi de 1978.

La cour d'appel de Nouméa a cherché à répondre à ce second problème en affirmant, d'abord, que, s'agissant des décrets qui fixent le plafond (100 000 F porté à 140 000 F) au-delà duquel la loi ne s'applique pas, ces décrets définiraient un domaine d'exclusion et non le périmètre d'application de la loi, et que, puisque ces décrets (qui ne visaient, dans l'esprit du législateur de 1978, qu'à protéger les petites opérations financières) ne s'appliquent pas, ce régime protecteur doit bénéficier à toutes les opérations financières, quel qu'en soit le montant (CA Nouméa, 12 février 2004, RG n° 124/2003, BNP Paribas c/ X...). Ce raisonnement, qui emprunte à celui du droit des contrats (contrats d'assurance, notamment sur la définition du périmètre de la garantie)

dans la définition du périmètre/domaine d'exclusion, ne constitue-t-il pas un détournement de la volonté du législateur, qui n'a pas entendu faire bénéficier d'un régime dérogatoire plus protecteur les emprunteurs qui utilisent le crédit à des fins non de consommation, mais de spéculation<sup>6</sup> ?

Ensuite, la cour d'appel (CA Nouméa, 28 octobre 2010, n° 343) a considéré que les sanctions financières en cas d'inexécution des engagements contractuels pouvaient être prévues librement par le biais de stipulations contractuelles, puisque les décrets d'application de la loi de 1978 ne sont pas applicables, alors que la loi de 1978 (en son article 21) prévoit que ces sanctions seront fixées réglementairement.

Peut-on abandonner à la liberté contractuelle (illusoire dans le cas de contrats d'adhésion) la définition de sanctions financières au *pro rata* des sommes restant dues, lorsque l'on sait que, selon la loi applicable, le montant de ces sanctions doit être fixé par voie réglementaire ? Et ce, d'autant plus lorsque l'on sait que ces sanctions peuvent porter sur des sommes d'autant plus importantes que la cour d'appel soumet au régime de la loi de 1978 toutes les opérations financières, sans limitation de montant (puisque ne s'applique pas le plafond réglementaire de 100 000 F, porté à 140 000 F) ?

En somme, la solution consistant à appliquer la loi de 1978 **sans y inclure les décrets qui la complètent** ne revient-elle pas dévoyer le sens de la loi ? Et donc à contredire le principe même de l'application de cette loi ? Tel est le sens de la première question comme de la troisième question, qui lui est subsidiaire.

Et si la cour d'appel a proposé ce « compromis » entre l'application de la loi de 1978 et la non-applicabilité des décrets qui la complètent, elle n'a toujours pas réglé le premier problème : la question fondamentale de la contradiction résultant des termes mêmes de l'article 21 de la loi de 1978, qui soumet les sanctions financières (en cas d'inexécution) au pouvoir modérateur du juge, en se référant à un article 1152 qui, dans sa version antérieure à 1975 (seule applicable en Nouvelle-Calédonie), exclut au contraire le pouvoir modérateur du juge. Alors, quelle a été l'intention du législateur lorsqu'il a décidé d'étendre l'application de ce texte de 1978, sur lequel vient se greffer l'article 1152 (dans sa version de 1975), à la Nouvelle-Calédonie ?

Tel est le problème posé par la deuxième question et par la quatrième question, qui lui est subsidiaire. Car si l'on répond (à la deuxième question) que la loi de 1975 (et *a fortiori* de 1985) est inapplicable, l'article 21 de la loi de 1978 n'a aucun sens (ce que cherche à faire dire la quatrième question).

Les deux premières questions sont, à l'évidence, des questions « préparatoire » pour justifier les troisième et quatrième questions, qui posent le problème général de savoir si, lorsque le législateur décide d'appliquer un texte, il décide de l'appliquer dans toutes ses conséquences, et donc en même temps d'appliquer les textes certes non étendus formellement mais dont l'application est induite par la décision d'appliquer le « texte-mère », pour préserver le sens de cette loi et éviter de l'appliquer en contradiction avec l'intention du législateur, ce qui reviendrait à la violer.

En d'autres termes, faut-il appliquer « mécaniquement » le principe de spécialité législative sans s'attacher aux effets pervers de son application ? Faut-il, au contraire, le combiner avec d'autres principes (ou objectifs) de valeur constitutionnelle, tels que celui de sécurité juridique, ou celui de l'exigence de lisibilité et de clarté de la loi ? Or précisément, en l'espèce, la sécurité juridique postulerait d'assouplir les exigences formelles du principe de spécialité législative (exigence d'une mention expresse d'applicabilité, de promulgation locale et de publication locale du texte).

Cette demande d'avis pose une question essentielle, et, à notre connaissance, totalement inédite devant la Cour de cassation, mais récurrente en Nouvelle-Calédonie et jamais clairement tranchée. En effet, M. Orfila<sup>7</sup>, rapporteur de la commission locale de l'inventaire du droit de l'Outre-mer<sup>8</sup>, rappelait, en 1993, parmi les « lacunes et insuffisances du système d'application de la loi en Nouvelle-Calédonie », les exemples suivants, qui renvoient aux questions qui nous sont posées. En effet, il constatait l'existence de « textes rendus applicables, mais non publiés au journal officiel local. Ces textes tendent à devenir nombreux. Les lois dites balai contiennent de nombreuses mentions d'applicabilité. La publication de ces lois ne saurait dispenser de la publication des textes rendus ainsi applicables », mais encore (et c'est la question qui nous est posée) de « lois rendues applicables et publiées, mais sans les décrets d'application. Ces lois

<sup>6</sup> La doctrine rappelle que « l'article L. 311-3 du code de la consommation pose d'autres exclusions qui sont, elles, de véritables dérogations : certaines opérations de crédit, quoique passées entre professionnels et consommateurs, échappent à l'application des dispositions du code de la consommation : (...) les crédits dont le montant est supérieur à 140 000 F (article D. 311-1 du code de la consommation) ; le législateur n'a pas voulu protéger les consommateurs fortunés, pour qui le crédit peut être une forme de spéculation », Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2000, p. 376, n° 349. Et la Cour de cassation veille à l'application de ce montant (1<sup>re</sup> Civ., 7 octobre 1998, D. 1998, IR, 247).

<sup>7</sup> Maître de conférences honoraire à l'Université de la Nouvelle-Calédonie : cf. son ouvrage *La Nouvelle-Calédonie et le Droit. Regards sur l'applicabilité du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1998, spéc. p. 72 à 75 ; et *op. cit.*, chapitre IV, Regards sur la commission locale de l'inventaire du droit de l'Outre-mer, p. 77-88.

<sup>8</sup> Un décret n° 89-704 du 28 septembre 1989 a créé une « commission adjointe à la commission supérieure de codification », chargée de recenser, pour chacun des territoires d'Outre-mer, l'ensemble des textes législatifs et réglementaires applicables, dite « commission nationale de l'inventaire » ou « commission Perrier » (du nom du conseiller d'État qui la présidait). [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=22791A4FAAB96DA65DCB136FF135A0A7.tpdio07v\\_2?cidTexte=JORFTEXT000000700403&dateTexte=20101126](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=22791A4FAAB96DA65DCB136FF135A0A7.tpdio07v_2?cidTexte=JORFTEXT000000700403&dateTexte=20101126). La « commission nationale de l'inventaire » était assistée, dans chaque territoire d'Outre-mer, d'une « commission locale de l'inventaire ». M. Orfila était le rapporteur de cette commission locale pour la Nouvelle-Calédonie. Il en est résulté la création d'une banque de données : [www.juridoc.gouv.nc](http://www.juridoc.gouv.nc). La « commission nationale de l'inventaire » œuvrait en lien avec « la commission supérieure de codification chargée d'œuvrer à la simplification et à la classification du droit » (décret n° 89-647, 13 septembre 1989, JORF, 13 septembre 1989, p. 11560. [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?sessionId=4640132064AB77685A157B7321DBC978.tpdio02v\\_3?idArticle=LEGIARTI000018195830&cidTexte=JORFTEXT00000882945&dateTexte=20101126](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?sessionId=4640132064AB77685A157B7321DBC978.tpdio02v_3?idArticle=LEGIARTI000018195830&cidTexte=JORFTEXT00000882945&dateTexte=20101126)

**sont-elles applicables ?** Sur ce point, la position du tribunal administratif (favorable à l'application de la loi et des textes d'application, avis du 19 mars 1993) diffère de celle de la cour d'appel de Nouméa (arrêt du 17 décembre 1992, X...) »<sup>9</sup>.

Au terme de cet examen, on voit bien que, si les deux premières questions posées ne soulèvent pas de difficultés insurmontables, elles ne peuvent être dissociées des deux dernières, qui posent une difficulté réelle.

Cette demande d'avis offre l'occasion de faire le point sur des questions devenues cruciales dans une société calédonienne où la consommation est en plein essor. Ce pays d'Outre-mer ne connaît pas la récession, bien au contraire. Sa croissance est portée par la forte demande de nickel au niveau mondial. Dans ce contexte, alors que le droit de la consommation devrait être un aspect majeur dans l'existence quotidienne des habitants de la Nouvelle-Calédonie, cette demande d'avis montre la faiblesse, sinon l'archaïsme, de ce secteur du droit.

Nous allons aborder le fond de la question en rappelant le cadre juridique applicable en Nouvelle-Calédonie et le contenu du principe de spécialité législative.

## II. - Discussion au fond

La Nouvelle-Calédonie (comme Wallis-et-Futuna, et la Polynésie française) est une *collectivité d'Outre mer*, qui dispose du pouvoir de prendre des « délibérations » - actes de nature réglementaire - y compris dans des matières qui relèvent du domaine de la loi. Ces délibérations sont votées en Nouvelle-Calédonie par le Congrès : c'est à ce titre que le droit du travail local, de même que la procédure civile, est régi par des normes émanant de l'assemblée délibérante locale.

Dans ce contexte, s'agissant des matières relevant de la compétence étatique, les lois votées par le Parlement national ne s'appliquent pas d'emblée : c'est la traduction du *principe de spécialité législative*, qui s'impose sauf certaines exceptions.

Mais ce n'est pas tout. En Nouvelle-Calédonie, la portée de ce *principe de spécialité législative* va devenir progressivement résiduelle, car la Nouvelle-Calédonie dispose d'une véritable compétence législative (avec la possibilité de voter des « lois du pays », soumises au contrôle de constitutionnalité) dans le domaine de la loi, et dans un périmètre en voie d'extension par l'effet d'un transfert progressif de compétence.

En effet, l'accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998, dote la Nouvelle-Calédonie d'une place à part dans l'Outre-mer français : c'est la seule collectivité à laquelle soit consacré un titre de la Constitution (le titre XIII). Elle bénéficie d'un transfert progressif des compétences législatives. À ce titre, le transfert du droit civil, comme du droit commercial, devrait devenir effectif à la fin de l'année 2013.

Ce transfert de compétence, qui aboutira à conférer une compétence législative exclusive à la Nouvelle-Calédonie en certaines matières, donne un relief particulier au régime de spécialité législative, qui garantissait, jusqu'à présent, les collectivités d'Outre-mer (COM) contre un principe d'assimilation juridique qui prévaut dans les départements et régions d'Outre-mer (DROM). Dès lors, évoquer le principe de spécialité législative, c'est se situer au cœur de la spécificité du régime juridique des anciens « territoires d'Outre-mer », devenus « collectivités d'Outre-mer » depuis la réforme constitutionnelle de 2003<sup>10</sup>.

Le principe de « spécialité législative » s'oppose à celui de « l'identité législative » (en vigueur dans les DOM-ROM), en vertu duquel le droit édicté par le législateur national s'applique de plein droit sur tout le territoire de la République.

En outre, le principe de « spécialité législative » se distingue (même s'il en est le corollaire) de « l'autonomie législative ou réglementaire » reconnue à certaines « collectivités d'Outre-mer » (aujourd'hui, à la Nouvelle-Calédonie depuis l'accord de Nouméa de 1998 et la loi organique du 19 mars 1999, et à la Polynésie depuis la loi statutaire de 2004).

En effet, le principe de « spécialité législative » constitue le premier stade vers une autonomie politique et normative croissante de ces collectivités.

<sup>9</sup> Et M. Orfila d'ajouter que « Dans la plupart des cas, l'origine de ces dysfonctionnements réside dans une carence des services de l'État. Le plus souvent, il s'agit de la carence des organes centraux de l'État. **Il en est ainsi à propos des lois rendues applicables sans leurs décrets d'application...** (...) », *op. cit.*, p. 72. Et il s'ensuit une pratique qui s'adapte, en appliquant parfois des textes qui ne sont pas applicables : M. Orfila souligne que « Actuellement, il existe un certain nombre de vides réglementaires. Dans ces matières, certaines administrations appliquent parfois des « textes dits de référence », ce qui signifie qu'elles appliquent la solution d'un texte métropolitain inapplicable en Nouvelle-Calédonie (cas des Postes et Télécommunications, cas de l'Aviation civile, etc.) », *op. cit.*, p. 75.

<sup>10</sup> La terminologie « collectivité d'Outre-mer » est issue de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, notamment de ses articles 10 et 11, modifiant l'article 74 et créant l'article 74-1 de la Constitution du 4 octobre 1958. Les collectivités d'Outre-mer (COM) se substituent ainsi aux « territoires d'Outre-mer » (TOM), créés par la Constitution du 27 octobre 1946. Article 74 : « Les collectivités d'Outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République. Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :  
- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;  
- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ; (...)  
La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles : (...) la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques (...) ».



Dès lors, après un rapide panorama institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, qui constitue une collectivité d'Outre-mer *sui generis* (section 1), nous évoquerons le principe de spécialité législative, qui trouve encore sa place et sa justification dans ce contexte, même s'il apparaît comme un dispositif minimaliste au regard d'une évolution institutionnelle d'essence fédérale (section 2).

## Section 1 - Le paysage institutionnel néo-calédonien : une collectivité d'Outre-mer *sui generis*

### § 1 Traits généraux

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis*. Conformément à l'article 76 de la Constitution, les populations de Nouvelle-Calédonie ont été appelées à se prononcer sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 (*JORF*, 27 mai 1998). Cet accord, adopté après une révision constitutionnelle dont se trouve issu le titre XIII précité<sup>11</sup>, est complété par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie, qui détermine :

« - les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;

- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie<sup>12</sup>, et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ;

- les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ;

- les conditions et les délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté » (cf. loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie).

L'accord de Nouméa élabore une citoyenneté calédonienne dérogatoire (corps électoral restreint, restriction à l'emploi pour les non-natifs du territoire, approfondissement du statut coutumier). Dans ce cadre, il poursuit une adaptation du droit au contexte local encore plus poussée (avec les « lois du pays ») que ne le permettait le principe essentiellement « défensif » de spécialité législative.

En effet, le préambule de l'accord de Nouméa proclame le « respect de l'identité kanak » - notion qui « irradie » toutes les institutions -, outre l'objectif de réaliser un « destin commun »<sup>13</sup>. Il prévoit un « partage de souveraineté entre la France et la Nouvelle-Calédonie », qui se traduit par un large et progressif transfert de compétences. Il en découle la possibilité, pour le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, de voter dans les matières transférées des « lois du pays ». Ce sont des actes de nature législative, d'application territoriale limitée à la Nouvelle-Calédonie, et susceptibles d'être soumis au contrôle de constitutionnalité.

À côté de cela, demeure en vigueur le principe traditionnel de « spécialité législative », qui veut que (hormis les lois de souveraineté, les lois constitutionnelles ou organiques et les principes généraux du droit) les lois du Parlement national ne soient pas applicables de plein droit dans les collectivités d'Outre-mer, sauf à comporter une mention expresse d'extension, ou sauf à faire l'objet ultérieurement, par ordonnance, d'une extension d'applicabilité au territoire concerné (article 74-1 de la Constitution<sup>14</sup>).

Ce principe a souvent été critiqué comme étant à l'origine du retard pris dans l'application des réformes législatives. Mais il a constitué jusqu'à une période récente le seul garant d'une spécificité locale en donnant aux COM en général, et à la Nouvelle-Calédonie en particulier, une certaine maîtrise sur les normes décidées ailleurs : en leur offrant la faculté d'opter ou non pour l'applicabilité de certaines lois.

Loin de remettre en cause ce principe, l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie tend au contraire à renforcer les moyens dont dispose cette collectivité pour disposer de la maîtrise de l'activité normative : puisqu'il ne s'agit plus seulement de lui laisser la faculté d'opter pour l'application d'une législation nationale, mais d'exercer, à la place du Parlement national, des compétences législatives dans des domaines précis.

C'est ainsi que, dans le cadre du transfert total et définitif du droit civil et du droit commercial à la Nouvelle-Calédonie, prévu par l'article 3.1.2 de l'accord de Nouméa et l'article 26 de la loi organique du 19 mars 1999 - lequel doit intervenir par une loi du pays devant être adoptée au plus tard le 31 décembre 2011<sup>15</sup> - une convention passée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie, fixant les mesures d'accompagnement des transferts de compétences relatifs au droit civil, aux règles concernant l'état civil et au droit commercial, prévoit que « L'État s'engage à réaliser les extensions de textes actuellement en suspens, qui seraient souhaitées par la Nouvelle-Calédonie, de façon à procéder à une remise à niveau du droit existant avant le transfert des compétences relatives au droit civil, aux règles concernant l'état civil et au droit commercial » (article 2 de ladite convention).

Ce texte souligne que l'on se situe bien dans le cadre d'un « droit d'option » que seule la Nouvelle-Calédonie peut exercer, et sur lequel ne peuvent peser la décision ni des instances politiques nationales (Parlement, exécutif) ni a fortiori judiciaires.

<sup>11</sup> Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n° 166, du 21 juillet 1998, p. 11143.

<sup>12</sup> Les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions sont définies au titre III de la loi organique de 1999.

<sup>13</sup> François Garde, « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *Revue Française de droit constitutionnel* 2005, n° 64, pp. 805-811.

<sup>14</sup> Article 74-1 : « Dans les collectivités d'Outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre par ordonnance, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole. »

<sup>15</sup> Article 3 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009, relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie (*JORF* du 6 août 2009).

Dans ce contexte, à défaut d'une mention expresse portant extension d'un texte nouveau, seule la version antérieure de ce même texte demeure applicable.

## § 2 Portée de ces principes

Ce sont les effets de ce système que critique l'auteur de la saisine lorsqu'il soulève l'idée que l'application d'un droit antérieur, moins protecteur des intérêts de certaines catégories de plaideurs que ne l'est le droit applicable en métropole, pourrait constituer une source de discrimination contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est le même argument qui a été invoqué, *dans le domaine électoral* (a), pour contester l'existence d'un corps électoral restreint. C'est le même argument qui a été soulevé pour contester, *dans le domaine des intérêts civils*, l'application de règles de procédure distinctes selon le statut civil personnel des parties au procès pénal (b).

**a) Dans le domaine du droit électoral :** s'agissant de la restriction du corps électoral chargé d'approuver l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 (consultation prévue par l'article 76 de la Constitution), ou de l'article 188 de la loi organique, le Conseil d'État (Ass., 30 octobre 1998, X... )<sup>16</sup> comme la Cour de cassation ont chacun consacré, dans l'ordre interne, la primauté de la Constitution sur les conventions internationales. Cette primauté ressort également de l'article 54 de la Constitution, qui prévoit qu'un traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié, ce qui conduit régulièrement à des révisions constitutionnelles pour adapter la Constitution aux évolutions résultant de traités internationaux. Ce principe a été réaffirmé par l'assemblée plénière du 2 juin 2000 (*Bull. 2000*, Ass. plén., n°4 - arrêt reproduit en annexe du présent rapport). Cet arrêt affirme que la « **suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté.** » Cet article 188 crée un corps électoral restreint, matérialisé par une liste électorale spéciale<sup>17</sup>.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme, faisant usage, pour la première fois, de la « clause des nécessités locales » dans l'arrêt X... c/ France du 11 janvier 2005, requête n° 66289/01, **a estimé que les nécessités locales justifiaient la restriction au droit de vote, née de la création d'un corps électoral restreint, laquelle n'est pas incompatible avec les droits garantis par la Convention**<sup>18</sup>.

**b) Dans le domaine des intérêts civils :** à la suite du deuxième avis de la Cour de cassation concernant la Nouvelle-Calédonie (avis n° 007-001, du 15 janvier 2007<sup>19</sup>), un pourvoi a tenté en vain de faire juger que les règles dérogatoires applicables aux citoyens de statut coutumier kanak constituaient une source de discrimination au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, en se fondant sur l'article 56 § 3 de cette Convention, qui stipule que « *Dans lesdits territoires [d'Outre-mer] les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales* » (Crim., 30 juin 2009, *Bull. crim. 2009*, n° 139).

Pour rejeter le grief de violation du principe de non-discrimination (article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme) en raison d'un traitement différencié des instances sur intérêts civils en fonction du statut personnel des parties, la Cour de cassation a considéré que « *la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les dispositions conventionnelles invoquées, a fait l'exacte application des textes précités [les articles 7 et 19 de la loi organique] en l'état de la déclaration de la France effectuée en application de l'article 63, devenu l'article 56 de la Convention européenne des droits de l'homme.* »

**Non seulement la constitutionnalité du principe de spécialité législative se déduit des articles 74 et 74-1 de la Constitution, mais, en outre, le raisonnement fondé sur des normes internationales et/ou sur l'intention du législateur telles qu'interprétées par le juge reviendrait à promouvoir un processus d'assimilation législative laissant au juge la possibilité, dans l'intérêt d'une catégorie de plaideurs, de niveler les spécificités de droit local.**

## § 3 Quelques aspects de la spécificité juridique néo-calédonienne : le droit autochtone

Ainsi, l'ordre juridique de la Nouvelle-Calédonie est différent de celui de la métropole. Et si la Constitution y est applicable, toutes les lois ne le sont pas, la Nouvelle-Calédonie bénéficiant du principe de spécialité législative, qui implique qu'à l'exception des lois dites de souveraineté et des principes généraux du droit, les lois promulguées en métropole ne sont pas applicables de plein droit dans les collectivités d'Outre-mer.

C'est sur cette première spécificité que vient se greffer une autre spécificité essentielle : celle qui tient dans une dualité juridique entre « droit commun » et « droit coutumier », laquelle traduit la prise en compte de l'existence de *communautés autochtones et locales*<sup>20</sup>. En d'autres termes, si tous les habitants de la Nouvelle-Calédonie

<sup>16</sup> AJDA 1998, Jurisprudence, p. 1039, note Fabien Raynaud et Pascale Fombeur, AJDA 1998, Doctrine, p. 962.

<sup>17</sup> Voir, sur le contentieux généré par l'établissement de ces listes, 2<sup>e</sup> Civ., 26 mai 2005, *Bull. 2005*, II, n° 134, et 2<sup>e</sup> Civ., 17 décembre 2009, pourvoi n° 09-60.166, *Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 15, 2010/1, p. 90 à 97.

<sup>18</sup> Cf. Patrice Jean, « L'arrêt X... c/ France du 11 janvier 2005, ou la justification de la condition de résidence de dix ans par les nécessités locales », *Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2005/1, p. 42 à 50.

<sup>19</sup> Cour de cassation, saisie pour avis, 15 janvier 2007, avis n° 007 0001, *Bulletin criminel 2007*, avis, n°1. Cet avis affirme que « *la juridiction pénale (...) est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak* » (cf. rapport de madame Guihal). Cet avis se situe dans le prolongement d'un précédent avis de la Cour de cassation du 16 décembre 2005 (avis n° 05 0011, *Bulletin civil 2005*, Avis, n° 9) affirmant qu'« *Il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes. En conséquence, en application de l'article 19 de la loi, lorsqu'elle statue en matière d'assistance éducative à l'égard de parents et d'enfants de statut civil coutumier kanak, la juridiction civile de droit commun est complétée par des assesseurs coutumiers* » (cf. rapport de M. Chauvin).

<sup>20</sup> Selon la terminologie de la Convention sur la diversité biologique (article 8 j) et reprise dans la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'Outre-mer (article 33), version consolidée du 7 août 2009.

ont la nationalité française, seuls certains sont titulaires, du fait d'une présence durable sur ce territoire, de la « citoyenneté calédonienne » (qui implique des droits politiques et un accès privilégié à l'emploi local). C'est parmi ces citoyens calédoniens que se trouve reconnu un « Peuple kanak » par l'accord de Nouméa. Et c'est au sein de ce peuple autochtone (que désigne la notion de Peuple Kanak) que se trouvent des citoyens de « statut (civil) coutumier kanak », qui relèvent, pour le droit applicable, des seules règles de la coutume autochtone dans les affaires civiles qui opposent entre elles les personnes relevant de ce statut coutumier (garanti par les articles 75 et 77 de la Constitution, et les articles 7 et 19 de la loi organique).

#### a) Les matières soumises au dualisme juridique

En Nouvelle-Calédonie, la coutume autochtone et le droit étatique coexistent<sup>21</sup>. C'est là un phénomène commun à tous les « pays neufs » du Pacifique sud (Australie, Nouvelle-Zélande)<sup>22</sup>. L'accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999 expriment ce dualisme, en le portant à un degré de reconnaissance jamais atteint dans le système français et en consacrant la coutume autochtone dans un certain nombre de domaines, « statut (civil) coutumier kanak » et « terres coutumières », en créant des « institutions coutumières » (des institutions « *péri*-coutumières » propres à permettre l'expression de la norme autochtone).

**Le statut coutumier kanak :** l'article 75 de la Constitution dispose que « *les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.* »

Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, un « statut (civil) coutumier » est reconnu aux Kanak<sup>23</sup>. Et, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un premier avis du 16 décembre 2005, la coutume s'applique dans toutes les relations de nature civile entre personnes relevant du « statut coutumier kanak. »<sup>24</sup>

**Les terres coutumières :** les terres coutumières comprennent les anciennes terres de réserves et agrandissements de réserves (c'est-à-dire les terres des clans) et les terres qui, quel que soit leur statut initial, ont été rétrocédées, au titre du « lien à la terre », à des clans constitués en « groupements de droit particulier local » (GDPL)<sup>25</sup>. Ces terres bénéficient d'un statut d'inaliénabilité : « *Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables* » (loi organique, article 18).

Dans le Pacifique en général (Mélanésie comme Polynésie), les coutumes autochtones assimilent les zones marines côtières à la terre ferme : des droits « fonciers » sur les étendues marines sont exercés traditionnellement par les « clans de la mer ».

Le « lien à la terre » recouvre l'équivalent de nos droits fonciers, mais avec une signification mythique en ce qu'elle est le lien avec les ancêtres, ce qui explique leur caractère inaliénable<sup>26</sup>. Aujourd'hui, 23 % des terres de la Nouvelle-Calédonie sont des terres coutumières, 24 % sont de droit commun et 53 % relèvent du domaine public. Cf. cartographie des terres coutumières :

[http://www.adraf.nc/index.php?option=com\\_content&view=article&id=58&Itemid=78](http://www.adraf.nc/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=78)

#### b) Les institutions coutumières : sénat coutumier, conseils coutumiers (d'aires) et assesseurs coutumiers.

**Le sénat coutumier** est une institution composée de seize membres issus des huit aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie (deux représentants par aire coutumière). Les membres sont désignés par les conseils coutumiers des aires selon les usages reconnus par la coutume. Le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie constate ces désignations (loi organique, article 137)<sup>27</sup>.

Le sénat coutumier est compétent à l'égard des projets et propositions de loi du pays relatifs aux signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières, et notamment à la définition des baux destinés à régir les relations entre propriétaires coutumiers et exploitants, au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers (loi organique, article 142)<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Régis Lafargue, *La Coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2010.

<sup>22</sup> Cf. le rapport de la *New Zealand Law Commission*, paru en septembre 2006 sous le titre « *Converging currents. Custom and human rights in the Pacific* », NZLC SP17 (pour « study paper 17 »), 245 pages, disponible sur le site de la Law Commission, <http://www.lawcom.govt.nz>. Voir aussi Jennifer Corrin Care, « *Conflict between Customary Law and Human Rights in the South Pacific* » (rapport présenté lors de la douzième *Commonwealth Law Conference*, Kuala Lumpur, septembre 1999) : v. <http://www.mli.com.mt/articles>

<sup>23</sup> Titre premier de la loi organique.

<sup>24</sup> « *Il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes. En conséquence, en application de l'article 19 de la loi, lorsqu'elle statue en matière d'assistance éducative à l'égard de parents et d'enfants de statut civil coutumier kanak, la juridiction civile de droit commun est complétée par des assesseurs coutumiers* » (Cour de cassation saisie pour avis, 16 décembre 2005, avis n° 05-0011, *Bulletin civil* 2005, Avis, n° 9).

<sup>25</sup> Ce sont environ 100 000 hectares (dont 60 000 hectares au profit des GDPL) qui ont été transférées aux Kanak, depuis le début de la réforme foncière.

<sup>26</sup> Voir, sur la question du statut des terres, P. Lambert, *Moeurs et superstitions des néo-calédoniens* (1900), réédition Société d'études historiques de Nouvelle-Calédonie, n° 14, Nouméa 1999 ; Éric RAU, *Institutions et coutumes canaques* (1944), réédition L'Harmattan, Paris, 2006 ; Maurice Leenhardt, *Notes d'ethnologie néo-calédonienne* (1930), Paris, Institut d'ethnologie, réimpression 1980 ; R. Lafargue, *op. cit.* : voir spécialement deuxième partie, chapitre premier, « Au commencement était la terre : le sang des morts », p. 211 à 248. Voir aussi, sur l'analyse des auteurs qui considèrent la terre comme un élément de la propriété intellectuelle autochtone, Marilyn Strathern, *Land : intangible or tangible property ?* in T. Chesters (ed.) *Land Rights. The Oxford Amnesty Lectures 2005*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 13-38 ; Éric Hirsch et Marilyn Strathern, *Transactions and creations : property debates and the stimulus of Melanesia*, Berghahn Books, 2004.

<sup>27</sup> J.-Y. Faberon, J. Ziller, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, LGDJ, 2007, pp. 419.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 420.

Le sénat coutumier ne dispose pas du droit de saisine du Conseil constitutionnel à l'égard des lois du pays intervenant en matière coutumière, mais il est obligatoirement consulté sur les projets ou propositions de délibération intéressant l'identité kanake (loi organique, article 143). Il est facultativement consulté pour tout autre projet de loi ou proposition de délibération.

**Les conseils coutumiers :** il existe un conseil coutumier pour chacune des huit aires coutumières<sup>29</sup>. Sa fonction est consultative.

**Les assesseurs coutumiers :** la reconnaissance du « statut coutumier kanak » se traduit par la présence d'assesseurs coutumiers, avec voix délibérative, dans les juridictions civiles. En effet, l'article 19 de la loi organique précise que « *La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier et aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi* ».

La première phrase de cet article exclut donc la compétence des institutions autochtones, en affirmant le monopole juridictionnel des juridictions étatiques. La seconde phrase de cet article 19 impose en contrepartie la présence de droit des assesseurs coutumiers au sein de ces juridictions, comme l'avait affirmé la Cour de cassation dans son arrêt fondateur de 1991 : 2<sup>e</sup> Civ., 6 février 1991, *Bull.* 1991, II, n<sup>o</sup> 44.

Ce tour d'horizon institutionnel confirme ce qu'écrivent aujourd'hui les spécialistes de l'Outre-mer : « *Cette collectivité sui generis constitue l'aboutissement extrême de la décolonisation au sein de la République française ; elle est dans une situation d'essence fédérée, elle invente une nouvelle sorte de lien fédéral qui pourrait mieux réussir que l'éphémère - et ambitieuse - communauté de la Constitution de 1958. Des collectivités d'Outre-mer s'intéressent à ces si fortes innovations calédoniennes : la citoyenneté spécifique, la loi du pays, le gouvernement constitué à la représentation proportionnelle, l'évolution progressive de la répartition des compétences ou encore les facettes du statut coutumier. La Nouvelle-Calédonie (...) vit en paix, et en règle quant à elle avec sa mémoire, pourquoi ses solutions originales ne stimuleraient-elles pas les raisonnements dans les autres Outre-mer français, qui ont tous la double caractéristique d'être français et différents ?* »<sup>30</sup>.

Ces spécificités expliquent encore que la Nouvelle-Calédonie ne soit plus une collectivité d'Outre-mer comme les autres : elle sort de cette catégorie juridique puisqu'elle échappe au régime juridique général pour disposer, au sein de la Constitution française, d'un titre qui lui est spécialement consacré (le titre XIII), lequel forme, avec l'accord constitutionnalisé de Nouméa, signé le 5 mai 1998, la base du statut constitutionnel de ce que l'on ne désigne plus comme une « collectivité » d'Outre-mer, mais comme un « pays » d'Outre-mer. D'ailleurs, le Conseil d'État, dans son arrêt de section du 13 décembre 2006, X...<sup>31</sup>, déclare que la collectivité spécifique de Nouvelle-Calédonie ne peut être qualifiée de « collectivité territoriale », puisque, précise l'arrêt, « *la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution, relatif aux collectivités territoriales de la République, mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré, et son organisation et ses compétences sont déterminées dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale.* » Le commissaire du gouvernement, M. Stéphane Verclutte, quant à lui, affirmait encore plus nettement dans ses conclusions « *la nature radicalement nouvelle de cette collectivité sui generis* », en rappelant que :

« *Les collectivités territoriales, au sens de la Constitution, s'administrent plutôt qu'elles ne se gouvernent ; elles le font dans les conditions prévues par la loi, et non par la Constitution ; elles disposent d'un pouvoir réglementaire, et non législatif ; leurs compétences sont attribuées en fonction de considérations d'efficacité plutôt que de souveraineté...*

*Les collectivités territoriales du titre XII de la Constitution, même après la révision constitutionnelle de 2003, ne dérogent pas à ces critères (...). Tel n'est pas le cas de la Nouvelle-Calédonie, dont les traits fondamentaux se distinguent de ceux qui caractérisent les collectivités territoriales de l'article 72, et en font une collectivité sui generis, sans équivalent à ce jour en droit français (...).*

*En premier lieu, la Nouvelle-Calédonie tire ses compétences de la Constitution elle-même, mais aussi, de manière singulière, du fait de la mention par la Constitution de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 (...). La Nouvelle-Calédonie dispose dans ce cadre d'un certain pouvoir d'auto-organisation, puisqu'elle peut moduler le rythme des transferts des compétences de l'État qui lui sont attribuées (...). Surtout, ces transferts sont « définitifs », aux termes de l'article 77 de la Constitution elle-même, et constituent en cela, indéniablement, une limitation de souveraineté de l'État qui n'a aucun équivalent pour une collectivité territoriale (...).*

*En deuxième lieu, la Nouvelle-Calédonie est investie d'un véritable pouvoir législatif (...).*

*En troisième lieu, il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent diverses conditions, principalement de résidence d'une certaine durée en Nouvelle-Calédonie. Cette citoyenneté fonde deux dispositions majeures et tout à fait dérogatoires aux principes d'égalité et d'indivisibilité de la République, s'agissant, d'une part, de la détermination du corps électoral néo-calédonien, d'autre part, de l'institution de préférences pour l'accès à l'emploi (...).*

*Ces traits fondamentaux - auxquels il faudrait aussi ajouter une capacité d'initiative autonome en matière de relations internationales - dérogent rien moins qu'aux articles 1, 3, 34 et 74 de la Constitution, à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Ils dessinent ce que l'accord de Nouméa appelle un régime de « souveraineté*

<sup>29</sup> Il existe huit aires coutumières : Hoot Ma Whaap, Paicî-Cèmuhi, Ajië Aro, Xârâcùù, Drubea-Kapumë, Nengone, Drehu, Ilaai.

<sup>30</sup> J.-Y. Faberon et J. Ziller, *op. cit.*, p. 345.

<sup>31</sup> CE section, 13 décembre 2006, X..., *La Semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales*, 8 janvier 2007, n<sup>o</sup> 1-2, p. 36 et s., cité par Jean-Yves Faberon et Jacques Ziller, *op. cit.*

partagé » (...). **Le concept de « souveraineté partagée » est d'ailleurs fort voisin de celui de « dual sovereignty », par lequel la Cour suprême américaine résume l'équilibre entre État fédéral et États fédérés (...). Dans ces conditions, le refus de qualifier la Nouvelle-Calédonie de collectivité territoriale (...) reflète la nature radicalement nouvelle en droit français de cette collectivité sui generis (...).** »

Ce rappel du contexte institutionnel néo-calédonien souligne l'importance et la signification que revêt le principe de spécialité législative, lequel y trouve toute sa place et sa pleine justification, même s'il n'apparaît plus, au regard de cette évolution institutionnelle, que comme un principe de portée, à la fois, résiduelle et minimaliste.

Le processus en cours s'éloigne encore plus du principe assimilationniste « *d'identité législative* »<sup>32</sup> qui prévaut dans les DROM, pour se donner les moyens d'approfondir la spécificité du droit néo-calédonien.

## Section 2 - Le principe de spécialité législative

La question posée par la demande d'avis n'est pas inédite : le principe de spécialité législative fait partie des thèmes classiques du droit de l'Outre-mer, de l'ancien régime à nos jours. En fait, si la question touche aux rapports parfois compliqués qu'entretiennent le droit civil et le droit constitutionnel, la question intéresse avant tout le droit constitutionnel : les règles qui définissent les relations entre la métropole et ses territoires périphériques, et la portée de ces règles sur l'application de la norme civile.

Ce principe de spécialité législative a conduit le professeur Pierre Lampué à écrire que « *la République française apparaît comme un État unitaire « plurilégislatif », c'est-à-dire un État comprenant plusieurs fractions dotées de législations particulières* »<sup>33</sup>.

Voir sur ce point :

- Gérard Orfila, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000, p. 67 à 86 ;

- Faberon et Ziller, *Droit des collectivités d'outre-mer*, *op. cit.*, p. 217 à 222.

### § 1 Généralités sur le principe de spécialité législative

#### a) Origines et définition du principe de spécialité législative

Dès la période coloniale a été posé le principe que « *les colonies seront régies par des lois particulières* ». Aujourd'hui, le principe signifie toujours que la loi ne s'applique que si le législateur le prévoit expressément ou si cette application résulte de l'objet même du texte adopté en métropole. Le but est de préserver le particularisme de ces collectivités appelées à recevoir des droits distincts de ceux applicables en métropole ou, à défaut, très largement adaptés à leurs situations propres.

Ce principe de spécialité législative a été consacré au XVIII<sup>e</sup> siècle : les lettres royales du 26 octobre 1744 et du 9 mars 1746 le mentionnent, de même que l'ordonnance du 18 mars 1766, par laquelle le roi enjoignait les conseils supérieurs ou souverains de n'enregistrer que les ordonnances royales dont l'enregistrement avait été spécialement prescrit par lui.

Ensuite, le principe sera réaffirmé sous les différents régimes (articles 91 de la Constitution de l'an VIII, 73 de la charte de juin 1814, 64 de la charte d'août 1830).

À partir de 1946, avec la création de la distinction entre départements d'Outre-mer (DOM) et territoires d'Outre-mer (TOM), seuls les TOM (devenus COM en 2003) connaissent encore du principe de spécialité législative. À cet égard, l'article 72 de la Constitution de 1946 prévoit que « *Dans les territoires d'Outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative.*

***En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'Outre-mer que par disposition expresse*** ».

Cette disposition confère, d'abord, valeur constitutionnelle au principe, et opère une distinction entre les textes qui portent sur des matières relevant par nature de la compétence de l'État et applicables partout et les autres domaines, qui relèvent de la compétence des assemblées délibérantes locales, qui disposent de pouvoirs normatifs de nature réglementaire, y compris pour adopter des normes dans le domaine de la loi.

C'est ce système qui est parvenu jusqu'à nous. Si la Constitution du 4 octobre 1958 n'évoque plus expressément le principe de spécialité législative, son article 74 y renvoie lorsqu'il évoque leur « *organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres* ». Avec la Constitution de 1958, le principe de spécialité législative joue toujours une fonction de « filtre ».

Il s'en déduit que, dans les TOM, il existe :

- des domaines de compétence locale (Constitution, article 74) : par exemple, la procédure civile et le droit du travail, régis par des délibérations locales ;

- des domaines de compétence nationale avec un dédoublement selon la nature de la matière entre :

\* celles qui sont soumises au principe de spécialité législative, lesquelles, relevant de la compétence du législateur national, supposent une mention expresse d'applicabilité à l'Outre-mer, et

<sup>32</sup> Y. Brard, « Identité ou spécialité législative », in *L'Outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*, La Documentation Française, 2004.

<sup>33</sup> Pierre Lampué, *Droit d'Outre-mer et de la coopération*, Dalloz, Paris, 1969.

\* celles qui ressortissent non seulement de la compétence de l'État, mais pour lesquelles les textes votés par le Parlement s'appliquent automatiquement Outre-mer, sans mention d'applicabilité.

#### **b) La spécialité législative et l'autonomie normative des collectivités d'Outre-mer**

L'autonomie normative est issue de la loi-cadre n° 56-619 du 23 juin 1956, dite « loi Defferre », et son décret d'application pour la Nouvelle-Calédonie du 22 juillet 1957. Les assemblées locales ont reçu des compétences normatives variées, par exemple en matière de propriété immobilière, gestion des domaines, douanes, budget et impôts, logement, urbanisme, ou encore procédure civile.

La fonction de filtre que joue le principe de spécialité législative se combine avec l'autonomie normative qui caractérise toutes les COM aujourd'hui. Cette autonomie normative recouvre une compétence réglementaire pour toutes les COM, y compris dans certains domaines qui relèvent de la loi (1°) ; elle recouvre, en outre, en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, une compétence législative que celle-ci exerce dans le domaine de la loi (2°).

1° Le droit commun des COM : la valeur réglementaire des actes locaux

Le Conseil constitutionnel a admis la faculté, pour le législateur, **de déroger à l'article 34 de la Constitution** (sur le fondement de l'article 74 de la Constitution), aux fins d'attribuer à l'assemblée d'un TOM la pleine compétence pour adopter des délibérations (actes de nature réglementaire), non seulement dans des matières relevant du domaine du règlement (Constitution, article 37), mais encore dans des matières relevant du domaine de la loi (Constitution, article 34)<sup>34</sup>.

Postérieurement comme antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, les matières dévolues aux assemblées locales conservent une valeur réglementaire à l'intérieur du territoire considéré<sup>35</sup>.

Le Conseil d'État précise qu'« en l'absence d'une disposition législative permettant de déroger au statut du territoire, l'État n'est pas habilité à intervenir dans des domaines qui relèvent de la compétence exclusive des autorités territoriales »<sup>36</sup>.

Le Conseil constitutionnel a toutefois reconnu au législateur la faculté d'intervenir, de façon dérogatoire, sur une matière de compétence locale<sup>37</sup>.

2° La spécificité calédonienne : l'autonomie normative législative

Au cours des deux dernières décennies, les statuts des collectivités d'Outre-mer ont été considérablement remodelés par des lois organiques ou des lois simples<sup>38</sup>. Les compétences normatives des assemblées locales ont été étendues au domaine législatif pour ce qui touche la Nouvelle-Calédonie (« lois du pays ») et, dans une moindre mesure, la Polynésie (qui peut aussi adopter des « lois du pays », qui demeurent des actes de nature réglementaire soumis au contrôle du Conseil d'État).

En effet, s'agissant de la Polynésie, la loi statutaire (loi organique du 27 février 2004), énonce (article 31) que « les institutions de la Polynésie française sont habilitées, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques, sous le contrôle de l'État, à participer à l'exercice des compétences qu'il conserve dans le domaine législatif et réglementaire en application de l'article 14 ». Dans ce domaine, on trouve l'« État et capacité des personnes, autorité parentale, régimes matrimoniaux, successions et libéralités... ». L'autonomie reconnue à la Polynésie emporte donc la possibilité d'adopter, outre des délibérations, des « lois du pays » sur délégation dans le domaine de la loi.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, la loi organique du 19 mars 1999 va plus loin, en définissant un domaine de compétence propre en matière législative (le Congrès du territoire vote des lois du pays), doublé d'une compétence réglementaire (le Congrès vote des délibérations, y compris dans le domaine de la loi, comme c'était déjà le cas dans le droit antérieur).

Il s'en déduit que les lois ou règlements rendus applicables sur le territoire métropolitain ne peuvent l'être en Nouvelle-Calédonie qu'à la double condition cumulative que :

- la matière relève de la compétence de l'État central (puisque, dans certains domaines relevant de la loi, les assemblées délibérantes adoptent des délibérations de nature réglementaire) ; et que
- les conditions de mise en œuvre du principe de spécialité législative aient été respectées.

#### **§ 2 Les conditions de mise en œuvre du principe de spécialité législative**

Ces conditions de mise en œuvre sont précisées par la circulaire du Premier ministre du 21 avril 1988, relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires Outre-mer<sup>39</sup>.

D'abord, il existe des exceptions au principe de spécialité législative (a), et, lorsqu'un texte fait l'objet d'une mention expresse d'applicabilité, cette condition nécessaire n'est pas suffisante : il faut en outre que soient respectées les règles de promulgation locale et de publicité (b).

<sup>34</sup> Décision n° 65-34, loi du 2 juillet 1965.

<sup>35</sup> CE, Assemblée, 27 février 1970, X... et autres.

<sup>36</sup> *Études et documents du Conseil d'État*, 1986, n° 37, p. 126.

<sup>37</sup> Décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, relative à la loi de finances rectificative pour 1982.

<sup>38</sup> Ainsi, pour la Polynésie, la loi organique n° 2004-192 et n° 2004-193 du 27 février 2004 ; pour la Nouvelle-Calédonie, la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. En revanche, c'est une loi simple qui définit le statut de Mayotte (loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001), qui cesse d'être une COM pour devenir dès 2001 une collectivité en voie de départementalisation, soumise progressivement au principe d'identité législative.

<sup>39</sup> *JORF*, 24 avril 1988, p. 5454.

## a) Exceptions au principe de spécialité législative

Sont applicables de plein droit Outre-mer, sans que soit nécessaire une mention expresse d'applicabilité : les lois dites « de souveraineté » (1°), les principes généraux du droit (2°) et les lois et règlements intervenant dans une matière qu'une loi antérieure a déclaré soumettre au principe d'assimilation/identité législative (3°).

### 1° Les lois et règlements « de souveraineté »

Ces lois sont applicables automatiquement **en raison de leur objet**, car ces textes sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République. La circulaire du 21 avril 1988 les énumère, tout en précisant qu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. En font notamment partie : les lois constitutionnelles, les lois organiques, les textes qui organisent l'État, son gouvernement<sup>40</sup> ou son domaine<sup>41</sup>, qui posent des règles générales de compétence des pouvoirs publics<sup>42</sup>, ou qui déterminent les conditions de fonctionnement des organes centraux dont l'action s'étend à l'État tout entier (Conseil d'État<sup>43</sup>, Cour de cassation<sup>44</sup>, Tribunal des conflits<sup>45</sup>, Cour des comptes), les textes statutaires de la fonction publique de l'État, les textes relatifs à l'état des personnes, au cumul des mandats électoraux...

Il en va de même des traités ou conventions ou accords internationaux ratifiés et publiés, qui sont applicables de plein droit dans les COM<sup>46</sup> - sauf, mention expresse de non-applicabilité aux territoires d'Outre-mer contenue dans le traité lui-même (par exemple, l'article 56 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme - dit « clause des nécessités locales »).

### 2° Les principes généraux du droit

La jurisprudence a posé le principe de l'applicabilité de certains principes généraux du droit sur tout le territoire de la République, et ce, bien que les dispositions législatives dont ils sont issus ne trouvent pas à s'appliquer Outre-mer.

Il en va ainsi, par exemple, du principe de communication du dossier personnel<sup>47</sup>, de l'égalité d'accès aux emplois publics, de l'égalité devant le service public<sup>48</sup> ou les charges publiques<sup>49</sup>, de la non-rétroactivité des actes juridiques, de certains principes généraux de procédure (notamment pénale<sup>50</sup>), etc.

En outre, sont applicables sur tout le territoire les principes généraux du droit tels qu'issus de la Déclaration des droits de l'homme<sup>51</sup> ou de la jurisprudence<sup>52</sup>.

Enfin, des exemples jurisprudentiels anciens évoquent l'applicabilité à tout le territoire national des textes relatifs au statut de personnes se trouvant en métropole comme outre-mer (militaires<sup>53</sup>, fonctionnaires<sup>54</sup>, magistrats<sup>55</sup>), à l'état des personnes ou à la loi du contrat passé en métropole<sup>56</sup>.

### 3° Les lois et règlements intervenant dans une matière soumise par une loi antérieure au principe d'identité législative

Une loi antérieure générale a pu exclure, dans un domaine précis, le principe de spécialité législative, en posant au contraire un principe d'identité législative (ce fut le cas de la loi du 9 juillet 1970 en matière de droit des personnes) ; mais, en général, c'est la loi statutaire qui, au cas par cas, pose un tel principe d'assimilation dans certains domaines.

\* L'exception résultant d'une loi d'application générale sur tout l'Outre-mer

L'exemple le plus connu est la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970, relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'Outre-mer, qui soumet **l'état des personnes** à un principe d'identité législative, s'agissant des personnes de statut civil de droit commun (celles qui ne sont pas de statut civil personnel de droit local).

<sup>40</sup> CE, 25 novembre 1938, *Rec. Penant*, 1945, 1, 97.

<sup>41</sup> Le Conseil d'État a jugé que le code du domaine de l'État était applicable de plein droit aux territoires d'Outre-mer, nonobstant l'absence d'extension et de promulgation locale.

<sup>42</sup> CE, 3 juillet 1936, *Rec.*, p. 722.

<sup>43</sup> CE, 3 juillet 1914, *Rec.*, p. 810 ; 23 fév. 1927, X..., *Penant* 1927, 1, 141, note Lampué ; 4 février 1944, *Penant*, 1947, 1, 34, note de Soto.

<sup>44</sup> Civ., 19 juin 1837 ; 15 novembre 1911, *Rec. Penant*, 1912, 1, 39.

<sup>45</sup> 17 juin 1918, *Rec. Sirey*, 1922.3. 41 ; 25 mars 1957, Gagliardi, *Penant*, 1957, 1, 161.

<sup>46</sup> Crim., 4 juin 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 236 (rejet) - sommaire : En l'absence de dispositions contraires, une convention d'extradition est, de plein droit, applicable sur l'ensemble du territoire national. Elle s'applique donc sans autres formalités dans les territoires d'Outre-mer.

<sup>47</sup> CE, 8 juillet 1910, sieur X..., *Rec.*, p. 579 ; 8 avril 1911, X..., *Rec.*, p. 456.

<sup>48</sup> CE, Ass., 27 février 1970, X... et autres, *Rec.*, p. 138.

<sup>49</sup> CE, Ass., 3 décembre 1948, dame X..., *Rec.*, p. 451.

<sup>50</sup> CE, 11 avril 1919, X..., *Rec.*, p. 370 ; 6 mai 1931, X... et Y..., *Rec.*, p. 261 ; 20 décembre 1935, Soc. Vézia, *Dareste*, 1936, 3, 67, conclusions Latournerie ; 24 juin 1938, chambre de commerce de Dakar, *Dareste*, 1939, 3, 8, conclusions Renaudin ; Crim., 21 février et 5 août 1952, *Penant*, 1953, 1, 8, note de Soto.

<sup>51</sup> CE, 28 mai 1943, *Rec.*, *Penant*, 1946, 1, 77.

<sup>52</sup> CE, 11 avril 1919, *Rec.*, p. 370 ; 4 février 1944, *Penant*, 1947, p. 34, et 8 avril 1911, *DR*, 1913, 3, 77.

<sup>53</sup> CE, 26 mars 1915, X..., *Rec.*, p. 90.

<sup>54</sup> CE, 8 avril 1911, X..., *Rec.*, p. 456, conclusions Pichat ; CE, 15 juillet 1936, X..., *Rec.*, p. 90 ; CE, 30 novembre 1938, X..., *Rec.*, p. 885 ; CE, 14 décembre 1979 X..., *Rec.*, p. 466 ; CE, 29 avril 1987, X..., *Rec.*, p. 159.

<sup>55</sup> CE, 3 décembre 1948, X..., *D.* 1949, 553, note Rolland ; 13 janvier 1956, X..., *Rec.*, p. 14.

<sup>56</sup> Civ., 10 mai 1913, *Penant*, 1913, I, 284.

Pour un exemple d'application de cette loi en Polynésie, voir 1<sup>re</sup> Civ., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991, I, n° 296<sup>57</sup>. Pour un exemple d'application de cette loi en Nouvelle-Calédonie, voir 1<sup>re</sup> Civ., 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-18.391 (rejet)<sup>58</sup>.

\* L'exception résultant de la loi statutaire propre à chaque collectivité d'Outre-mer

En Polynésie, la loi statutaire (loi organique du 27 février 2004), après avoir rappelé le principe de spécialité législative (article 7, alinéa premier<sup>59</sup>), énonce, dans un alinéa 2, les exceptions à ce principe (à savoir l'applicabilité de plein droit des « lois de souveraineté », c'est-à-dire celles qui intéressent les pouvoirs publics constitutionnels, la défense... et, dans le domaine du droit civil, « l'état et la capacité des personnes » (article 31). Ce texte abroge la loi du 9 juillet 1970, précitée.

En Nouvelle-Calédonie, la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (modifiée par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009), pose un principe d'identité législative dans son article 6-2, ainsi libellé :

*« Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin.*

Par dérogation au premier alinéa, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie, sans préjudice des dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives :

1° À la composition, l'organisation, le fonctionnement et les attributions des pouvoirs publics constitutionnels de la République, du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, du Tribunal des conflits et de toute juridiction nationale souveraine, ainsi que du médiateur de la République, de la défense nationale, de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et du contrôleur général des lieux de privation de liberté ;

2° À la Défense nationale ;

3° Au domaine public de l'État ;

4° À la nationalité, à l'état et la capacité des personnes ;

5° Aux statuts des agents publics de l'État ;

6° À la procédure administrative contentieuse ;

7° Aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations de l'État et de ses établissements publics ou avec celles des communes et de leurs établissements publics ;

8° À la lutte contre la circulation illicite et le blanchiment des capitaux, à la lutte contre le financement du terrorisme, aux pouvoirs de recherche et de constatation des infractions et aux procédures contentieuses en matière douanière, au régime des investissements étrangers dans une activité qui participe à l'exercice de l'autorité publique ou relevant d'activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique, aux intérêts de la défense nationale ou relevant d'activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres ou de substances explosives.

Est également applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République ».

Mais, même lorsqu'une disposition générale ou particulière est applicable de plein droit, selon la jurisprudence, la disposition nouvelle ne s'applique pas avec effet rétroactif.

En outre, s'agissant des lois modificatives des lois déclarées expressément applicables dans une COM, le Conseil d'État, abandonnant son ancienne jurisprudence<sup>60</sup>, a rejoint la position adoptée par la Cour de cassation<sup>61</sup> pour exiger que les lois modificatives soient elles-mêmes expressément étendues, par une mention expresse, à ce territoire pour pouvoir s'y appliquer<sup>62</sup>.

Enfin, à l'exception de la loi précitée du 9 juillet 1970, qui précisait qu'elle s'appliquait avec effet rétroactif, en principe, l'annonce par une loi statutaire de l'application de plein droit d'une matière particulière n'emporte pas extension automatique (avec effet rétroactif) de la totalité de la matière dans la collectivité d'Outre-mer. Chaque disposition nouvelle créée dans le droit métropolitain trouvera simplement à s'appliquer dans la collectivité concernée, remplaçant graduellement la norme locale précédemment applicable.

<sup>57</sup> Cet arrêt affirme qu'en vertu de l'article 3 de la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970, qui déclare applicables de plein droit dans les territoires d'Outre-mer les dispositions législatives relatives à l'état des personnes postérieures à son entrée en vigueur, sont applicables en Polynésie française les dispositions de l'article 316 du code civil, dans leur rédaction de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972. En l'espèce, l'arrêt de la cour d'appel de Papeete a été cassé pour avoir déclaré recevable une action en désaveu de paternité en se fondant sur la loi n° 62-365 du 28 juillet 1962, portant à cinq ans, en ce qui concerne les enfants nés en Polynésie française, les divers délais prévus par l'article 316 du code civil, au motif qu'en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, ce texte spécifique n'avait pas été abrogé par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, qui avait ramené le délai de l'action en désaveu à six mois. La première chambre civile énonce, au visa de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1970, « qu'en vertu de ce texte, qui écarte expressément le principe de spécialité, les dispositions de l'article 316 du code civil, dans leur rédaction de la loi du 3 janvier 1972, étaient applicables en Polynésie française ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

<sup>58</sup> R. Lafargue, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2004 : la loi du 9 juillet 1970 faisant échapper le statut civil de droit commun au principe de spécialité législative ne s'applique-t-elle plus en Nouvelle-Calédonie ? », *Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 5, 1/2005, p. 70 à 78.

<sup>59</sup> « Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Polynésie française les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin ».

<sup>60</sup> CE, Assemblée, 27 janvier 1984, Ordre des avocats de la Polynésie française et autres.

<sup>61</sup> Cass., chambres réunies, 29 avril 1959, X...

<sup>62</sup> CE, 9 février 1990, Élections municipales de Lifou.



Et surtout, les lois d'ordre public sont soumises comme les autres au principe de spécialité législative : telle est la conséquence de la valeur constitutionnelle conférée à ce principe.

En résumé, le principe de spécialité législative signifie que :

1° faute de dispositions propres à l'Outre-mer (comme la loi du 9 juillet 1970 relative au statut personnel de droit commun) ou sans mention expresse d'applicabilité, les lois et règlements « métropolitains » ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, notamment :

2° le texte voté en métropole **ne devient applicable Outre-mer que s'il comporte une mention expresse d'applicabilité**, faute de quoi c'est la version initiale du texte qui trouve toujours à s'appliquer ;

3° le principe rappelé au 2° ci-dessus induit que **l'abrogation d'une mesure en « métropole » n'entraînera pas son abrogation dans une COM** (il faudra pour cela que le texte nouveau le prévienne expressément) ;

4° et, réciproquement, le principe rappelé au 2° ci-dessus induit que **l'extension à l'Outre-mer d'une loi modificative d'une loi non applicable dans une COM n'a pas pour effet de rendre applicable la loi initiale**.

**Dès lors, dans notre dossier, même si la loi du 10 janvier 1978 est applicable en Nouvelle-Calédonie, le fait qu'elle renvoie à l'article 1152 du code civil n'emporte pas l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie de ce texte dans sa version nouvelle (notamment celle issue de la loi de 1975).**

#### **b) Les exigences de promulgation et de publication locales : le corollaire du principe de spécialité législative**

L'existence d'une mention expresse d'applicabilité n'est pas une condition suffisante pour que le texte métropolitain s'applique dans une COM. Il faut, en outre, que soient remplies les exigences tenant à la promulgation et à la publication. Ces exigences, héritées de l'Ancien régime, font écho au rôle de l'exécutif local vis-à-vis de l'assemblée locale, à l'instar du jeu institutionnel métropolitain.

La promulgation locale est l'acte par lequel le représentant de l'État rend exécutoire une disposition nouvelle (qu'elle émane de l'État central ou de l'assemblée locale). La promulgation est indispensable, parce que c'est l'acte par lequel l'autorité qui représente l'exécutif atteste de l'existence d'un texte, fixe sa date, certifie son contenu et donne aux autorités publiques l'ordre de l'observer et de le faire observer.

Et, de la même façon qu'un texte nouveau n'est applicable en métropole que s'il a été promulgué et publié au *Journal officiel de la République française*, lorsque ce texte est étendu dans une COM, il devra faire l'objet d'une mesure de promulgation locale par décision du représentant de l'État (le haut-commissaire de la République), laquelle donnera lieu à une publication au *journal officiel* local (en l'occurrence le *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie*). La promulgation et la publication locales des actes de l'État central conditionnent leur prise d'effet Outre-mer.

En ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, la promulgation est actuellement prévue par les articles 1 et 2 de la loi n°99-210 du 19 mars 1999, qui précisent que « **Le haut-commissaire assure l'exécution des lois et décrets...** », et « **... assure la publication des lois et décrets dans le territoire au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie** ».

La loi organique du 19 mars 1999 évoque aussi la nécessité d'une promulgation s'agissant non plus seulement des lois de la République, mais des actes adoptés par le congrès à valeur législative locale : les lois du pays (loi organique, article 106 : « *le haut-commissaire promulgue la loi du pays, avec le contreseing du président du gouvernement* »)<sup>63</sup>.

Toutes ces exigences ont été rappelées par la Cour de cassation en des termes très nets. Cf. **1<sup>re</sup> Civ., 15 novembre 1989, Bull. 1989, I, n° 345** : « ... que le principe de la spécialité de la législation applicable au territoire de la Polynésie française s'oppose à ce qu'un texte soit de plein droit applicable sur ce territoire, à moins qu'il y ait été déclaré expressément applicable, qu'il ait fait l'objet d'un arrêté de promulgation par le haut-commissaire et qu'il ait été publié au Journal officiel de la Polynésie française ; que l'article 38 du décret n° 72-468 du 9 juin 1972 n'a pas été déclaré applicable au territoire de la Polynésie française par l'article premier du décret n° 74-152 du 20 février 1974, relatif à la profession d'avocat dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française [...] et que c'est à bon droit que la cour d'appel a estimé que la modification apportée à l'article 82 du décret du 9 juin 1972, article applicable sur le territoire de la Polynésie française, par le décret n° 83-210 du 17 mars 1983 ne peut être utilement invoquée, faute de promulgation et de publication de ce dernier texte dans le territoire de la Polynésie française ».

Si les lois de souveraineté ou les lois applicables de plein droit n'ont pas à être promulguées localement, elles n'ont pas, non plus, besoin d'être publiées au *Journal officiel* local.

Enfin, la publication d'un acte non préalablement promulgué par arrêté, pris en application d'une mention expresse d'applicabilité, est sans valeur juridique<sup>64</sup>. Même assez surprenante, l'hypothèse peut se produire : en témoigne, dans l'affaire qui nous est soumise, la publication, au *JONC* du 8 février 1994, du décret n° 88-293 du 25 mars 1988, alors même que n'existe pas de mention expresse d'applicabilité et que le décret qu'il est censé abroger n'était pas lui-même applicable (le décret du 17 mars 1978)<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cette promulgation intervient soit dans les dix jours de la transmission qui lui en est faite par le président du congrès (après expiration du délai de seconde lecture et, le cas échéant, du délai de saisine du Conseil constitutionnel), soit dans les dix jours suivant la publication au *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie* de la décision du Conseil constitutionnel.

<sup>64</sup> Crim., 16 mai 1895, *DP* 96, 1, 49, et Civ., 13 juillet 1898, *S.* 99, 1, 89, note Appert.

<sup>65</sup> Le décret du 17 mars 1978 fixant à 100 000 F le montant maximum pour l'application de la loi de 1978, et le décret n° 88-293 du 25 mars 1988, réévaluant ce plafond à 140 000 F.

En guise de conclusion à ce rappel des règles autour desquelles s'articule le principe de spécialité législative, citons encore M. Orfila, qui, s'interrogeant sur l'avenir du principe de spécialité législative, le décrit comme le meilleur des systèmes en dépit des difficultés posées par sa mise en œuvre :

« *Un tel choix (renoncer au principe de spécialité législative) conduirait à la mise en place d'un autre régime. À cet égard deux possibilités sont envisageables : d'une part, le régime des DOM, d'autre part un système de type fédéral.*

*La suppression du principe de la spécialité législative conduirait à des difficultés insurmontables. Depuis la loi-cadre du 23 juin 1956 et son décret d'application pour la Nouvelle-Calédonie du 22 juillet 1957, le principe de la spécialité législative est devenu un aspect de la décentralisation législative, et un élément du statut territorial. Le supprimer paraît difficile, voire impossible. Appliquer le régime législatif des DOM irait à l'encontre de la loi référendaire et des accords politiques qui l'ont précédée, ainsi que du système d'organisation du territoire. Appliquer un système de type fédéral serait tout aussi irréaliste. Ce système conduirait à doter le congrès d'une infrastructure juridique importante et coûteuse. Ce système nécessiterait une nouvelle répartition des compétences, et serait en même temps facteur d'instabilité. En définitive, [...] le principe de la spécialité législative, malgré ses dysfonctionnements, est un principe qu'il nous faut conserver, car nous n'en connaissons pas de meilleur »<sup>66</sup>.*

C'est au final au profit de cette solution « fédérale » qu'a opté l'accord de Nouméa du 5 mai 1998. Et, dans ce cadre, MM. Faberon et Ziller soulignent que « *Ce principe (de spécialité législative) signifie donc que la République, dans ces collectivités, n'exprime pas le même droit qu'en métropole, mais des règles spécialement conçues en fonction des particularités qui les caractérisent... Que l'on comprenne bien : la loi est spéciale, mais c'est la loi de l'État. Elle est contrôlée par le Conseil constitutionnel [...]. Le nouvel article 74-1, ajouté à la Constitution en 2003, facilite l'aménagement par le gouvernement de la spécialité législative en disposant : « Dans les collectivités d'Outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre par ordonnance, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole » sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure. Cependant, ces ordonnances « deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication »<sup>67</sup>.*

Pour en revenir à notre demande d'avis, de tous les textes concernés par ce dossier, seule la loi du 10 janvier 1978 a fait l'objet d'une mention expresse d'applicabilité et d'un arrêté de promulgation (l'arrêté n° 42 du 15 janvier 1985), publié au *JONC* du 5 février 1985.

Et c'est là la source de la difficulté. Car la loi de 1978, qui est applicable, instaure des sanctions financières, tout en prévoyant, dans son article 21, que si le prêteur est en droit d'exiger une indemnité en fonction de la durée du contrat restant à courir, c'est, d'une part, « *sans préjudice de l'application de l'article 1152* » et c'est, d'autre part, sous la seconde condition que cette sanction soit « *fixée suivant un barème fixé par décret* ». Or non seulement les décrets fixant ces barèmes ne s'appliquent pas, mais, en outre, la loi de 1978, qui renvoie, à l'époque où elle est votée, au pouvoir modérateur du juge institué par la loi de 1975, renverrait, dans le cas néo-calédonien, à une version antérieure de l'article 1152 du code civil qui exclut précisément que le juge puisse modérer les clauses pénales.

Faire prévaloir le principe de spécialité législative revient en somme à priver de force normative une loi qui vise à créer un équilibre entre les droits des prêteurs (de stipuler des sanctions financières en cas d'inexécution des engagements contractuels), sous certaines conditions censées garantir l'autre partie contractante contre d'éventuels abus des premiers.

C'est cet équilibre qui se trouve rompu du fait de l'application incomplète du bloc législatif et réglementaire constitué par la loi de 1978, et de la non-applicabilité de l'article 1152 nouveau, auquel elle renvoie.

**Mais même expressément étendue à la Nouvelle-Calédonie, la loi de 1978 doit-elle être considérée comme applicable ? Telle est la question sous-jacente aux quatre questions posées dans cette demande d'avis.**

### III. - Réponse aux questions posées

#### **Section 1. - Rappel de la problématique générale**

Comme cela a été rappelé plus haut, en 1993, M. Orfila<sup>68</sup>, rapporteur de la commission locale de l'inventaire du droit de l'Outre-mer<sup>69</sup>, soulignait, au nombre des « *lacunes et insuffisances du système d'application de la loi en Nouvelle-Calédonie* » (et c'est la question qui nous est posée), le cas de « *lois rendues applicables et publiées, mais sans les décrets d'application. Ces lois sont-elles applicables ? Sur ce point la position du tribunal administratif (favorable à l'application de la loi et des textes d'application, avis du 19 mars 1993) diffère de celle de la cour d'appel de Nouméa (arrêt du 17 décembre 1992, X...)...* ».

En effet, les quatre questions posées ne font que décliner une seule et même question : celle de **l'effectivité** du droit applicable (la loi du 10 janvier 1978), par-delà l'applicabilité formellement proclamée de la loi du 10 janvier 1978, et des conséquences qu'il convient d'en tirer au regard du principe de spécialité législative.

<sup>66</sup> Gérard Orfila, *La Nouvelle-Calédonie et le Droit. Regards sur l'applicabilité du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1998, p. 74.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 221-222.

<sup>68</sup> Maître de conférences honoraire à l'université de la Nouvelle-Calédonie : cf. son ouvrage *La Nouvelle-Calédonie et le droit. Regards sur l'applicabilité du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1998, spéc. p. 72 à 75.

<sup>69</sup> Cf. décrets n° 80-704 du 28 septembre 1989 et n° 89-647 du 13 septembre 1989 : voir *supra*.

Plus largement, que valent les principes constitutionnels qui concourent à l'objectif de sécurité juridique face à ce « vieux » principe de spécialité législative ? Un principe certes multiséculaire, en voie de dépassement en Nouvelle-Calédonie, mais nullement atteint de caducité. Il est toujours en vigueur en Polynésie française, et il gagnera du terrain à mesure que certains DOM-ROM opteront pour un changement de statut territorial en devenant à leur tour des COM (ainsi qu'ils peuvent le décider à l'avenir).

En l'espèce, il convient de raisonner à partir d'un « bloc ». Ce « bloc » législatif et réglementaire définit le droit de la consommation. Ce bloc se compose de la loi du 10 janvier 1978, laquelle est indissociable de ses décrets d'application (notamment du 17 mars 1978 et du 21 mai 1987), et tout aussi indissociable de la loi du 9 juillet 1975 (par le biais de l'article 1152 du code civil, réformé par cette loi, auquel renvoie l'article 21 de la loi de 1978).

La difficulté vient de ce que, parmi tous ces textes, seule la loi de 1978 a été étendue à la Nouvelle-Calédonie. Les autres ne peuvent être appliqués en Nouvelle-Calédonie, sauf à passer outre le principe, à valeur constitutionnelle, de spécialité législative.

À partir de cela, se greffent deux problèmes :

Premier problème : la loi de 1978 est applicable, mais son applicabilité concrète se heurte au fait que n'est pas applicable la loi de 1975 (ni *a fortiori* celle du 11 octobre 1985), sur laquelle vient se greffer la loi de 1978 (son article 21 renvoie à l'article 1152 du code civil, dans sa version postérieure à 1975).

Deuxième problème : la loi de 1978 est applicable, mais ne sont pas applicables les décrets d'application de la loi de 1978 qui définissent, d'abord, le périmètre d'application de cette loi, et, ensuite, qui encadrent les sanctions financières (en cas d'inexécution) instituées par la loi de 1978.

La cour d'appel de Nouméa a cherché à répondre à ce second problème en affirmant, d'abord, que, s'agissant des décrets qui fixent le plafond (100 000 F porté à 140 000 F) au-delà duquel la loi ne s'applique pas, ces décrets définiraient un domaine d'exclusion et non le périmètre d'application de la loi, et que puisque ces décrets (qui ne visaient, dans l'esprit du législateur de 1978, qu'à protéger les petites opérations financières) ne s'appliquent pas, ce régime protecteur doit bénéficier à toutes les opérations financières, sans limitation de montant (CA Nouméa, 12 février 2004, RG n° 124/2003, BNP Paribas c/ X...).

Ce raisonnement, qui emprunte à celui du droit des contrats dans la définition du périmètre d'application/domaine d'exclusion, ne constitue-t-il pas un détournement de la volonté du législateur, qui n'a pas entendu faire bénéficier d'un régime dérogatoire plus protecteur les emprunteurs qui pourraient utiliser le crédit à des fins, non plus de consommation, mais de spéculation<sup>70</sup> ?

Ensuite, la cour d'appel (CA Nouméa, 28 octobre 2010, n° 343) a considéré que les sanctions financières en cas d'inexécution des engagements contractuels pouvaient être prévues librement par le biais de stipulations contractuelles, puisque les décrets d'application de la loi de 1978 ne sont pas applicables - alors que la loi de 1978 (en son article 21) prévoit que ces sanctions seront fixées réglementairement. Peut-on abandonner à la liberté contractuelle (illusoire dans le cas de contrats d'adhésion) la définition de sanctions financières au prorata des sommes restant dues, alors que, selon la loi applicable, le montant de ces sanctions doit être fixé par voie réglementaire ?

En somme, la solution consistant à appliquer la loi de 1978 **sans y inclure les décrets qui la complètent** ne revient-elle pas dévoyer le sens de la loi ? Ne revient-elle pas à contredire le principe même de l'application de cette loi, puisque la loi qui est appliquée est une loi détournée de ses objectifs initiaux ? Tel est le sens de la première question comme de la troisième question, qui lui est subsidiaire. On pourrait fort bien considérer que la loi de 1978 n'est pas applicable.

En outre, si la cour d'appel a proposé ce « compromis » entre l'application de la loi de 1978 et la non-applicabilité des décrets qui la complètent, elle n'a toujours pas réglé le premier problème : la question fondamentale de la contradiction résultant des termes mêmes de l'article 21 de la loi de 1978, qui soumet les sanctions financières (en cas d'inexécution) au pouvoir modérateur du juge en se référant à un article 1152 qui, dans sa version antérieure à 1975 (seule applicable en Nouvelle-Calédonie), exclut au contraire le pouvoir modérateur du juge. Alors, quelle a été l'intention du législateur lorsqu'il a décidé d'étendre à la Nouvelle-Calédonie l'application du texte de 1978, sur lequel vient se greffer l'article 1152 (dans sa version de 1975 ou sa version antérieure) ?

Telle est la problématique posée par la deuxième question, et par la quatrième question, qui lui est subsidiaire. Car si l'on répond (à la deuxième question) que la loi de 1975 est inapplicable, l'article 21 de la loi de 1978 n'a plus aucun sens (ce que cherche à faire dire la quatrième question). Et la seule façon de lui conserver le sens voulu par le législateur est de reconnaître au juge le pouvoir de modérer les clauses pénales, même sans texte, en se fondant sur la volonté du législateur de 1978.

Les deux premières questions sont, à l'évidence, des questions « préparatoire » pour justifier les troisième et quatrième questions, qui posent le problème général de savoir si, lorsque le législateur décide d'appliquer un texte, il décide de l'appliquer dans toutes ses conséquences et donc d'appliquer les textes (même non étendus formellement) dont l'application est induite par la décision d'appliquer le « texte-mère » - et ce, afin de préserver le sens de ce texte-mère en évitant de l'appliquer en contradiction avec l'intention du législateur, ce qui reviendrait à violer la loi.

<sup>70</sup> La doctrine rappelle que « l'article L. 311-3 du code de la consommation pose d'autres exclusions qui sont, elles, de véritables dérogations : certaines opérations de crédit, quoique passées entre professionnels et consommateurs, échappent à l'application des dispositions du code de la consommation : [...] Les crédits dont le montant est supérieur à 14 000 F (article D. 311-1 du code de la consommation) ; le législateur n'a pas voulu protéger les consommateurs fortunés, pour qui le crédit peut être une forme de spéculation », Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2000, p. 376 n° 349. Et la Cour de cassation veille à l'application de ce montant (1<sup>re</sup> Civ., 7 octobre 1998, D. 1998, IR, 247).

En d'autres termes, faut-il appliquer « mécaniquement » le principe de spécialité législative sans s'attacher aux éventuels effets pervers de son application ? Faut-il, au contraire, le combiner avec d'autres principes (ou objectifs) de valeur constitutionnelle, tels que celui de sécurité juridique ? Or précisément, en l'espèce, la sécurité juridique postulerait d'assouplir les exigences formelles du principe de spécialité législative (exigence d'une mention expresse d'applicabilité, de promulgation locale et de publication locale du texte).

## Section 2. - Réponse aux questions

Une chose est certaine, en l'absence de recours à la procédure prévue à l'article 74-1 de la Constitution, et ce point n'est d'ailleurs pas contesté : seul est applicable, en Nouvelle-Calédonie, l'article 1152 du code civil dans sa version antérieure à 1975, qui pose le principe de l'immutabilité des clauses pénales (« *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* »).

Ensuite, peuvent être envisagés deux cas de figure, selon que la loi du 10 janvier 1978 est applicable ou selon que l'on estime qu'elle ne le serait pas.

### § 1 Si l'on part du postulat que la loi du 10 janvier 1978 est applicable, en dépit de la non-applicabilité de ses décrets d'application

La discussion porte sur l'applicabilité des autres textes ici en cause, dont aucun n'a fait l'objet d'une mention d'extension à la Nouvelle-Calédonie, ainsi que l'a constaté l'auteur de la saisine pour avis.

#### a) Sur l'applicabilité des décrets (question n° 1)

La réponse à la première question détermine la réponse à la troisième question, qui lui est subsidiaire.

La question concerne directement :

- le décret n° 78-373 du 17 mars 1978, portant application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (indemnités à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance) ;

- le décret n° 87-344 du 21 mai 1987, modifiant l'article 3 du décret n° 78-373 du 17 mars 1978, pris pour l'application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978.

En outre, la question concerne indirectement :

- le décret n° 97-298 du 27 mars 1997, qui a introduit un article D. 311-13 du code de la consommation contenant la modification du calcul de l'indemnité revenant au prêteur en cas de défaillance du preneur ;

- le décret n° 88-293 du 25 mars 1988, faisant passer le plafond à la somme de 140 000 francs.

**Aucun de ces décrets ne contient de mention d'applicabilité en Nouvelle-Calédonie.** Et il est indifférent que le quatrième décret, n° 88-293 du 25 mars 1988, (à la différence des trois autres) ait été publié au *JONC*, étant rappelé, ainsi que la Cour de cassation l'a affirmé dans une affaire intéressant une autre COM, que : « ... le principe de la spécialité de la législation applicable au territoire de la Polynésie française s'oppose à ce qu'un texte soit de plein droit applicable sur ce territoire, à moins qu'il y ait été déclaré expressément applicable, qu'il ait fait l'objet d'un arrêté de promulgation par le haut-commissaire et qu'il ait été publié au Journal officiel de la Polynésie française » (1<sup>re</sup> Civ., 15 novembre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 345). Ces décrets, faute de mention d'applicabilité, ne sont donc pas applicables en Nouvelle-Calédonie.

#### b) Sur l'applicabilité des lois du 9 juillet 1975 et du 11 octobre 1985 (question n° 2)

La réponse à la deuxième question détermine la réponse à la quatrième question, qui lui est subsidiaire.

La question concerne deux lois qui ne comportent pas de mention expresse d'applicabilité, comme le souligne l'auteur de la saisine. Certes, chacune de ces deux lois porte la mention que « *la présente loi sera exécutée comme loi de l'État* », mais cela ne suffit pas à compenser l'absence de mention expresse d'applicabilité.

Ces textes ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, comme le confirme l'arrêt de la troisième chambre civile du 8 avril 2010, *Bull.* III, 2010, n° 75. Il se déduit de cet arrêt que ne s'applique pas en Nouvelle-Calédonie la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, qui a modifié les articles 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale.

**Dès lors, seule est applicable la version antérieure de l'article 1152 du code civil, qui pose le principe de l'immutabilité des clauses pénales.**

En Nouvelle-Calédonie, le juge ne peut modérer les clauses pénales en se fondant sur l'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil<sup>71</sup>. Mais, **même si la loi ne le prévoit pas, la jurisprudence ne peut-elle conférer un tel pouvoir au juge ?** Telle est, en substance, la question posée par la quatrième question, qui renvoie aux débats qui animaient en France le monde des juristes avant 1975.

#### c) Sur les deux dernières questions (questions n° 3 et 4)

Il convient de raisonner à partir de la quatrième question, qui est centrale, en ce qu'elle pose la question de la portée de l'applicabilité (formellement) proclamée de la loi de 1978.

**1° Sur la quatrième question :** la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, « *relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit* », étant applicable, le juge déduit des

<sup>71</sup> Article 1152, alinéa 2 : « *Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

articles 19, 20 et 21 de la loi du 10 janvier 1978, qui précisent, « *sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil* », que « **le renvoi aux dispositions de l'article 1152 du code civil doit s'entendre du pouvoir donné au juge de modérer le montant de la clause pénale** ».

Ainsi que cela a été indiqué plus haut, une fois posé le principe de l'applicabilité de la loi de 1978, on ne cesse de faire le constat des limites de cette applicabilité : les décrets qui en définissent le périmètre (opérations portant sur 100 000 F, puis 140 000 F maximum) et qui encadrent les sanctions financières ne sont pas applicables. Et même si la loi de 1978 renvoie à l'article 1152, ce ne serait que pour rappeler au juge qu'il n'a aucune marge de manœuvre par rapport aux clauses pénales, ce qui contredit l'intention du législateur de 1978. Les limites ainsi posées remettent en cause l'économie générale du texte et son effectivité, surtout lorsqu'il s'agit de donner des garanties aux débiteurs malheureux.

Dès lors, puisque la loi de 1978 s'applique et puisqu'elle instaure des sanctions financières, tout en prévoyant, dans son article 21, que, si le prêteur est en droit d'exiger une indemnité en fonction de la durée du contrat restant à courir, c'est, d'une part, « *sans préjudice de l'application de l'article 1152* » et c'est, d'autre part, sous la seconde condition que cette sanction soit « *fixée suivant un barème fixé par décret* », il convient de tirer toutes les conséquences de l'application du texte de 1978.

Il faut donc résoudre une contradiction : certes, les décrets ne s'appliquent pas (la réponse à la première question dicte la réponse à la question 3), mais, en outre, la loi de 1978, qui renvoie au pouvoir modérateur du juge, renverrait, dans le cas néo-calédonien, à un article qui prévoit au contraire que le juge n'a aucun pouvoir modérateur des clauses pénales (la réponse à la question 2 dicte la réponse à la question 4).

Pour répondre à la question n° 4, trois options sont possibles :

- **option n° 1 : privilégier le principe de spécialité législative**, en ignorant ce que fut l'intention véritable du législateur de 1978, qui était d'admettre les clauses pénales tout en les encadrant et en donnant au juge la mission de les modérer ;

- **option n° 2 : au contraire de la précédente, faire prévaloir l'intention du législateur, qui était d'étendre le nouveau régime à la Nouvelle-Calédonie**, en faisant primer la force normative de la loi sur le principe constitutionnel, c'est-à-dire en étendant tous les textes nécessaires à la pleine applicabilité de la loi du 10 janvier 1978. Le risque est d'exposer cette solution à un contrôle de constitutionnalité (QPC) ; enfin,

- **option n° 3 : la dernière option, opérant la synthèse des deux précédentes, consisterait à tirer toutes les conséquences du principe de spécialité législative (première option), tout en invitant le juge à modifier sa jurisprudence relative à l'article 1152 dans son ancienne version (ce que la Cour de cassation s'était refusé à faire avant 1975), afin néanmoins d'opérer un contrôle sur l'application de la clause pénale. En somme, dire que le renvoi par la loi de 1978 aux dispositions de l'article 1152 du code civil doit s'entendre du pouvoir donné au juge de modérer le montant de la clause pénale, quand bien même la loi de 1975 ne serait pas applicable.**

Cette dernière solution permettrait de contourner la difficulté née de ce qu'il ne résulte pas des lois n° 85-1097 du 11 octobre 1985 et n° 75-597 du 9 juillet 1975 que le législateur a étendu les nouvelles dispositions de l'article 1152 du code civil à la Nouvelle-Calédonie, faute pour ces deux textes de mention expresse d'applicabilité.

**2° Enfin, sur la troisième question :** faut-il considérer que les parties peuvent fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum ?

La réponse par l'affirmative à cette question, laquelle conforterait la jurisprudence locale, s'avèrerait moins choquante si le juge se voyait reconnaître le droit de modérer les clauses pénales (option n° 3, ci-dessus).

**C'est vers cette solution que l'on pourrait s'orienter.**

**§ 2 Si l'on part du postulat que la loi du 10 janvier 1978 n'est pas applicable en raison de la non-applicabilité de ses décrets d'application**

La réponse proposée contredit la jurisprudence de la cour d'appel de Nouméa.

En ce cas, la réponse est inchangée sur les deux premières questions.

En revanche, la réponse est radicalement différente sur les troisième et quatrième questions :

- la réponse à la troisième affirmerait que la loi de 1978 n'étant pas applicable, pas plus que les décrets d'application, elle renverrait à la liberté contractuelle pour stipuler des sanctions ;

- et la réponse à quatrième question opèrerait la synthèse des trois précédentes questions en ajoutant que le juge ne peut modérer les clauses pénales, en faisant ainsi ressortir tout l'archaïsme du système juridique applicable.

## CONCLUSION

En Nouvelle-Calédonie, demeurent d'actualité les commentaires du professeur Chabas<sup>72</sup>, qui, rappelant l'état du droit antérieur à la loi de 1975, soulignait : « *Le principe de l'immutabilité de la clause pénale a été parfaitement résumé par la Cour de cassation dans la formule qu'a utilisée la chambre commerciale le 2 novembre 1967 (Bull. 1967, IV, n° 351) : « Vu l'article 1152 du code civil : attendu qu'il résulte de cet article que la convention légalement formée portant que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine*

<sup>72</sup> François Chabas, « La réforme de la clause pénale », Dalloz 1976, chronique, p. 229 et suiv.

somme à titre de dommages-intérêts tenant lieu de loi à ceux qui l'ont faite, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». *C'était souligner la complémentarité parfaite de l'article 1152 et de l'article 1134.*

*Ce principe s'est maintenu depuis l'entrée en vigueur du code civil jusqu'à nos jours (cf. Com., 16 décembre 1975, JCP 1976, II, 18248, note A.S.). Il n'est pourtant pas traditionnel dans notre droit, ni à en juger par le droit comparé, communément admis en Europe.*

*L'interdiction faite au juge de modifier une clause pénale n'était pas absolue en droit romain ; au Moyen Âge, les avis de la doctrine ont été fort partagés<sup>73</sup> ; et l'inspireur direct du code civil, Pothier, avait admis que le juge pouvait réduire la peine lorsqu'elle était excessive, tout en posant, dans certains domaines très particuliers, le principe de l'intangibilité de la peine.*

*L'avant-projet du code civil disposait pour sa part : « Le juge peut modérer la peine stipulée si elle excède évidemment le dommage effectif ». Cependant, à la suite des observations des cours et tribunaux, les rédacteurs du code civil adoptèrent la règle préconisée par Cambacérés dans son propre avant-projet et c'est ainsi que fut voté l'article 1152, qui proclame l'immutabilité de la clause pénale.*

**Ce texte, pourtant, aurait pu, avec une interprétation déformante, se voir reconnaître un autre sens : c'est ainsi que la jurisprudence belge estime qu'une clause pénale qui conférerait au créancier un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat serait contraire à l'ordre public (J. Foyer, Exposé des motifs, JO, annexes, Assemblée nationale 1975, n° 1365) et que, dans un arrêt du 17 avril 1970, la Cour de cassation belge a jugé nulle une clause prévoyant une peine excédant le dommage subi par le créancier (Thyraud, Rapport au Sénat, JO annexes, Sénat 1975, n° 386). En cela, la jurisprudence belge se rapprochait de la plupart des systèmes européens.**

*L'exposé des motifs de la proposition Foyer donne une liste impressionnante de pays où la clause pénale peut être réduite par le juge lorsqu'elle est excessive. Ainsi en est-il des droits italien (article 1384 du code civil), suisse (article 163 du code fédéral des obligations), anglais et du droit civil allemand (§ 343 du B.G.B.), alors que le droit commercial allemand (§ 348 du H.G.B.) connaît une règle différente. **C'est dire l'isolement dans lequel se trouvait le droit français...** ».*

En 1975, à la veille de cette réforme, le droit français se trouvait « isolé ». Ces lignes, écrites il y a trente-cinq ans, soulignent *a fortiori* dans quel « état d'isolement » se trouve, aujourd'hui, le droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie.

Au terme de ce rapport, et dans un but d'exhaustivité, on peut observer qu'en Nouvelle-Calédonie, ne s'applique pas la Directive européenne 93/13/CE, du 5 avril 1993, sur les clauses abusives, la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 n'ayant pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie.

La solution qui consisterait à se prononcer favorablement pour l'extension de l'application à la Nouvelle-Calédonie des décrets d'application de la loi de 1978 et des lois de 1975 et 1985 se heurterait à une jurisprudence récente<sup>74</sup> et méconnaîtrait les exigences procédurales qui entourent l'extension de l'application d'un texte à une collectivité d'Outre-mer<sup>75</sup>. Aussi, sauf à les déclarer irrecevables, il sera répondu par la négative aux deux premières questions.

Ensuite s'ouvre un choix :

**- première option (voir projet n°1) : si l'on considère que la loi de 1978 est applicable, en dépit du fait que les décrets d'application de cette loi ne le sont pas, il convient de répondre à la troisième question que « Les décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 n'étant pas applicables à la Nouvelle-Calédonie, en l'absence de mention expresse d'applicabilité de ces textes audit territoire, les parties au contrat de location avec option d'achat peuvent librement stipuler une indemnité contractuelle, non soumise pour son montant aux plafonds réglementaires, [tout en prévoyant d'un commun accord d'investir le juge du pouvoir d'en modérer le montant lorsqu'il apparaît manifestement excessif] ».**

Cette réponse fait ressortir le déséquilibre auquel on aboutit avec la possibilité offerte aux organismes de crédit de stipuler librement, sans maximum réglementaire, des sanctions financières, sans aucun moyen de les modérer. Certes, rien n'interdit aux parties, sur le fondement de la liberté contractuelle, de soumettre leurs conventions à des normes inspirées par les textes applicables en France métropolitaine, et donc de limiter les montants, voire de stipuler la possibilité pour le juge de modérer les clauses pénales. Mais le déséquilibre inhérent à tout contrat d'adhésion rend cette faculté quelque peu illusoire. Aussi, une réponse positive à la troisième question conduit à rechercher dans la réponse à la quatrième question une solution de compromis permettant de rééquilibrer les relations entre les deux parties contractantes.

**Dès lors, s'agissant de la quatrième question, il pourrait être répondu que « La loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, étant applicable en Nouvelle-Calédonie, le renvoi de l'article 21 de cette loi à l'article 1152 du code civil s'entend non de l'application de l'article 1152 du code civil tel que modifié par les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985, qui n'ont pas été rendues applicables en Nouvelle-Calédonie, mais du pouvoir dont dispose le juge, même sans texte, de veiller à l'équilibre contractuel comme au respect des principes d'ordre public, et, à ce titre, [d'un pouvoir général] de modérer les clauses pénales ».**

<sup>73</sup> Cf. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, édit. Salmon, chapitre 42, n° 1301 et s., cité par G. Hubrecht, « La révisibilité judiciaire des clauses pénales », *Gaz. Pal.* 1976, 1, 64. Pour Beaumanoir, une clause pénale exagérée est contraire à la prohibition de l'usure.

<sup>74</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010 *Bull.* 2010, III, n° 75 (rejet).

<sup>75</sup> 1<sup>er</sup> Civ., 15 novembre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 345, et 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-18.391 (rejet).

C'est à notre sens le moyen, sans méconnaître le principe de spécialité législative, de ne pas perpétuer une situation qui, à l'instar de celle antérieure à 1975 décrite plus haut, s'avère particulièrement inadaptée aux nécessités économiques de la Nouvelle-Calédonie.

- **deuxième option (voir projet n° 2) : si l'on considère que, du fait de l'inapplicabilité des décrets, la loi de 1978 ne peut être considérée comme applicable**, il convient en ce cas de souligner la non-applicabilité de la loi de 1978, tant dans la réponse à la troisième que dans la réponse à la quatrième question, en répondant d'abord que les sanctions financières sont stipulées librement, et, ensuite, que rien ne permet au juge, en l'état du droit applicable, de modérer les clauses pénales.

## ANNEXES

### Bibliographie

*Rapport annuel de la Cour de cassation 1972-1973*

Bruno Boccara, « La liquidation de la clause pénale et la question séculaire de l'article 1231 du code civil », *JCP* 1970, I, 2294

Elie Alfandari, « Le contrôle des clauses pénales par le juge », *JCP* 1971, I, 2395

François Chabas, « La réforme de la clause pénale », *Dalloz* 1976, chronique, p. 229 et suiv.

Gérard Orfila, *La Nouvelle-Calédonie et le Droit. Regards sur l'applicabilité du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1998, 293 p.

Gérard Orfila, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000, 148 p.

Y. Brard, « Identité ou spécialité législative », in *L'Outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*, La Documentation française, 2004

Alain Christnacht, *La Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 2004, 174 p.

J.-Y. Faberon, Ziller J., *Droit des collectivités d'Outre-mer*, LGDJ, 2007

Jean-Yves Faberon, « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *Revue du droit public et de la science politique*, n° 1/1999, p. 117 s.

François Garde, *Les Institutions de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, 2000, 354 p.

Régis Lafargue, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, coll. Droit et société, 2010, Paris, 430 p.

**Site de la banque de données juridiques : [www.juridoc.gouv.nc](http://www.juridoc.gouv.nc)**

### Textes cités

#### Textes réglementaires :

- décret n° 78-373 du 17 mars 1978, portant application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (indemnités à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance) ;

- décret n° 87-344 du 21 mai 1987, modifiant l'article 3 du décret n° 78-373 du 17 mars 1978, pris pour l'application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 ;

#### Textes législatifs :

- loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit ;

- loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dans sa version abrogée au 27 juillet 1993 ;

- loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle Calédonie ;

- loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985, relative à la clause pénale et au règlement des dettes ;

- loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale ;

### Avis et jurisprudence

- 3<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010 *Bull.* 2010, III, n° 75 (rejet) ;

- Crim., 30 juin 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 139 ;

- Avis, 15 janvier 2007, *Bull. crim.* 2007, Avis, n° 1 ;

- Avis, 16 décembre 2005, *Bull.* 2005, Avis, n° 9 ;

- 1<sup>re</sup> Civ., 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-18.391 (rejet) : « la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000, relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie, en l'absence de disposition expresse le prévoyant » ;

- CA Nouméa, 12 février 2004 n° 03/124, BNP c/ X... ;

- 1<sup>re</sup> Civ., 15 novembre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 345 : « ... le principe de la spécialité de la législation applicable au territoire de la Polynésie française s'oppose à ce qu'un texte soit de plein droit applicable sur ce territoire, à moins qu'il y ait été déclaré expressément applicable, qu'il ait fait l'objet d'un arrêté de promulgation par le

*haut-commissaire et qu'il ait été publié au Journal officiel de la Polynésie française ; que l'article 38 du décret n° 72-468 du 9 juin 1972 n'a pas été déclaré applicable au territoire de la Polynésie française par l'article premier du décret n° 74-152 du 20 février 1974, relatif à la profession d'avocat dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française [...], et que c'est à bon droit que la cour d'appel a estimé que la modification apportée à l'article 82 du décret du 9 juin 1972, article applicable sur le territoire de la Polynésie française, par le décret n° 83-210 du 17 mars 1983 ne peut être utilement invoquée, faute de promulgation et de publication de ce dernier texte dans le territoire de la Polynésie française ».*

**Assemblée plénière, 2 juin 2000, Bull. 2000, Ass. plén., n° 4 (rejet)**

**CONVENTIONS INTERNATIONALES**

Principes généraux. - Autorité des conventions. - Autorité supérieure à la loi interne. - Conditions. - Accord contraire à une disposition de valeur constitutionnelle (non).

La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté.

- Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu que Mlle X... fait grief au jugement attaqué (tribunal de première instance de Nouméa, 3 mai 1999) d'avoir rejeté sa requête tendant à l'annulation de la décision de la commission administrative de Nouméa ayant refusé son inscription sur la liste, prévue à l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, des électeurs admis à participer à l'élection du congrès et des assemblées de province et d'avoir refusé son inscription sur ladite liste, alors, selon le moyen :

1° que le jugement refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité de l'article 188 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie au regard des articles 2 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et F (devenu 6) du Traité de l'Union européenne du 7 février 1992, l'article 188 étant contraire à ces normes internationales en tant qu'il exige d'un citoyen de la République française un domicile de dix ans pour participer à l'élection des membres d'une assemblée d'une collectivité de la République française ;

2° qu'il appartenait subsidiairement au tribunal de demander à la Cour de justice des Communautés européennes de se prononcer à titre préjudiciel sur la compatibilité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 avec l'article 6 du Traité de l'Union européenne ;

Mais attendu, d'abord, que le droit de Mlle X... à être inscrite sur les listes électorales pour les élections en cause n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire ;

Attendu, ensuite, que l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 a valeur constitutionnelle en ce que, déterminant les conditions de participation à l'élection du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie et prévoyant la nécessité de justifier d'un domicile dans ce territoire depuis dix ans à la date du scrutin, il reprend les termes du paragraphe 2.2.1 des orientations de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution ; **que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté ;**

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

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen, auquel Mlle X... a déclaré renoncer :

REJETTE le pourvoi. »

M. Canivet, P. Pt. - M. Chagny, Rap., assisté de Mme Curriel-Malville, auditeur. - M. Joinet, P. Av. Gén.

À RAPPROCHER :

- Chambre mixte, 24 mai 1975, *Bull.* 1975, ch. mixte, n°4, p. 6 (rejet) ;

- Assemblée plénière, 21 décembre 1990, *Bull.* 1990, Ass. plén., n° 12 (rejet).

**Conseil d'État, première sous-section, section du contentieux, 30 octobre 1998, requête n° 200286/200287**

**M. X... et autres**

Séance du 30 octobre 1998

Vu 1°, sous le n° 200/286, la requête, enregistrée le 7 octobre 1998 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée par M. Claude Y..., demeurant (...) à Nouméa (98800) ; M. Y... demande au Conseil d'État :

- d'annuler le décret en date du 20 août 1998 portant organisation de la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie prévue par l'article 76 de la Constitution ;

- de décider qu'il sera sursis à l'exécution de ce décret ;



- d'enjoindre à l'État, sous astreinte de 1 000 000 F par jour de retard, de procéder à la rectification de la liste électorale et à sa publication avant le 29 octobre 1998 ;

....

Vu 2°, sous le n°200/287, la requête, enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 7 octobre 1998, présentée par (...) ; M. X... et les autres requérants demandent au Conseil d'État :

- d'annuler le décret en date du 20 août 1998 portant organisation de la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie prévue par l'article 76 de la Constitution ;

- de décider qu'il sera sursis à l'exécution de ce décret ;

- d'enjoindre à l'État, sous astreinte de 1 000 000 F par jour de retard, de procéder à la rectification de la liste électorale et à sa publication avant le 29 octobre 1998 ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la Constitution modifiée, notamment, par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 ;

Vu l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ;

Vu la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble le Protocole additionnel n°1 à cette convention ;

Vu le code civil ;

Vu le code électoral ;

Vu le nouveau code de procédure civile ;

Vu la loi n°88-1028 du 9 novembre 1988 ;

Vu la loi n°80-539 du 16 juillet 1980 modifiée, notamment, par la loi n°95-125 du 8 février 1995 ;

Vu l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n°53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de Mme Prada Bordenave, maître des requêtes,

- les conclusions de Mme Maugüé, commissaire du gouvernement ;

Considérant que la requête de M. Claude Y... et celle de M. François X..., et des autres personnes dont il est le mandataire unique, sont dirigées contre un même décret ; qu'il y a lieu de les joindre pour qu'il soit statué par une même décision ;

Sur les interventions de l'Association de défense du droit de vote et de Mme Z... et autres :

Considérant que l'Association de défense du droit de vote ainsi que Mme Z... et les autres personnes dont elle est le mandataire ont intérêt à l'annulation du décret attaqué ; qu'ainsi, leurs interventions sont recevables ;

Sur les conclusions à fin d'annulation du décret attaqué :

Considérant que l'article 76 de la Constitution, dans la rédaction qui lui a été donnée par l'article 2 de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, énonce, dans son premier alinéa, que « *Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 et publié le 27 mai 1998 au Journal officiel de la République française* » ; qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 76, « *Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n°88-1028 du 9 novembre 1988* » ; qu'enfin, aux termes du troisième alinéa de l'article 76, « *Les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin sont prises par décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres* » ; que le décret du 20 juillet 1998 a été pris sur le fondement de ces dernières dispositions ;

En ce qui concerne les moyens de légalité externe :

Quant au défaut de consultation du Conseil constitutionnel :

Considérant que, selon l'article 60 de la Constitution, « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats* » ; qu'à ce titre, il doit notamment, comme le prescrit l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique, être « *consulté par le gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum* » ; qu'en vertu de l'article 3 de la Constitution, « *la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* » ;

Considérant qu'il ressort de ces dispositions que seuls les référendums par lesquels le peuple français exerce sa souveraineté, soit en matière législative, dans les cas prévus par l'article 11 de la Constitution, soit en matière constitutionnelle, comme le prévoit l'article 89, sont soumis au contrôle du Conseil constitutionnel ;

Considérant qu'il suit de là que le décret attaqué, dont l'objet est limité à l'organisation d'une consultation des populations intéressées de Nouvelle-Calédonie, n'avait pas à être précédé de l'intervention du Conseil constitutionnel, alors même que ladite consultation trouve son fondement dans des dispositions de valeur constitutionnelle ;

Quant au défaut de consultation du congrès du territoire :

Considérant que, selon le deuxième alinéa de l'article 74 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, « *Les statuts des territoires d'Outre-mer sont fixés par des lois organiques*

qui définissent, notamment, les compétences de leurs institutions propres et modifiés, dans la même forme, après consultation de l'assemblée territoriale intéressée » ; que le troisième alinéa du même article dispose que « Les autres modalités de leur organisation particulière sont définies et modifiées par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée » ;

Considérant que la fixation, par voie de décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres, des mesures de nature réglementaire nécessaires à l'organisation du scrutin prévu par l'article 76 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, n'entre pas dans le champ des prévisions des dispositions susmentionnées de l'article 74 de la Constitution ; qu'en conséquence, l'avis du congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie n'était pas requis préalablement à l'intervention du décret attaqué ;

En ce qui concerne les moyens de légalité interne :

Quant aux moyens dirigés contre les articles 3 et 8 du décret attaqué :

Considérant que l'article 3 du décret du 20 août 1998 dispose que « Conformément à l'article 76 de la Constitution et à l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988 [...], sont admis à participer à la consultation du 8 novembre 1998 les électeurs inscrits à cette date sur les listes électorales du territoire et qui ont leur domicile en Nouvelle-Calédonie depuis le 6 novembre 1988 » ; qu'il est spécifié que « Sont réputées avoir leur domicile en Nouvelle-Calédonie, alors même qu'elles accomplissent le service national ou poursuivent un cycle d'études ou de formation continue hors du territoire, les personnes qui avaient antérieurement leur domicile dans le territoire » ; que l'article 8 du décret précise, dans son premier alinéa, que la commission administrative chargée de l'établissement de la liste des personnes admises à participer à la consultation inscrit sur cette liste les électeurs remplissant, à la date de la consultation, la condition de domicile exigée par l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988 ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le deuxième alinéa de l'article 76 de la Constitution dispose que « Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 » ; que ce dernier article exige que les intéressés soient domiciliés en Nouvelle-Calédonie depuis le 6 novembre 1988, sous réserve des exceptions qu'il énumère dans son second alinéa et qui sont reprises par l'article 3 du décret attaqué ; qu'ainsi, les articles 3 et 8 dudit décret, loin de méconnaître l'article 76 de la Constitution, en ont fait une exacte application ;

**Considérant que l'article 76 de la Constitution ayant entendu déroger aux autres normes de valeur constitutionnelle relatives au droit de suffrage, le moyen tiré de ce que les dispositions contestées du décret attaqué seraient contraires aux articles premier et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à laquelle renvoie le préambule de la Constitution, ou à l'article 3 de la Constitution ne peut qu'être écarté ;**

Considérant que si l'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que le décret attaqué, en ce qu'il méconnaîtrait les stipulations d'engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre interne, serait par là même contraire à l'article 55 de la Constitution ne peut lui aussi qu'être écarté ;

**Considérant que si les requérants invitent le Conseil d'État à faire prévaloir les stipulations des articles 2, 25 et 26 du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à cette Convention sur les dispositions de l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988, un tel moyen ne peut qu'être écarté dès lors que, par l'effet du renvoi opéré par l'article 76 de la Constitution aux dispositions dudit article 2, ces dernières ont elles-mêmes valeur constitutionnelle ;**

Considérant enfin que, dans la mesure où les articles 3 et 8 du décret attaqué ont fait une exacte application des dispositions constitutionnelles qu'il incombe à l'auteur de ce décret de mettre en œuvre, ne sauraient être utilement invoquées à leur encontre ni une méconnaissance des dispositions du code civil relatives aux effets de l'acquisition de la nationalité française et de la majorité civile, ni une violation des dispositions du code électoral relatives aux conditions d'inscription d'un électeur sur une liste électorale dans une commune déterminée ;

Quant aux moyens dirigés contre l'article 13 du décret attaqué :

Considérant que l'article 13 du décret attaqué rend applicables à la contestation de l'établissement de la liste des personnes habilitées à participer au scrutin du 8 novembre 1998 les dispositions du code électoral relatives aux voies de recours ouvertes en cas de révision annuelle des listes électorales, moyennant un agencement particulier des délais ;

Considérant qu'il résulte du rapprochement des dispositions de l'article 13 du décret attaqué et des autres dispositions de ce décret que la commission administrative d'inscription créée auprès de chaque bureau de vote et présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire ne peut refuser d'inscrire un électeur sur la liste des personnes admises à participer à la consultation sans avoir mis l'intéressé à même de présenter ses observations ; qu'il y a lieu de relever également que la consultation des populations intéressées vise un corps électoral défini dans son principe par l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988 ; que, comme le prévoit l'article R. 15-2 du code électoral, dont l'application est prescrite par le décret attaqué, le pourvoi en cassation contre le jugement du tribunal de première instance peut être formé par une déclaration orale ou écrite que la partie ou tout mandataire a la faculté d'adresser au secrétariat-greffe de ce tribunal ; qu'enfin, le décret attaqué ne

fait pas obstacle à ce que puissent recevoir application les dispositions du deuxième alinéa de l'article 47 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'État, qui permettent, en l'espèce, de présenter la requête d'appel au secrétariat-greffe du tribunal administratif ;

Considérant qu'eu égard à ces divers éléments et compte tenu de la nature des contestations susceptibles d'être portées devant les juridictions compétentes, les délais de saisine de ces juridictions fixées par le décret attaqué n'ont pas, nonobstant leur brièveté, porté atteinte au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, conformément aux principes généraux du droit ;

Considérant qu'en raison de la nature des questions soumises au tribunal de première instance, le délai de cinq jours qui lui est imparti pour statuer ne contrevient pas, par lui-même, au principe du caractère contradictoire de la procédure ;

Considérant que les contestations des requérants, relatives à l'inscription sur la liste des personnes admises à participer au scrutin, portent sur l'exercice de droits politiques, et non sur des droits et obligations de caractère civil au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, par suite, le moyen tiré de la violation des stipulations de l'article 6 §1 de cette Convention ne peut qu'être écarté ;

Considérant que les règles fixées par le décret attaqué sont distinctes des règles applicables à l'inscription sur la liste électorale d'une commune en dehors des périodes de révision ; que, dès lors, le moyen tiré de la violation des dispositions du code électoral applicables à cette dernière procédure, et notamment de celles de son article L. 35 sur le délai du recours en cassation, est inopérant à l'encontre du décret attaqué ;

Considérant que l'institution, en matière de procédure, d'un délai de distance pour saisir une juridiction applicable aux requérants domiciliés en dehors de la France métropolitaine ne procède pas d'un principe général du droit, dont le respect s'imposerait au pouvoir réglementaire, même en l'absence de texte ; que si l'article 643 du nouveau code de procédure civile annexé au décret en Conseil d'État du 5 décembre 1975 a institué un semblable délai, son application est, en tout état de cause, exclue en matière d'élections, en vertu de l'article 645 du code, sauf disposition expresse le prévoyant ; que, dans ces conditions, le décret attaqué, en s'abstenant de prévoir un tel délai, n'est pas entaché d'illégalité ;

Considérant que, de l'ensemble de ce qui précède, il résulte que les conclusions tendant à l'annulation du décret doivent être rejetées ;

Sur les conclusions aux fins de sursis à exécution :

Considérant qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions aux fins de sursis à exécution ;

Sur les conclusions tendant à ce que le Conseil d'État prononce une injonction assortie d'une astreinte :

Considérant que ces conclusions doivent être rejetées, par voie de conséquence du rejet des conclusions aux fins d'annulation ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article 75-I de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 :

Considérant que les dispositions de l'article 75-I de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 font obstacle à ce que l'État, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, soit condamné à verser aux requérants les sommes qu'ils réclament au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

#### **DÉCIDE :**

Article 1 : Les interventions de l'association de défense du droit de vote et de Mme Z... et autres sont admises.

Article 2 : Les requêtes de M. Y... et de M. X... et autres sont rejetées.

# Observations de M. Pagès

## Avocat général

Par décision avant dire droit en date du 30 août 2010, le tribunal de première instance de Nouméa a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

### Les faits et la procédure

M. Z... et Mme Stéphanie Y..., pour financer l'acquisition d'un véhicule automobile, ont souscrit, le 24 août 2007, auprès de la société GE Financement Pacifique SAS, un contrat de location avec option d'achat prévoyant des remboursements en soixante et une mensualités.

À la suite de plusieurs échéances impayées et d'une mise en demeure infructueuse, la société GE Financement Pacifique SAS a assigné, par acte d'huissier délivré le 4 août 2009, M. Z... et Mme Stéphanie Y... devant le tribunal de première instance de Nouméa pour obtenir leur condamnation au paiement des échéances impayées, mais aussi d'une indemnité correspondant à l'actualisation des loyers ainsi qu'une majoration de 8 % sur les échéances impayées.

M. Z... et Mme Stéphanie Y... n'ont jamais comparu ni conclu à aucun stade de la procédure.

Par jugement avant dire droit du 18 janvier 2010, le tribunal a relevé que le prêteur se prévalait d'une disposition contractuelle faisant application des dispositions du nouvel article D. 311-13 du code de la consommation et du décret n° 87-344 du 21 mai 1987, dispositions qui n'ont pas été rendues applicables en Nouvelle-Calédonie. Il s'est alors interrogé sur le droit pour le prêteur de solliciter une indemnité de résiliation sur le fondement d'un tel décret et du droit même à bénéficier d'une indemnité, à défaut de fixation du montant de celle-ci par la promulgation d'un barème réglementaire. Par ailleurs, concernant l'application de l'article 1152 du code civil, dans sa rédaction issue des lois n° 85-1097 du 11 octobre 1985 et n° 75-597 du 9 juillet 1975, le tribunal a évoqué la possibilité pour le juge néo-calédonien de disposer du pouvoir de modérer les clauses pénales comme de les augmenter, y compris d'office. En conséquence, le tribunal a révoqué l'ordonnance de clôture, rouvert les débats et renvoyé l'affaire à l'audience du 22 février 2010, à l'effet de permettre aux parties de conclure sur les points de droit soulevés par le tribunal sur la légalité des indemnités demandées par le prêteur et leur éventuelle réduction en application de l'article 1152 du code civil.

Après un nouveau renvoi au 26 avril 2010, par jugement du 30 août 2010, au visa des articles L. 441-1 et 441-3 du code de l'organisation judiciaire, 21 III 4° et 6-2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, 6 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le tribunal a sollicité l'avis de la Cour de cassation.

### La demande d'avis

Exprimée sous forme de quatre questions distinctes, elle est formalisée en les termes suivants :

*« 1° Les décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 sont-ils des dispositions réglementaires qui, en raison de leur objet, nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République par application combinée de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont applicables à la Nouvelle-Calédonie ?*

*2° Les lois n° 85-1097 du 11 octobre 1985 et n° 75-597 du 9 juillet 1975, en ce qu'elles ont modifié l'article 1152 du code civil, sont-elles des dispositions législatives qui, en raison de leur objet, nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République par application combinée de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont applicables à la Nouvelle-Calédonie ?*

*3° À défaut d'application des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 à la Nouvelle-Calédonie en l'absence d'une mention d'application expresse de ces textes à la Nouvelle-Calédonie, les parties au contrat de location avec option d'achat sont-elles en droit de fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire ?*

*4° Le renvoi par l'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, à l'application de l'article 1152 du code civil s'entend-il de l'application à la Nouvelle-Calédonie de l'article 1152 du code civil, modifié par la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 ? »*

### La poursuite d'un double objectif

Cette demande, complexe dans son expression mais cohérente dans sa finalité, vise à obtenir de la Cour de cassation une réponse dont l'auteur de notre saisine attend un double effet.

#### 1. Définir le régime applicable du crédit à la consommation en Nouvelle-Calédonie

Si la loi du 10 janvier 1978, qui prévoit le principe d'une indemnité de résiliation, est bien applicable en Nouvelle-Calédonie, ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Nouméa dans un arrêt rendu le 12 février 2004, n° 03/124, BNP c/X..., l'application des deux décrets qui déterminent les modes de calcul de cette indemnité n'a pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie. En conséquence, faut-il appliquer strictement le principe de spécialité législative qui régit les institutions néo-calédoniennes et introduire de ce fait une discrimination

au sein d'une collectivité soumise à la souveraineté de la République, au mépris des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? Et si les textes réglementaires qui encadrent les sanctions financières introduites par la loi du 10 janvier 1978 ne sont pas applicables, le principe même du droit à indemnité consenti par la loi au prêteur peut-il être invoqué ?

Dans le même esprit, l'absence d'extension en Nouvelle-Calédonie des lois du 11 octobre 1985 et 7 juillet 1975 modifiant l'article 1152 du code civil a-t-elle pour conséquence de priver le juge néo-calédonien du pouvoir de révision de la clause pénale dont dispose le juge métropolitain ? Ne peut-on déduire du renvoi, par les articles 19, 20 et 21 de la loi d'ordre public du 10 janvier 1978 (article 22), aux dispositions de l'article 1152 du code civil que le législateur a ainsi manifesté sa volonté d'étendre à la Nouvelle-Calédonie le pouvoir d'augmenter ou de diminuer les clauses pénales, même d'office ?

Les questions posées, relatives tant à l'encadrement des clauses pénales, qui constitue l'innovation de la loi du 10 janvier 1978 avec les décrets du 17 mars 1978 et du 21 mai 1987, qu'à la possibilité pour le juge de réviser celles-ci sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil issu des lois du 11 octobre 1985 et 7 juillet 1975, sont donc bien liées et une réponse positive aux deux premières questions modifierait substantiellement le droit du crédit à la consommation en Nouvelle-Calédonie.

## **2. Mettre un terme au différend qui oppose, en Nouvelle-Calédonie, la juridiction de première instance à la cour d'appel de Nouméa**

La décision de saisine du 30 août 2010 fait directement allusion aux divergences locales soulignées par le rapport du conseiller Monge dans le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 4 août 2008, qui a donné lieu à l'arrêt de la troisième chambre civile du 8 avril 2010 (*Bull.* 2010, III, n° 75).

Le conseiller rapporteur écrivait : « *En Nouvelle-Calédonie, les juges du fond ne semblent pas parfaitement d'accord entre eux sur la question du pouvoir modérateur du juge. Il apparaît, en effet, au travers des décisions de la cour d'appel de Nouméa, que la chambre commerciale de cette cour ait une approche analogue à celle qui était celle de la Cour de cassation avant 1975, en refusant de modérer la clause pénale pour la seule raison qu'elle serait manifestement excessive (CA Nouméa, 4 janvier 2007) ou lorsque une clause pénale lui apparaît fixée par les parties en fonction du degré d'inexécution de l'obligation de remboursement d'un prêt (CA Nouméa, 15 septembre 2008), mais consentant à le faire en application de l'article 1231 du code civil, dans sa rédaction applicable en Nouvelle-Calédonie, dès lors que l'obligation principale a été partiellement exécutée et qu'aucune clause contractuelle n'a prévu que l'indemnité contractuelle fixée dans le contrat pût être réduite (CA Nouméa, 7 août 2008).*

*D'autres magistrats, appartenant notamment aux tribunaux d'instance, voient au travers des dispositions de la loi d'ordre public sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978, qui renvoient à l'article 1152 du code civil, une volonté du législateur d'étendre les nouvelles dispositions de l'article 1152 du code civil à la Nouvelle-Calédonie. Certains fondent des espoirs sur l'article 18 de la loi organique du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie qui, en introduisant l'article 6-2 dans la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, prévoit l'application dans cette collectivité d'Outre-mer, dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, des dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin, mais également l'application de plein droit "de toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République", en s'interrogeant sur l'application de plein droit qui pourrait en découler, notamment, des articles 1152 et 1231 du code civil dans leur dernière rédaction ».*

C'est l'objet même de la présente demande d'avis.

Contrairement à l'usage qui commande d'examiner d'abord la recevabilité de la demande d'avis, le statut *sui generis* de la Nouvelle-Calédonie incite à rappeler préalablement les caractéristiques de cette collectivité d'Outre-mer sous l'angle de son évolution institutionnelle déterminée par la loi organique du 19 mars 1999 et du principe de spécialité législative

Par souci de concision, ne seront évoquées que les évolutions récentes issues de l'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998, puisque c'est celui-ci qui crée la spécificité de la Nouvelle-Calédonie et dispose de son avenir.

### **Un statut spécifique**

L'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998 prévoit, dans le domaine législatif, que « *le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif et irréversible* ». Cet accord politique a été transcrit juridiquement par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, qui a inséré dans la Constitution un titre XIII, intitulé « *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie* », qui comprend deux articles 76 et 77, et par la loi organique du 19 mars 1999.

Il est prévu que le transfert progressif des compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie s'effectuera selon un échéancier déterminé<sup>1</sup> ; quant aux compétences de souveraineté, elles pourront être transférées entre 2014 et 2018, après une consultation référendaire de la population concernée qui pourrait entraîner l'accession à l'indépendance de cette collectivité d'Outre-mer.

La Nouvelle-Calédonie apparaît désormais comme une collectivité spécifique qui ne peut être assimilée à une collectivité territoriale au sens du titre XII de la Constitution. Le Conseil d'État<sup>2</sup> l'a d'ailleurs récemment affirmé, en jugeant qu'elle n'était pas régie par le titre XII de la Constitution, « *mais par son titre XIII, qui lui est*

<sup>1</sup> Le transfert total et définitif du droit civil devrait intervenir au plus tard le 31 décembre 2011, selon l'article 3 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009, relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie.

<sup>2</sup> Conseil d'État, section, 13 décembre 2006, n° 279323 : *Jurisdata* n° 2006-071174.

*spécifiquement consacré* », et son organisation comme ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale.

Ce transfert de compétence réduit donc considérablement le champ d'intervention des lois parlementaires et, partant, le champ d'application du principe de spécialité législative qui continue de s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie, bien qu'il soit appelé à se réduire inéluctablement en raison de l'apparition du concept de loi du pays, qui s'ajoute au domaine de compétence déjà reconnu par l'article 22 de la loi organique. Cette notion nouvelle dans l'ordre juridique français puise ses racines dans l'accord de Nouméa lui-même, qui indique que « *certaines délibérations du Congrès auront valeur législative* ». Il est en outre précisé dans le document d'orientation que ces délibérations « *auront le caractère de lois du pays et, de ce fait, ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication...* ». L'article 77 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, a consacré le concept de loi du pays en énonçant que la loi organique devra préciser « *les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'Assemblée délibérante pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel* ».

Le champ d'application des lois du pays est défini limitativement par l'article 99 de la loi organique. Y figurent les impôts, les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités, les principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, mais aussi les signes identitaires, le droit coutumier et les règles relatives à l'accès au travail des étrangers.

La procédure d'élaboration des lois du pays organisée par la loi organique s'apparente de manière frappante à celle prévue par la Constitution pour les lois de la République, et il appartient au Conseil constitutionnel, dont l'intervention est prévue par l'article 77 de la Constitution, de veiller à ce que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie s'en tienne strictement, en matière de lois du pays, aux compétences qui lui sont reconnues par l'article 99 de la loi organique, et, en particulier, à ce qu'il ne soit porté aucune atteinte aux libertés publiques, dont les garanties relèvent de la seule compétence de l'État, en vertu des dispositions de l'article 21 I 1° de la loi organique.

Les lois du pays sont bel et bien des lois au sens de normes législatives écrit Yves Brard<sup>3</sup>, qui souligne que le statut d'acte législatif n'est plus le monopole des lois de la République. Il existe aujourd'hui en France deux législateurs, le Parlement national et le Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

#### **Le principe de spécialité législative**

Dans ce contexte d'autonomisation de la Nouvelle-Calédonie et de partage du pouvoir législatif, le principe de la spécialité législative subsiste toujours, même s'il s'amenuise.

En vertu de ce principe, les lois ne sont applicables à la Nouvelle-Calédonie, dans les domaines de compétence de l'État, que par disposition expresse et après consultation du Congrès. Toutefois, même en l'absence d'une telle mention, certaines lois ont vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national et, par suite, en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, y sont applicables de plein droit, sans qu'une mention expresse d'applicabilité soit nécessaire :

#### **1. Les lois et règlements dits « de souveraineté »**

La circulaire du Premier ministre du 21 avril 1988<sup>4</sup>, relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires Outre-mer, a tenté de les définir, en reprenant des analyses doctrinales et des décisions jurisprudentielles et en arrêtant une liste non exhaustive des matières pour lesquelles une mention d'application à l'Outre-mer ne serait pas indispensable. Ainsi, en font partie les lois constitutionnelles, les lois organiques, les règles relatives aux grandes juridictions nationales, les lois autorisant la ratification des traités, conventions ou accords internationaux, les textes constituant un statut au profit de personnes pouvant résider en métropole ou Outre-mer (comme les fonctionnaires de l'État ou les militaires), les lois relatives à l'état des personnes, les textes régissant le cumul des mandats, et, de manière plus générale, l'application par des textes législatifs des principes généraux du droit.

Cette définition purement indicative des lois de souveraineté avait pour objectif d'introduire pour la première fois quelques éléments rationnels dans le critère d'applicabilité des textes Outre-mer en recensant les hypothèses devenues les plus usuellement acceptées de cette catégorie, et d'apporter une aide aux administrations centrales pour leur permettre de déterminer, lors de la préparation des lois et règlements, si une mention d'applicabilité spéciale s'avérait nécessaire.

Le nouvel article 6-2, créé par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 et inséré dans la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, rappelle tout d'abord le principe de spécialité législative avant de préciser que, par exception à ce principe et sans préjudice des dispositions de l'article 27 de la loi organique relatif aux transferts de compétences que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut demander à compter de 2009, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires intervenant dans les domaines de souveraineté et de protection des droits fondamentaux.

Au terme de l'énumération des divers domaines dans lesquels il est couramment admis que les dispositions législatives et réglementaires qui s'y rapportent s'appliquent de plein droit et ne sont pas soumises au principe

<sup>3</sup> Yves Brard, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les "lois du pays", de la spécialité législative au partage du pouvoir législatif », *RJP* 2001.

<sup>4</sup> Circulaire relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires Outre-mer, à la consultation des assemblées locales de l'Outre-mer et au contreseing des ministres chargés des DOM-TOM (*JO* du 24 avril 2004, p. 5454 - 5462).

de spécialité législative, le dernier alinéa du nouvel article 6-2 est ainsi rédigé : « *Est également applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République* ».

Ce dernier alinéa, parce qu'il fonde en partie la demande d'avis du tribunal de première instance de Nouméa, appelle quelques précisions. Loin d'avoir une autonomie lui donnant un champ d'application général qui concernerait toute disposition législative ou réglementaire, quel qu'en soit le domaine, l'alinéa final ne peut être dissocié du texte qui le précède et qui énumère les domaines relevant du principe d'identité législative par exception à celui de spécialité législative. Par cette précision placée en fin d'article, le législateur a simplement voulu signifier que la liste dressée n'était pas exhaustive et que toute autre disposition pouvant intervenir dans les domaines de souveraineté et de protection des droits fondamentaux s'appliquerait sans nécessité de mention expresse.

La formule utilisée est celle qui figure dans la circulaire du 21 avril 1988, à laquelle le législateur fait toujours allusion lorsqu'il débat d'un texte relatif à l'Outre-mer. Ainsi, le rapporteur du *projet de loi relatif à l'habilitation du gouvernement à prendre, par ordonnances, les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit applicable Outre-mer*, M. José Balarelo<sup>5</sup>, écrivait dans son rapport : « *Seules les "lois de souveraineté", catégorie doctrinale définie de façon imprécise notamment par la circulaire du Premier ministre en date du 21 avril 1998 relative à l'application des textes législatifs Outre-mer, qui fait référence aux lois qui, "en raison de leur objet, sont nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République" et fournit une liste non exhaustive comprenant les lois institutionnelles, les lois organiques ou encore les lois relatives au statut civil des personnes, s'appliquent automatiquement* ». De même, à propos du projet de loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française, un autre rapporteur, M. Lannier<sup>6</sup>, écrivait à son tour l'année suivante : « *C'est en effet cette circulaire du 21 avril 1988 qui a utilisé pour la première fois l'expression de "lois de souveraineté" et visé des textes qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République* ».

Admettre une interprétation extensive du dernier alinéa de l'article 6-2 en lui donnant une portée générale serait non seulement contraire à l'esprit du texte, mais rendrait vide de sens le principe de spécialité législative, pourtant clairement réaffirmé à titre liminaire au premier alinéa.

## 2. Les principes généraux du droit

Bien que n'étant pas formalisés dans une norme législative ou réglementaire, les principes généraux du droit, qu'ils soient de niveau constitutionnel ou législatif, sont applicables de plein droit dans les territoires d'Outre-mer, sans évidemment de mention d'applicabilité. Un arrêt du Conseil d'État rendu le 27 février 1994 a rappelé que l'administration territoriale doit se conformer « *aux principes généraux du droit, et en particulier au principe de la liberté du commerce et de l'industrie* »<sup>7</sup>.

Ainsi, en dehors de ces exceptions, le principe de spécialité législative permet de préserver les particularités des territoires d'Outre-mer appelés à recevoir des droits distincts de ceux applicables en métropole ou, à défaut, largement adaptés.

### Un principe à valeur constitutionnelle

La valeur constitutionnelle du principe est incontestable jusqu'en 1958. L'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 le consacre expressément : « *Dans les territoires d'Outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative.*

*En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'Outre-mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'Outre-mer après avis de l'Assemblée de l'Union* ».

En revanche, la Constitution de 1958 ne contient sur ce point aucune disposition de principe, même si l'article 74 fait état, pour les territoires d'Outre-mer, de leur « *organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres* ». La question est d'importance car, en l'absence de référence expresse, le point de savoir si le principe de spécialité conserve ou non sa valeur constitutionnelle est sujet à débat, comme le souligne la note introductive de M. A. Gillmann<sup>8</sup>.

N'est-ce pas un faux débat ? La valeur constitutionnelle du principe perdure bien, et le silence textuel ne saurait être interprété comme une volonté du Constituant de remettre en cause l'application constante du principe de spécialité en Nouvelle-Calédonie depuis l'origine. Le rédacteur du *Juris-Classeur Environnement et développement durable*<sup>9</sup> souligne à ce sujet que l'analyse des travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, à l'origine de l'introduction des articles 76 et 77, comme ceux de la loi organique du 19 mars 1999, montrent que la pérennité du principe fait l'objet d'une unanimité totale de la part des parlementaires comme des représentants du gouvernement. Tous considèrent qu'elle résulte implicitement mais nécessairement soit de l'article 77 de la Constitution, soit de diverses dispositions de la loi organique du 19 mars 1999.

La valeur constitutionnelle du principe de spécialité résulte surtout d'une lecture raisonnable et logique de la Constitution. L'article 74 fait mention d'une « *organisation particulière* » pour les territoires d'Outre-mer, et

<sup>5</sup> Rapport n° 295 (2000-2001) de M. José Balarelo, fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 mai 2001.

<sup>6</sup> Rapport n° 107 (2003-2004) de M. Lucien Lanier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 décembre 2003.

<sup>7</sup> Conseil d'État, section, 13 mai 1994, président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, p. 234, *RD* 1994, p. 1557, conclusions F. Scanvic.

<sup>8</sup> Note introductive, « L'applicabilité des droits Outre-mer ». Cour de cassation, SDE, A. Gillmann, 18 décembre 2004.

<sup>9</sup> Fasc. 4750 : Collectivités d'Outre-mer et environnement.

énonce que leur statut doit fixer « *les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables* ». Par rapprochement de cet article avec l'article 73, qui le précède et qui prescrit une application de plein droit des lois métropolitaines dans les départements d'Outre-mer, on doit déduire que le principe de spécialité législative demeure en vigueur même s'il n'est pas explicitement mentionné. Quant à l'article 74-1, il prévoit la possibilité pour le gouvernement, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, d'étendre, par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, dans les collectivités d'Outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les dispositions de nature législatives en vigueur en métropole. Le principe de spécialité législative est donc réaffirmé sans aucune équivoque dans la Constitution de 1958. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel assimile « *l'organisation particulière* » à la non-applicabilité de plein droit du droit métropolitain, c'est-à-dire à la spécialité législative.

Dans son étude déjà citée, M. A. Gillmann résume ainsi les spécificités du principe de spécialité législative :

- dans le domaine de compétence de l'État, à défaut de dispositions propres ou sans mention expresse d'applicabilité, les lois et réglementations métropolitaines ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie ;
- cette obligation d'extension expresse vaut également pour toute modification d'une disposition précédemment rendue applicable. Toute nouvelle avancée législative doit donc formellement être introduite, même lorsqu'elle porte sur une législation déjà étendue<sup>10</sup> ;
- l'extension de la loi modificative d'une loi non applicable dans une COM n'a pas pour effet de rendre applicable la loi initiale ;
- l'abrogation d'une mesure en métropole n'entraîne son abrogation dans une COM que si un texte le prévoit expressément.

Ainsi, chaque texte dont le législateur veut étendre le bénéfice à la Nouvelle-Calédonie doit contenir sa propre mention expresse d'applicabilité, qu'il s'agisse de la loi initiale ou d'un texte modificatif. L'applicabilité du texte initial n'entraîne pas par voie de conséquence celle de toutes les mesures législatives ou réglementaires modificatives qui peuvent ultérieurement survenir. De même, en l'absence de mention spécifique, une loi abrogée en métropole continuera de s'appliquer en Nouvelle-Calédonie.

À ce formalisme exigeant concernant l'extension s'ajoute le formalisme propre à la promulgation et à la publication. La promulgation est obligatoire pour toute disposition concernée par le principe de spécialité législative, c'est elle qui rend exécutoire la disposition concernée. La publication suit la promulgation. Elle s'en distingue car elle est le fait de porter le contenu d'un texte promulgué à la connaissance de l'administration et du public. La publication d'un texte le rend obligatoire et opposable aux intéressés.

En Nouvelle-Calédonie, les articles 1 et 2 de la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 édictent que « *le haut-commissaire assure l'exécution des lois et décrets...* » et « *... assure la publication des lois et décrets dans le territoire au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie* ». En pratique, le haut commissaire de la République prend un arrêté de promulgation qui est publié au *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC)*.

Mention expresse, promulgation et publication sont indéfectiblement liées. Que l'une manque et la loi ne peut s'appliquer. Ainsi, la publication d'un texte législatif ou réglementaire qui ne comporte aucune mention expresse d'applicabilité est dépourvue de toute valeur juridique, la publication ne vaut que pour information. C'est le cas ici du décret n° 87-344 du 21 mai 1987, pris pour l'application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, publié au *JONC* du 8 février 1994, alors qu'il ne contient aucune mention qui le rende exécutoire en Nouvelle-Calédonie.

Principe de spécialité législative, transfert progressif des compétences de l'État, en particulier du droit civil et du droit commercial, qui doit intervenir dans l'année qui vient, mais aussi le clivage entre les deux degrés de juridiction en Nouvelle-Calédonie projettent un éclairage particulier sur la demande d'avis qui vous est soumise. C'est au regard de ces spécificités que doit être évaluée la recevabilité de celle-ci.

## **Recevabilité de la demande d'avis**

### **Conditions de forme**

Les avis prévus à l'article 1031-1, alinéa premier, du code de procédure civile ont été envoyés aux parties le 12 mai 2010 et au ministère public le 2 juin 2010.

L'avocat de la société GE Financement Pacifique SAS a fait part de ses observations au tribunal par deux courriers respectivement datés du 21 et du 30 juin 2010.

Le procureur de la République près le tribunal de première instance de Nouméa a fait savoir par une transmission du 10 août 2010 qu'il n'avait pas d'observations à formuler.

Les formalités prescrites par l'article 1031-2 du même code ont été également respectées :

- alinéa 1 : transmission au greffe de la Cour de cassation (3 septembre 2010) ;
- alinéa 2 : notification à M. Z..., à Mme Stéphanie Y... et à la société GE Financement Pacifique SAS (3 septembre 2010) ;
- alinéa 3 : avis au procureur de la République près le tribunal de première instance de Nouméa, ainsi qu'au premier président et au procureur général près la cour d'appel (3 septembre 2010).

Sous son aspect formel, la demande d'avis paraît donc recevable.

<sup>10</sup> Conseil d'État, 9 février 1990, élections municipales de Lifou, *Rec. CE* 1990, et conclusions sur l'espèce du commissaire du gouvernement T. Tuot, « L'applicabilité des lois électorales aux TOM », *RFD adm.* 1991, p. 602.



## Conditions de fond

Énoncées par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, elles sont au nombre de quatre : il faut que la question posée soit une question de droit (1), nouvelle (2), présentant une difficulté sérieuse (3) et se posant dans de nombreux litiges (4).

### 1. Une question de droit

La question posée, en ce qu'elle invite la Cour à se prononcer sur l'application en Nouvelle-Calédonie de textes législatifs et réglementaires en vigueur en métropole, constitue à l'évidence une question de pur droit.

### 2. Une question de droit nouvelle

Selon la doctrine, une question est nouvelle soit parce qu'elle est liée à un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation.

Il en résulte un doute sérieux pour la deuxième question, qui invite la Cour de cassation à se prononcer sur la possibilité pour le juge néo-calédonien de réviser d'office la peine prévue par la clause pénale sur le fondement de l'article 1152 du code civil, modifié par les lois des 9 juillet 1975 et 11 octobre 1985.

Dans sa version originelle, l'article 1152 est ainsi rédigé : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.* » Pour lutter contre les abus auxquels donnaient lieu les clauses pénales, le législateur, dans la loi du 9 juillet 1975, a ajouté un second alinéa à l'article 1152, qui confère au juge le pouvoir de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires. Ce pouvoir de révision ne peut être écarté par une disposition contraire, puisqu'il est précisé que « *toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». Ajoutant à la précédente, la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 a dit que cette révision judiciaire pouvait être prononcée « *même d'office* ».

Ni l'une ni l'autre de ces deux lois n'ayant fait l'objet d'une mention d'extension qui les rendent applicables en Nouvelle-Calédonie, l'article 1152 a donc vocation à ne s'appliquer que dans sa rédaction antérieure à la loi du 9 juillet 1975, c'est-à-dire sans aucune faculté de révision pour le juge.

C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée tout récemment la Cour de cassation, par un arrêt de la troisième chambre rendu le 8 avril 2010<sup>11</sup>, qui a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 4 août 2008, posant la question de l'applicabilité de la loi du 9 juillet 1975 à la Nouvelle-Calédonie. Il faut rappeler que la loi du 9 juillet 1975 a modifié non seulement l'article 1152 mais aussi l'article 1231 du code civil, qui autorise également une diminution de la peine convenue en cas d'exécution partielle de son obligation par le débiteur.

En l'espèce, il s'agissait d'un bail d'habitation résilié par acquisition de la clause résolutoire. Les locataires s'étaient néanmoins maintenus dans les lieux en continuant d'effectuer certains versements aux bailleurs. Les preneurs ayant été assignés en paiement des indemnités contractuelles prévues au contrat, la cour d'appel de Nouméa avait retenu que ces indemnités présentaient incontestablement le caractère d'une clause pénale et que le premier juge avait pu en réduire le montant, sinon en vertu de l'article 1152 du code civil, dont le second alinéa n'était pas applicable en Nouvelle-Calédonie, tout au moins de l'article 1231 dans sa rédaction antérieure à la loi du 9 juillet 1975, puisque les versements s'analysaient comme une exécution partielle.

En rejetant le pourvoi sur le fondement de la loi antérieure à celle du 9 juillet 1975, la Cour de cassation a approuvé le raisonnement suivi par la cour d'appel de Nouméa, réaffirmant ainsi la primauté du principe de spécialité législative. L'arrêt de la troisième chambre civile rendu le 8 avril 2010 a donc répondu à la deuxième question en jugeant que la loi du 9 juillet 1975 ne s'appliquait pas en Nouvelle-Calédonie, où l'article 1152 comme l'article 1231 conservent leur rédaction d'origine. La question n'est donc pas nouvelle.

Peut-on admettre que la question de droit soit néanmoins nouvelle parce que l'article 6-2 de la loi organique et les dispositions des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont évoquées pour la première fois devant la Cour de cassation ?

La demande d'avis laisse entendre que, pour le justiciable, le fait de bénéficier ou non du pouvoir modérateur du juge, selon qu'il relève des juridictions métropolitaines ou néo-calédoniennes, constituerait une discrimination prohibée par la Convention européenne, qui détermine les règles du procès équitable. L'application de ces règles, combinées à l'interprétation qu'on voudrait extensive du dernier alinéa de l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999, permettrait alors d'appliquer en Nouvelle-Calédonie l'article 1152 dans sa rédaction métropolitaine.

Cependant, pour les raisons évoquées plus haut, on ne saurait donner à l'article 6-2 une portée générale et un sens qu'il ne peut avoir, puisque son champ d'application se limite au domaine des lois et règlements dits « de souveraineté », dont la liste n'est pas exhaustive. Quand à la Convention européenne, elle ne peut être invoquée en Nouvelle-Calédonie dans les mêmes conditions qu'en France métropolitaine en raison de l'article 56 de la Convention, intitulé *Applications territoriales*, qui précise que « *... Dans lesdits territoires, les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales* ». Ainsi, c'est au titre de ces nécessités locales, dans un domaine particulièrement sensible, celui des élections, qu'a été admise la restriction du corps électoral chargé d'approuver l'accord de Nouméa du 5 mai 1998. À cette occasion, le Conseil d'État<sup>12</sup> et la Cour de cassation<sup>13</sup> ont chacun consacré, dans l'ordre interne, la primauté

<sup>11</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010, *Bull.* 2010, III, n° 75.

<sup>12</sup> Ass., 30 octobre 1998, X... ; *AJDA* 1998, Jurisprudence, p. 1039, note Fabien Raynaud et Pascale Fombeur ; *AJDA* 1998, Doctrine, p. 962.

<sup>13</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 17 février 1999, pourvoi n° 98-60.518 ; assemblée plénière, 2 juin 2000, *Bull.* 2000, Ass. plén. n° 4.

de la Constitution sur les conventions internationales<sup>14</sup>. Or la constitutionnalité du principe de spécialité législative, nous l'avons vu, se déduit des articles 74 et 74-1 de la Constitution. Dans ses conclusions devant la troisième chambre pour l'arrêt du 8 avril 2010, l'avocat général François Badie ajoutait qu'admettre un tel raisonnement aboutirait à remettre en cause toutes les particularités de droit local au sein de la République (en Nouvelle-Calédonie, outre la non-extension des textes récents, la validité des « lois du pays ») et, au niveau européen, toutes les lois locales en vigueur dans les États fédéraux ou autonomiques (Allemagne, Italie, Belgique, Espagne...).

La loi du 9 juillet 1975 n'étant pas applicable en Nouvelle-Calédonie en vertu du principe de spécialité législative, il en découle que la loi du 11 octobre 1985, qui ne fait que la compléter sans contenir elle-même aucune mention expresse d'extension, ne peut pas s'appliquer.

Faute d'être nouvelle, car elle a déjà été tranchée par la Cour de cassation dans son arrêt du 8 avril 2010, la deuxième question devrait être déclarée irrecevable.

### 3. Une question de droit sérieuse

La première question interroge la Cour de cassation sur l'application en Nouvelle-Calédonie des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987, le premier pris en application des articles 19, 20 et 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, le second modifiant l'article 3 du décret précédent.

La loi du 10 janvier 1978 est, aux termes de son article 33, expressément applicable en Nouvelle-Calédonie. Elle a été promulguée par l'arrêté n° 42 du 15 janvier 1985 du gouvernement central, publié au *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie* le 5 février 1985<sup>15</sup>. En revanche, les deux décrets précités ne contiennent ni l'un ni l'autre une quelconque mention destinée à les rendre applicables en Nouvelle-Calédonie.

Il est suggéré par la demande d'avis que, puisque la loi du 10 janvier 1978 est applicable, les décrets d'application le sont également. Selon cette théorie, le principe de spécialité ne s'appliquerait qu'au texte principal, et pas aux textes modificatifs.

Un tel raisonnement ne peut être admis. En premier lieu, parce que la Cour de cassation, dans son arrêt de la troisième chambre civile du 8 avril 2010, vient de réaffirmer le caractère toujours actuel du principe de spécialité législative. Ensuite, parce que ce principe est enserré dans des règles strictes qui ont été évoquées plus haut, comme la nécessité d'une extension expresse pour toute modification d'une disposition précédemment rendue applicable. Toute nouvelle avancée législative doit formellement être introduite, même lorsqu'elle porte sur une législation déjà étendue. Tel est bien le cas des deux décrets en cause qui modifient la loi du 10 juillet 1978, qui, elle, a fait l'objet d'une extension.

Au vu de ces éléments, force est d'admettre que la première question ne présente sur le plan juridique aucune difficulté sérieuse. Les deux décrets, parce qu'ils ne comportent aucune mention d'extension, ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie. S'il devait en aller autrement, ce ne pourrait être qu'au prix d'une transgression intentionnelle des règles qui régissent le principe de spécialité législative.

La troisième question, corollaire de la première compte tenu de la réponse négative qui doit être apportée à celle-ci, ne présente pas non plus de difficulté sérieuse. Puisqu'en Nouvelle-Calédonie, les décrets du 17 mars 1978 et 21 mai 1987 ne sont pas applicables, la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978<sup>16</sup>, dont les articles 20 et 21 prévoient, en cas de défaillance du débiteur, le versement d'une indemnité, s'applique en l'état, sans détermination du montant maximum de la clause pénale. En conséquence, la situation en Nouvelle-Calédonie s'apparente aujourd'hui encore à celle de la métropole avant l'entrée en vigueur des décrets prévoyant le mode de calcul de cette indemnité et de la loi du 9 juillet 1975, qui accorde au juge la possibilité d'en réviser le montant. Il faut donc se reporter à la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure à 1975 pour obtenir une réponse à la question posée<sup>17</sup>. Il ressort de cette jurisprudence que la liberté contractuelle est la règle, le contrat tenant lieu de loi entre les parties.

La quatrième et dernière question ne soulève pas davantage de difficulté sérieuse. La loi du 9 juillet 1975 n'étant pas applicable en Nouvelle-Calédonie, ainsi que l'a jugé la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 8 avril 2010, faute d'extension expresse, l'article 21 de la loi du 10 janvier 1978 ne peut renvoyer qu'à l'article 1152 dans sa rédaction de 1804. Les clauses pénales, dont le principe a été introduit par la loi du 10 janvier 1978, sont régies par la liberté contractuelle ; leur montant n'est pas encadré, puisque les décrets des 17 mars 1978 et 21 mai 1987 ne s'appliquent pas, et le juge ne peut en réviser le montant puisque l'alinéa 2 de l'article 1152, issu de la loi du 9 juillet 1975, ne s'applique pas non plus.

### 4. La question doit se poser dans de nombreux conflits

Cette quatrième condition devient sans objet si la demande d'avis est considérée comme irrecevable. On peut toutefois souligner que, par nature, les litiges relatifs au crédit à la consommation sont nombreux, liés essentiellement aux défaillances des débiteurs, surtout en période de crise économique. En Nouvelle-

<sup>14</sup> Cette primauté ressort également de l'article 54 de la Constitution, qui prévoit qu'un traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié, ce qui conduit régulièrement à des révisions constitutionnelles pour adapter notre Constitution aux évolutions résultant de traités internationaux.

<sup>15</sup> Ainsi que l'autre loi dite « Scrivener », du 13 juillet 1979.

<sup>16</sup> Abrogée par l'article 4 de la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, mais dont l'article 6 précise que la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 reste en vigueur pour ce qui concerne les territoires d'Outre-mer et Mayotte, dès lors qu'elle est applicable dans ces collectivités territoriales.

<sup>17</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 30 juin 1971 (*Bull.* 1971, III, n° 418) ;  
Com., 10 juillet 1972 (*Bull.* 1972, IV, n° 219) ;  
Com., 9 octobre 1972 (*Bull.* 1972, IV, n° 236) ;  
Com., 10 octobre 1973 (*Bull.* 1973, IV, n° 275) ;  
Com., 16 décembre 1975 (*Bull.* 1975, IV, n° 306).

Calédonie, les divergences qui opposent les juges du premier degré à la cour d'appel sont source d'insécurité juridique, génératrice de contentieux qui n'auraient pas lieu d'être si les règles applicables étaient clairement définies. Ainsi, les débiteurs défaillants ont-ils intérêt à saisir le juge lorsqu'existe une clause pénale, et les sociétés de crédit à faire appel.

### Conclusion

En permettant une formation plus rapide du droit interprétatif, les demandes d'avis, instituées par la loi du 15 mai 1991, répondent à une exigence actuelle de célérité, pour mettre fin au plus vite à l'incertitude du droit. Ainsi peut-on espérer réduire le volume du contentieux et par là même améliorer le fonctionnement de la justice. La procédure d'avis n'a cependant pas vocation à trancher les divergences d'interprétation qui peuvent opposer localement les deux degrés de juridictions du fond. Et si cette nouvelle mission consultative confiée à la Cour de cassation s'accorde pleinement avec sa fonction d'unification de la jurisprudence, le recours à la demande d'avis ne saurait avoir non plus pour objectif d'inviter la Cour suprême à se substituer au législateur pour corriger en Nouvelle-Calédonie les déséquilibres des contrats de crédit à la consommation au prix de la remise en cause d'un principe à valeur constitutionnelle.

C'est un fait, le consommateur néo-calédonien est moins protégé que son homologue métropolitain. Il se trouve entièrement soumis à la liberté contractuelle dans un domaine, le crédit à la consommation, où l'égalité entre les parties n'est en réalité qu'une fiction. C'est précisément l'inégalité des forces en présence, le prêteur organisme financier imposant ses clauses et conditions au particulier emprunteur par un contrat d'adhésion, qui a justifié l'intervention du législateur en 1975. Il est certes regrettable que ces textes, comme les décrets pris pour l'application de la loi du 10 janvier 1978, n'aient pas fait l'objet d'une extension en Nouvelle-Calédonie, que cette lacune résulte d'une intention délibérée ou d'une omission du législateur et des pouvoirs publics. Or, c'est seulement aujourd'hui, alors que cette situation perdure depuis plus de trente ans, qu'elle vous est soumise, à un moment où son caractère d'actualité s'est considérablement émoussé. En effet, à la fin de l'année 2011, le transfert total et définitif du droit civil et du droit commercial à la Nouvelle-Calédonie, prévu par l'accord de Nouméa et l'article 26 de la loi organique du 19 mars 2009, devrait intervenir, et l'État s'est engagé à réaliser toutes les extensions de textes actuellement en suspens qui seraient souhaitées par la Nouvelle-Calédonie. D'ici là, on peut relever qu'au cours de cette longue période, la Nouvelle-Calédonie n'a exprimé aucune demande et que, de son côté, le gouvernement n'a pas entendu recourir aux dispositions de l'article 74-1 de la Constitution pour procéder, par voie d'ordonnances, aux extensions qui auraient permis d'unifier le droit de la consommation sur l'ensemble du territoire de la République.

La Cour de cassation ne peut se substituer ni aux uns ni aux autres. Je vous invite donc à répondre qu'il n'y a pas lieu à avis, parce que la deuxième question n'est pas nouvelle et que les trois autres ne présentent pas de difficultés sérieuses, en raison du principe constitutionnel de spécialité législative applicable en Nouvelle-Calédonie.

## II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

### ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 137

#### *Action civile*

Extinction. - Désistement. - Présomption. - Partie civile régulièrement citée. - Partie civile non comparante ni représentée en appel. - Article 425 du code de procédure pénale non applicable devant la cour d'appel.

Les dispositions de l'article 425 du code de procédure pénale, selon lesquelles la partie civile régulièrement citée qui ne comparaît pas ou n'est pas représentée à l'audience est considérée comme se désistant, sont sans application en cause d'appel.

A, dès lors, justifié sa décision la cour d'appel qui, après avoir constaté que la partie civile, qui avait été reçue en sa constitution et indemnisée de son préjudice par le tribunal, n'avait pas comparu ni n'était représentée, a, statuant par défaut à son égard, confirmé le jugement.

**Crim. - 20 octobre 2010.**

*REJET*

N° 10-81.118. - CA Aix-en-Provence, 19 janvier 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Canivet-Beuzit, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 138

#### *1<sup>o</sup> Agent commercial*

Contrat. - Exécution. - Obligations de l'agent commercial. - Obligation d'informer son mandant. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Simples pourparlers préparatoires à une cession de contrat.

#### *2<sup>o</sup> Agent commercial*

Contrat. - Exécution. - Obligations de l'agent commercial. - Obligation de loyauté envers son mandant. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Exécution du contrat de sous-agent.

1<sup>o</sup> Ne commet pas une faute grave le privant du droit à une indemnité de cessation de contrat l'agent commercial qui n'a pas tenu informé son mandant de simples pourparlers préparatoires à une cession de contrat qui ne s'est finalement pas réalisée.

2<sup>o</sup> Ne manque pas à son obligation de loyauté envers son mandant l'agent commercial qui l'informe tardivement de ce qu'il a retiré tous ses moyens de travail à son sous-agent,

dès lors que l'exécution du contrat le liant à ce dernier relève exclusivement du pouvoir d'organisation dont l'agent est investi pour l'accomplissement de son mandat

**Com. - 26 octobre 2010.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 09-68.561. - CA Caen, 28 mai 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Laporte, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 139

#### *Agent immobilier*

Responsabilité. - Faute. - Faute à l'égard d'un tiers au contrat de mandat. - Portée.

Une cour d'appel, ayant constaté qu'à l'occasion d'un contrat de bail, un agent immobilier, qui se présentait comme un mandataire du bailleur, avait commis une faute à l'endroit du locataire, retient à bon droit qu'il a engagé sa responsabilité envers celui-ci, l'agent immobilier ne pouvant être admis à se prévaloir de la prétendue méconnaissance des dispositions des articles 1 et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 pour se soustraire aux conséquences de sa faute délictuelle à l'égard d'un tiers au contrat de mandat.

**1<sup>re</sup> Civ. - 28 octobre 2010.**

*REJET*

N° 09-70.109. - CA Douai, 14 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 18 novembre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2650, note Yves Rouquet (« Agent immobilier : responsabilité à l'égard du preneur »).*

N° 140

#### *1<sup>o</sup> Aide juridictionnelle*

Demande. - Effets. - Interruption du délai prévu par l'article 528-1 du code de procédure civile.

#### *2<sup>o</sup> Aide juridictionnelle*

Demande. - Cassation. - Pourvoi. - Délai. - Interruption. - Condition.

1<sup>o</sup> La demande d'aide juridictionnelle interrompt le délai prévu par l'article 528-1 du code de procédure civile.

2° Une demande d'aide juridictionnelle, présentée en vue de se pourvoir en cassation après rejet d'une précédente demande, motivé par l'absence de moyen sérieux de cassation, n'a pas pour effet d'interrompre le délai de pourvoi prévu à l'article 612 du code de procédure civile.

**2° Civ. - 21 octobre 2010.**  
*IRRECEVABILITÉ*

N° 09-66.510. - CA Saint-Denis de la Réunion, 2 juin 2006.

M. Loriferne, Pt. - M. André, Rap. - M. Berkani, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Didier et Pinet, Av.

N° **I 41**

**Appel civil**

Demande nouvelle. - Définition. - Demande tendant aux mêmes fins que la demande initiale (non). - Assurance-construction. - Action en réparation contre l'assureur dommages-ouvrage. - Action formée en cause d'appel contre le même assureur pris en sa qualité d'assureur constructeur non réalisateur.

Sont irrecevables, car nouvelles en appel, les demandes formées contre un assureur pris en sa qualité d'assureur constructeur non réalisateur (CNR), lorsque deux polices distinctes ont été souscrites, que cet assureur a été assigné en référé en sa qualité d'assureur dommages-ouvrage et qu'en première instance, aucune demande n'a été formulée contre lui en qualité d'assureur CNR, les garanties et demandes étant de natures différentes.

**3° Civ. - 20 octobre 2010.**  
*REJET*

N° 07-16.727. - CA Aix-en-Provence, 12 avril 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Lardet, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, M<sup>e</sup> Odent, SCP Bouloche, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 617-618, note Gilbert Leguay (« De la nécessité de conclure en première instance à l'encontre de l'assureur CNR »).*

N° **I 42**

**Appel civil**

Effet dévolutif. - Portée. - Applications diverses. - Aggravation du sort de l'appelant.

Viola l'article 562 du code de procédure civile, ensemble l'article 552 du même code, et aggrave le sort de l'appelant sur son appel la cour d'appel qui, infirmant le jugement de première instance prononçant la condamnation *in solidum* de deux parties au paiement d'une certaine somme, retient que l'appelant ne justifie pas du motif pour lequel une de ces parties serait tenue solidairement et le déboute de sa demande dirigée contre elle, alors qu'elle avait constaté que cette partie n'avait pas relevé appel du jugement et que, citée à comparaître devant elle, elle n'avait pas constitué avoué.

**3° Civ. - 27 octobre 2010.**  
*CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI*

N° 09-11.160. - CA Paris, 28 octobre 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 308, p. 14, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Résiliation judiciaire :*

*manquements non réitérés postérieurement à la décision rendue en première instance »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4037, p. 14-15, note Alexandre Paulin (« Inutilité de la preuve d'un préjudice en cas de violation d'une obligation de ne pas faire »), et n° 4039, p. 16-17, note Alexandre Paulin (« Pas de résiliation judiciaire sans renouvellement des manquements contractuels »), et la Revue des loyers, n° 912, décembre 2010, jurisprudence, p. 477-478, note Vincent Canu (« Résiliation judiciaire : la persistance des manquements du locataire est requise ! »).*

N° **I 43**

**Appel correctionnel ou de police**

Délai. - Point de départ. - Signification. - Débats contradictoires. - Partie non avisée de la date du prononcé du jugement.

En l'absence de la mention prescrite par l'article 462 du code de procédure pénale, établissant que, à l'issue des débats, le prévenu ou son représentant a été informé de la date de prononcé du jugement, le délai d'appel ne court qu'à compter de la signification pour la partie qui n'était pas présente ou représentée à l'audience à laquelle le jugement a été rendu.

**Crim. - 13 octobre 2010.**  
*CASSATION*

N° 10-81.511. - CA Versailles, 1<sup>er</sup> février 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Leprieur, Rap. - M. Davenas, Av. Gén.

N° **I 44**

**Arbitrage**

Sentence. - Recours en annulation. - Cas. - Tribunal irrégulièrement composé. - Applications diverses. - Courant d'affaires entre un arbitre et les sociétés d'un même groupe.

Il résulte de l'article 1484 2° du code de procédure civile que le recours en annulation contre la sentence est ouvert si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé, et de l'article 1452, alinéa 2, du même code que l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties et ne peut, dans ce cas, accepter sa mission qu'avec leur accord.

Tel est le cas de l'arbitre dont le caractère systématique de sa désignation par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre lui et les sociétés du groupe parties à la procédure.

**1<sup>er</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**  
*CASSATION*

**Arrêt n° 1 :**

N° 09-68.131. - CA Douai, 18 juin 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M<sup>e</sup> Odent, Av.

**Arrêt n° 2 :**

N° 09-68.997. - CA Versailles, 14 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*Un commentaire de ces décisions est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 11 novembre 2010, Actualité / Procédure civile et voie d'exécution, p. 2589, note Xavier Delpech (« Arbitrage : désignation systématique du même arbitre »), et cette même revue, n° 44, 23 décembre 2010, Etudes et commentaires - Panorama / Arbitrage et modes alternatifs de règlement des*

litiges, p. 2933 à 2946, spéc. D - Indépendance de l'arbitre, p. 2938, note Thomas Clay. Voir également la revue Droit et procédures, n° 1, janvier 2011, *Jurisprudence commentée*, p. 17 à 19, note Caroline Asfar Cazenave, et La Semaine juridique, édition générale, n° 51, 20 décembre 2010, *Chronique - Droit de l'arbitrage*, n° 1286, p. 2403 à 2409, spéc. n° 1, p. 2403-2404, note Christophe Seraglini (« L'obligation pour l'arbitre de révéler de façon précise et détaillée la consistance du "courant d'affaires" entretenu avec l'une des parties »), et cette même revue, n° 52, 27 décembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1306, p. 2434 à 2438, note Benoît Le Bars et Jennifer Juvénal (« La révélation d'un courant d'affaires : comment apprécier l'indépendance de l'arbitre ? »).

---

## N° 145

### *Assurance (règles générales)*

Garantie. - Étendue. - Monnaie applicable. - Détermination.

Les références aux unités monétaires nationales qui figurent dans des instruments juridiques existant à la fin de la période transitoire doivent être lues comme des références à l'unité euro, en appliquant les taux de conversion respectifs.

Viole dès lors l'article 14 du Règlement (CE) n° 974/98 du Conseil, du 3 mai 1998, concernant l'introduction de l'euro, la cour d'appel qui, pour dire qu'un assureur est tenu envers son assuré dans la limite de sa garantie, mais exprimée en euros, retient que la monnaie n'est pas mentionnée dans le contrat, qu'elle est donc présumée être celle ayant cours légal lors de sa conclusion mais aussi lors de son exécution, qu'il appartenait à l'assureur de proposer toutes les modifications qu'il souhaitait au moment du passage du franc à l'euro et que, faute pour l'assureur d'avoir fait modifier le contrat, les calculs tels que prévus dans la police doivent être retenus sans modification et leur résultat doit dépendre de la seule monnaie ayant cours légal au moment du paiement.

**3<sup>e</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-66.968 et 09-15.093. - CA Paris, 1<sup>er</sup> avril 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Didier et Pinet, SCP Capron, SCP Defrenois et Levis, SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Odent, Av.

---

## N° 146

### *Assurance dommages*

Assurance dommages-ouvrage. - Garantie. - Mise en œuvre. - Conditions. - Déclaration de sinistre. - Étendue. - Portée.

Pour mettre en œuvre la garantie de l'assurance de dommage obligatoire, l'assuré est seulement tenu d'effectuer, dans le délai de la garantie décennale, une déclaration de sinistre comportant notamment la description et la localisation du dommage.

Viole dès lors l'article L. 242-1 du code des assurances et l'annexe II A 3° à l'article A. 243-1 du même code une cour d'appel qui retient que l'assuré est lié, quant à l'étendue du sinistre, non par la déclaration de sinistre, mais par le devis fourni à l'expert.

**3<sup>e</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-69.665. - CA Paris, 2 avril 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Lardet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Boutet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2010, *Chroniques*, p. 618-619, note Gilbert Leguay (« La fourniture d'un devis par l'assuré en dommages-ouvrage n'est aucunement une obligation et l'étendue de la garantie n'est pas circonscrite au devis fourni dans le délai décennal »).

---

## N° 147

### *1<sup>o</sup> Autorité parentale*

Personne de l'enfant. - Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial. - Application dans le temps. - Détermination.

### *2<sup>o</sup> Autorité parentale*

Personne de l'enfant. - Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial. - Conditions. - Caractère cumulatif. - Portée.

1<sup>o</sup> Il résulte de la combinaison des articles 20 de la loi n° 2007-293 de la loi du 5 mars 2007, 31 III et 45-1 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 que la nouvelle mesure d'aide à la gestion du budget familial instituée par l'article 375-9-1 du code civil est immédiatement applicable mais demeure régie, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, par les règles fixées par les articles L. 167-4, L. 167-5 et R. 167-1 à R. 167-31 du code de la sécurité sociale.

2<sup>o</sup> La mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial ne peut être ordonnée qu'à la double condition que les prestations familiales ne soient pas employées pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants, et que l'accompagnement en économie sociale et familiale prévu à l'article L. 222-3 du code de l'action sociale et des familles n'apparaisse pas suffisant.

Par suite, ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour désigner un délégué aux prestations familiales, se borne à énoncer que les prestations familiales ne sont pas utilisées pour la santé et l'éducation des enfants, sans constater que la mesure d'accompagnement en économie sociale et familiale n'apparaissait pas suffisante.

**1<sup>re</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-66.133. - CA Pau, 30 avril 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Chardonnet, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, *commentaire* n° 193, p. 46-47, note Ingrid Maria (« De l'aide à la gestion du budget familial »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2011, *Jurisprudence*, p. 45-46, note Marie Douris (« Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial : des précisions d'application utiles à rappeler »).

---

## N° 148

### *Avocat*

Honoraires. - Contestation. - Procédure. - Premier président. - Irrecevabilité du recours. - Absence. - Cas.

L'interdiction faite à l'avocat succédant à un autre de défendre, sauf accord du bâtonnier, les intérêts de son client contre son prédécesseur, prévue à l'article 19, alinéa premier, du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005, est une règle de nature déontologique, éventuellement passible de sanctions disciplinaires.

Statuant en matière de contestation d'honoraires, le premier président en déduit justement que la violation de cette règle ne constitue pas un motif d'irrecevabilité du recours.

**2<sup>e</sup> Civ. - 21 octobre 2010.**

*REJET*

N° 09-12.078. - CA Lyon, 16 décembre 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Vasseur, Rap. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

---

N° **I 49**

## **Bail à construction**

Définition. - Portée.

L'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation ne subordonne pas la formation du contrat de bail à construction à l'obtention d'un permis de construire.

**3<sup>e</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

*REJET*

N° 09-69.645. - CA Grenoble, 23 juin 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Masson-Daum, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Bénabent, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 51-52, 23 décembre 2010, Chronique - Technique contractuelle, n° 2134, p. 27 à 37, spéc. n° 2, p. 28-29, note Jean-Baptiste Seube (« Condition qualifiée de « déterminante » du consentement des parties et possibilité pour l'une d'y renoncer »).*

---

N° **I 50**

## **Cassation**

Pourvoi. - Mémoire. - Mémoire personnel. - Production. - Demandeur non pénalement condamné. - Transmission directe au greffe de la Cour de cassation. - Irrécevabilité.

Aux termes des articles 584 et 585 du code de procédure pénale, seul le demandeur condamné pénalement a la faculté de transmettre son mémoire directement au greffe de la Cour de cassation, après l'expiration du délai de dix jours suivant la déclaration de pourvoi.

Est irrecevable le mémoire personnel adressé directement à la Cour de cassation par le mis en examen, auteur d'un pourvoi contre un arrêt d'une chambre de l'instruction qui a rejeté sa demande d'annulation de pièces de la procédure.

**Crim. - 26 octobre 2010.**

*REJET*

N° 10-85.963. - CA St-Denis, 13 juillet 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Monfort, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 12, décembre 2010, Jurisprudence, p. 559, note Emmanuelle Allain (« Conditions de recevabilité du mémoire personnel »).*

---

N° **I 51**

## **Circulation routière**

Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement. - Titulaire personne morale. - Représentant légal seul redevable.

Il résulte des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route que, lorsque le certificat d'immatriculation d'un véhicule verbalisé

pour excès de vitesse est établi au nom d'une personne morale, seul le représentant légal de celle-ci peut être déclaré redevable pécuniairement de l'amende encourue.

**Crim. - 13 octobre 2010.**

*CASSATION SANS RENVOI*

N° 10-81.575. - Juridiction de proximité de Lyon, 21 janvier 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Lazerges, Rap. - M. Davenas, Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 42, 2 décembre 2010, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 2774, note M. Lena (« Excès de vitesse : responsabilité du représentant légal »). Voir également la Gazette du Palais, n° 5-6, 5-6 janvier 2011, Chronique de jurisprudence - droit pénal, p. 17-18, note Stéphane Detraz.*

---

N° **I 52**

## **Circulation routière**

Vitesse. - Excès. - Personne morale locataire du véhicule verbalisé. - Amende encourue. - Redevable pécuniairement. - Représentant légal de la personne morale locataire.

Il résulte de la combinaison des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route que, lorsque le locataire d'un véhicule verbalisé pour excès de vitesse est une personne morale, seul le représentant légal de celle-ci peut être déclaré redevable pécuniairement de l'amende encourue.

Justifie sa décision la juridiction de proximité qui renvoie des fins de la poursuite la personne morale locataire du véhicule verbalisé pour excès de vitesse dès lors que le représentant légal n'a pas été cité par un acte visant la société prise en la personne de ce dernier, signifié à une personne habilitée trouvée au lieu du siège social.

**Crim. - 13 octobre 2010.**

*REJET*

N° 10-81.865. - Juridiction de proximité de Saint-Ouen, 17 février 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Foulquié, Rap. - M. Davenas, Av. Gén.

---

N° **I 53**

## **Communauté européenne**

Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003. - Compétence en matière de responsabilité parentale. - Déplacement ou non-retour illicite d'un enfant. - Ordre de retour dans l'État de sa résidence habituelle. - Dispositions adéquates prises par les autorités locales pour assurer la protection de l'enfant à son retour. - Office du jour. - Portée.

C'est en faisant application à bon droit de l'article 11 4° du Règlement (CE) n° 2201/2003, du 27 novembre 2003, et en se fondant sur la réponse donnée par le ministère de la justice italien, autorité centrale désignée au titre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, l'informant de la prise des dispositions adéquates auprès des autorités judiciaires et des services sociaux locaux pour assurer la protection des enfants à leur retour en Italie, qu'une cour d'appel a pu ordonner le retour des enfants dans l'État de leur résidence habituelle, le père n'ayant présenté, pour s'opposer à leur retour, aucun élément de preuve autre que les déclarations de ses plus jeunes filles, entendues d'office par le premier juge et dont l'intérêt a été pris en compte.

**1<sup>re</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

*REJET*

N° 08-21.161. - CA Reims, 2 octobre 2008.

M. Charrault, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, M<sup>e</sup> Blondel, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 45-46, 8 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1109, p. 2102, note Alain Devers (« Appréciation du risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2010, Jurisprudence, p. 546-547, note Alexandre Boiché (« Décision de retour dans le cadre du règlement Bruxelles II bis »).*

---

## N° 154

### 1<sup>o</sup> Conflit de lois

Application de la loi étrangère. - Mise en œuvre par le juge français. - Application d'office. - Exclusion. - Cas. - Droits disponibles. - Portée.

### 2<sup>o</sup> Conflit de lois

Succession. - Biens mobiliers ou immobiliers. - Détermination. - Loi applicable. - Loi du for. - Portée.

### 3<sup>o</sup> Conflit de lois

Succession. - Successions mobilières. - Loi applicable. - Loi du dernier domicile du défunt. - Portée.

1<sup>o</sup> Ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, s'agissant de droits disponibles, et est irrecevable le moyen tiré de l'application du droit étranger, alors que le demandeur à l'action en nullité de la donation d'un bien immobilier avait exclusivement, depuis le début de l'instance, revendiqué l'application de la loi française.

2<sup>o</sup> Justifie sa décision la cour d'appel qui qualifie, par application de la loi du for, les parts sociales d'une société immobilière de biens mobiliers, leur situation à l'étranger étant sans incidence sur leur dévolution, conformément à la loi française du lieu d'ouverture de la succession.

3<sup>o</sup> Les meubles héréditaires étant réputés exister au lieu d'ouverture de la succession, leur dévolution est régie par la loi du dernier domicile du défunt.

Viole l'article 3 du code civil la cour d'appel qui retient que les biens meubles situés à l'étranger sont exclus de l'actif successoral.

**1<sup>re</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 08-17.033. - CA Chambéry, 4 mars 2008.

M. Charrault, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2010, p. 33, note Stéphane Valory (« Les parts d'une société immobilière étant de nature mobilière, leur dévolution successorale est soumise à la loi du dernier domicile du défunt »).*

---

## N° 155

### Contrat de travail, durée déterminée

Expiration. - Indemnités. - Indemnité de fin de contrat. - Attribution. - Condition.

Il résulte de l'article L. 1243-10 du code du travail que l'indemnité de fin de contrat n'est pas due lorsque le contrat de travail à

durée déterminée a été conclu au titre des dispositions légales destinées à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi.

En conséquence, encourt la cassation le jugement qui accorde cette indemnité de fin de contrat, alors qu'il a constaté que les salariés avaient été engagés par un contrat d'insertion.

**Soc. - 20 octobre 2010.**

*CASSATION SANS RENVOI*

N° 08-44.933 à 08-44.935. - CPH Toulouse, 9 septembre 2008.

Mme Mazars, Pt (f.f.). - M. Flores, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 65, p. 67. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 50, 14 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1535, p. 19-20, note Thibault Lahalle (« Pas d'indemnité de fin de contrat au titre des CDD d'insertion »).*

---

## N° 156

### Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir de direction. - Conditions de travail. - Modification. - Domaine d'application. - Modification de la cadence de travail. - Condition.

La modification de la cadence de travail, sans répercussion sur la rémunération ou le temps de travail d'un salarié, constitue un simple changement de ses conditions de travail.

**Soc. - 20 octobre 2010.**

*REJET*

N° 08-44.594 à 08-44.596. - CA Montpellier, 27 février 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Copper-Royer, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 14, p. 32-33.*

---

## N° 157

### Communiqué

Dans un arrêt rendu le 26 octobre 2010 (pourvoi n° 09-42 740), la chambre sociale de la Cour de cassation apporte des précisions au sujet de l'encadrement du pouvoir de sanction de l'employeur par le règlement intérieur de l'entreprise.

La loi n° 82-689 du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, a encadré le pouvoir disciplinaire de l'employeur en réglementant le contenu et le processus d'élaboration du règlement intérieur ; celui-ci doit, notamment, comporter les règles permanentes et générales de discipline dans l'entreprise, la nature et l'échelle des sanctions, et la chambre sociale a déjà jugé qu'une sanction ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par ce règlement. La question qui n'avait pas encore été tranchée est celle de savoir si une sanction prévue dans le règlement mais non précisée dans sa durée maximale est ou non licite.

Reprochant à un salarié d'avoir tenu des « propos diffamatoires », son employeur l'a sanctionné par une mise à pied disciplinaire de cinq jours ouvrés. Le règlement intérieur de l'entreprise prévoyait la possibilité pour l'employeur de prononcer une sanction de cette nature, mais n'en précisait pas la durée. Le salarié a donc agi en justice afin de contester cette sanction, dont il invoquait la nullité, à défaut d'être prévue dans sa durée par le règlement intérieur.

Dans son arrêt du 26 octobre, la chambre sociale de la Cour de cassation a accueilli la demande du salarié, en jugeant qu'une



sanction disciplinaire ne peut être prononcée à l'encontre d'un salarié que si elle est prévue par le règlement intérieur de l'entreprise et qu'une mise à pied disciplinaire prévue par le règlement intérieur de l'entreprise n'est licite que si ce règlement en fixe la durée maximale.

## **Contrat de travail, exécution**

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Conditions. - Sanction prévue par le règlement intérieur de l'entreprise. - Portée.

Une sanction disciplinaire ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par le règlement intérieur de l'entreprise, et une mise à pied disciplinaire prévue par ce règlement intérieur n'est licite que si ce règlement précise sa durée maximale.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour refuser d'annuler une mise à pied disciplinaire de cinq jours ouvrés, tout en écartant la sanction prévue au règlement intérieur faute d'être limitée dans sa durée, retient que cette sanction est inhérente au pouvoir disciplinaire de l'employeur, lequel a la faculté, en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur ou d'une convention collective, d'en faire usage, sous le seul contrôle de l'autorité judiciaire.

**Soc. - 26 octobre 2010.**

*CASSATION PARTIELLEMENT SANS RENVOI*

N° 09-42.740. - CA Rennes, 12 mai 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Mansion, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattacini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44, 1<sup>er</sup> novembre 2010, Jurisprudence, n° 1090, p. 2059 (« Une mise à pied prévue par le règlement intérieur n'est licite que si ce règlement précise sa durée maximale »), et dans cette même revue, n° 51, 20 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1280, p. 2388 à 2391, note Danielle Corrigan-Carsin (« Une sanction non prévue par le règlement intérieur est illicite »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 48, 30 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1509, p. 27-28, note Françoise Bousez (« Sanction disciplinaire et prévisions du règlement intérieur »), également parue dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 49, 9 décembre 2010, Jurisprudence, n° 2085, p. 29-30, la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 39, p. 45-46, la Revue de droit du travail, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 719 à 721, note Alexandre Fabre (« La durée maximale de la mise à pied doit être précisée par le règlement intérieur. Ou comment renforcer l'autolimitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 55, décembre 2010, Droit du travail - Repères, n° 3174, p. 57 à 59, note Isabelle Cornesse (« Quand le règlement intérieur limite le pouvoir de sanction »).*

N° **I 58**

## **Contrat de travail, exécution**

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Sanction prohibée. - Applications diverses.

Selon l'article L. 1331-2 du code du travail, « les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite ». La prohibition des sanctions pécuniaires ayant ainsi un caractère d'ordre public auquel ne peut faire échec une disposition du contrat de travail, une cour d'appel a dès lors exactement décidé que la stipulation d'un contrat, en exécution de laquelle l'employeur avait, chaque mois, prélevé une somme fixe sur la rémunération du salarié au titre de l'avantage en nature lié au véhicule

de l'entreprise mis à sa disposition au motif que son chiffre d'affaires était insuffisant, était nulle, comme constituant une sanction pécuniaire.

**Soc. - 20 octobre 2010.**

*REJET*

N° 09-42.896. - CA Bourges, 29 mai 2009.

Mme Mazars, Pt (f.f.). - M. Ludet, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blanc, M<sup>e</sup> Balat, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 38, p. 44-45.*

N° **I 59**

## **Contrat de travail, formation**

Définition. - Contrats successifs. - Sociétés employeurs appartenant au même groupe. - Période d'essai. - Période d'essai stipulée par le second contrat. - Validité. - Condition.

Sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, ou coemploi de fait, la conclusion de contrats de travail successifs avec plusieurs sociétés appartenant au même groupe ne permet pas au salarié de se prévaloir de l'ancienneté acquise au sein de chacune des sociétés.

Après avoir relevé que les deux sociétés ayant successivement engagé le salarié constituaient deux personnes morales distinctes et que l'intéressé avait démissionné de la première, une cour d'appel en a déduit exactement qu'une période d'essai avait pu être valablement stipulée par le second contrat.

**Soc. - 20 octobre 2010.**

*REJET*

N° 08-40.822. - CA Nancy, 11 décembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Goasguen, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Bouloche, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 1, p. 21-22.*

N° **I 60**

## **Contrat de travail, formation**

Période d'essai. - Changement d'affectation du salarié. - Clause prévoyant une période probatoire. - Effet. - Fin de la période d'essai.

En présence d'un avenant stipulant une période probatoire pour l'exercice de nouvelles fonctions, la période d'essai prévue dans le contrat de travail du salarié engagé pour occuper d'autres fonctions a nécessairement pris fin.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui juge qu'un employeur peut renouveler la période d'essai tout en ayant constaté que le salarié était en période probatoire dans l'exercice de fonctions autres que celles définies au contrat de travail initial.

**Soc. - 20 octobre 2010.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 08-42.805. - CA Paris, 15 avril 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Brouchet, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 45-46, 8 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1119, p. 2115, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Superposition d'une période probatoire à une période d'essai »), et dans cette même revue, n° 52,*

27 décembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1316, p. 2446 à 2448, note Jean Mouly (« *Le non-cumul de la période d'essai et de la période probatoire* »). Voir également *La Semaine juridique*, édition social, n° 48, 30 novembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1507, p. 24-25, note Catherine Puigelier (« *Une période probatoire met fin à une période d'essai* »), et la *Revue de jurisprudence sociale*, n° 1/11, janvier 2011, *décision* n° 2, p. 22.

N° 161

## *Contrat de travail, rupture*

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Appréciation. - Exclusion. - Salarié protégé. - Licenciement pour motif économique. - Autorisation administrative. - Effets. - Étendue. - Obligation de reclassement.

Lorsqu'une autorisation administrative de licenciement a été accordée, le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge judiciaire se prononce sur le respect par l'employeur de son obligation de reclassement, légale ou conventionnelle, préalable au licenciement.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui retient la compétence du juge judiciaire pour statuer sur les conséquences de la méconnaissance par l'employeur de l'obligation conventionnelle de saisir la commission territoriale de l'emploi, prévue par les articles 5 et 15 de l'accord interprofessionnel sur l'emploi du 10 février 1969, en vue du reclassement des salariés dont le licenciement est envisagé.

**Soc. - 26 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-42.409. - CA Reims, 13 mai 2009.

56 • Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Didier et Pinet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 62, p. 65.*

N° 162

## **Communiqué**

Dans un arrêt rendu le 26 octobre 2010 (pourvoi n° 09-15.187), la chambre sociale de la Cour de cassation se prononce sur l'étendue des obligations qui pèsent sur l'employeur lorsqu'il décide de réduire les effectifs de son entreprise sans procéder à des licenciements pour motif économique, mais en choisissant de faire appel au volontariat, afin de conclure des accords de rupture amiable.

Cette question, qui n'avait jusque-là pas encore été tranchée par la Cour de cassation, divisait les spécialistes du droit du travail. Le débat portait sur le point de savoir si les dispositions de l'article L. 1233-61 du code du travail, imposant au chef d'une entreprise de plus de cinquante salariés qui projette, pour des raisons économiques, de supprimer plus de dix emplois dans une période de trente jours d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi comportant un plan de reclassement interne, s'appliquent lorsque cette réduction d'emploi ne résulte que d'accords de rupture amiable s'inscrivant dans un plan de départs volontaires.

Faisant état d'une dégradation durable de l'environnement économique au second semestre de l'année 2007, entraînant une chute du marché automobile et imposant une réduction de ses coûts, la société Renault a établi un projet dénommé « programme de plan d'ajustement des effectifs fondé sur le volontariat », qu'elle a soumis en septembre et octobre 2008 au comité central d'entreprise et aux comités d'établissement concernés. Ce document, qui prévoyait la suppression de quatre mille emplois, dont mille dans l'établissement de Sandouville,

ouvrait au personnel de l'entreprise une possibilité de départ volontaire jusqu'au 30 avril 2009, en mettant en place à cette fin des mesures d'aide destinées à favoriser les départs.

Soutenant que ce plan ne répondait pas aux exigences légales, en ce qu'il ne prévoyait aucun reclassement à l'intérieur de l'entreprise, des syndicats ont saisi la juridiction civile pour demander son annulation.

Dans son arrêt du 26 octobre 2010, la chambre sociale approuve l'arrêt de la cour d'appel de Versailles qui avait débouté les salariés. Elle juge qu'un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois.

Il est en effet apparu que l'obligation légale de prévoir des mesures de reclassement interne ne peut, par définition, concerner des salariés qui décident volontairement de quitter l'entreprise, puisque ceux-ci peuvent, en tout état de cause, éviter une rupture de leur contrat en ne se portant pas volontaires pour un départ négocié, ce qui rend alors sans objet la recherche d'un reclassement. Par ailleurs, le plan de reclassement ne s'adressant, selon l'article L. 1233-61 du code du travail, qu'aux salariés « dont le licenciement ne pourrait être évité », il ne paraît pas utile lorsque l'employeur exclut toute rupture prenant la forme d'un licenciement.

## *Contrat de travail, rupture*

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Plan de sauvegarde de l'emploi. - Contenu. - Mesures de reclassement. - Nécessité. - Exclusion. - Cas. - Départs volontaires excluant tout licenciement.

Si l'employeur qui, pour des raisons économiques, entend supprimer des emplois au moyen de départs volontaires doit, lorsque les conditions prévues par l'article L. 1233-61 du code du travail sont remplies, établir un plan de sauvegarde de l'emploi, un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire si le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en terme de suppressions d'emplois.

Doit en conséquence être rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui, constatant que l'employeur s'est engagé à ne prononcer aucun licenciement, retient qu'il n'était pas tenu d'établir un plan de reclassement.

**Soc. - 26 octobre 2010.**

REJET

N° 09-15.187. - CA Versailles, 1<sup>er</sup> avril 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44, 1<sup>er</sup> novembre 2010, Jurisprudence, n° 1089, p. 2059 (« Un plan de départs volontaires excluant tout licenciement ne nécessite pas un plan de reclassement »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 46, 16 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1483, p. 30 à 33, note Grégoire Loiseau (« Les départs volontaires : des plans sans reclassement »), le Recueil Dalloz, n° 40, 18 novembre 2010, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 2653, note L. Perrin (« Départs volontaires : nécessité d'un plan de reclassement »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 28, p. 39-40, la revue Droit social, n° 12, décembre 2010, p. 1164 à 167, note Françoise Favennec-Héry (« PDV, PSE, PDR : un plan chasse l'autre »), la Gazette du Palais, n° 337-338, 3-4 décembre 2010, Chronique*

de jurisprudence - droit du travail, p. 33 à 35, note Bernard Boubli (« Le plan de départs volontaires autonome dispense du plan de reclassement »), et la Revue de droit du travail, n° 12, décembre 2010, Etudes, p. 704 à 709, note Frédéric Géa (« La chambre sociale et le volontariat. A propos de l'arrêt Renault »).

N° 163

## Contrat de travail, rupture

Résiliation judiciaire. - Action intentée par le salarié. - Résiliation prononcée aux torts de l'employeur. - Effets. - Détermination.

Si la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, de sorte que le salarié doit être indemnisé par le versement des indemnités de rupture et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité prévue en cas de non-respect de la procédure de licenciement n'est pas due.

**Soc. - 20 octobre 2010.**

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-70.433. - CA Versailles, 28 octobre 2008.

Mme Mazars, Pt (f.f.). - M. Flores, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 35, p. 43.

N° 164

## Communiqué

(commun aux n° 165 et n° 166 ci-dessous)

Par trois arrêts du 19 octobre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation, statuant en formation plénière, a jugé que certaines règles actuelles de la garde à vue ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme telles qu'interprétées par la Cour européenne. Il en résulte que, pour être conformes à ces exigences, les gardes à vue doivent être menées dans le respect des principes suivants :

- la restriction au droit, pour une personne gardée à vue, d'être assistée dès le début de la mesure par un avocat, en application de l'article 706-88 du code de procédure pénale instituant un régime spécial à certaines infractions, doit répondre à l'exigence d'une raison impérieuse, laquelle ne peut découler de la seule nature de l'infraction ;

- la personne gardée à vue doit être informée de son droit de garder le silence ;

- la personne gardée à vue doit bénéficier de l'assistance d'un avocat dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui ses interrogatoires, auxquels l'avocat doit pouvoir participer.

La chambre criminelle s'est trouvée face à une situation juridique inédite : une non-conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de textes de procédure pénale fréquemment mis en œuvre et par ailleurs en grande partie déclarés inconstitutionnels, dans le cadre du contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel, cette déclaration ayant un effet différé dans le temps.

Des adaptations pratiques importantes qui ne peuvent être immédiatement mises en œuvre s'imposent à l'évidence à l'autorité judiciaire, aux services de police judiciaire et aux avocats. La chambre criminelle a donc décidé de différer l'application des

règles nouvelles, en prévoyant qu'elles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant modifier le régime de la garde à vue ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

Les règles nouvelles ne s'appliquent donc pas aux gardes à vue antérieures à cette échéance.

La chambre criminelle considère que ces arrêts ont aussi pour but de sauvegarder la sécurité juridique, principe nécessairement inhérent au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils assurent enfin la mise en œuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la bonne administration de la justice, laquelle exige que soit évitée une application erratique, due à l'impréparation, de règles nouvelles de procédure.

## 1<sup>o</sup> Convention européenne des droits de l'homme

Article 6. - Droits de la défense. - Garde à vue. - Droits de la personne gardée à vue. - Compatibilité. - Défaut.

## 2<sup>o</sup> Jugements et arrêts

Arrêt de revirement. - Règle nouvelle. - Application dans le temps. - Effet différé jusqu'à l'intervention d'une nouvelle loi ou jusqu'à une date déterminée. - Principe de sécurité juridique et bonne administration de la justice.

1<sup>o</sup> En application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne suspectée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée du droit de se taire et, sauf raison impérieuse tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la nature du crime ou délit reproché, bénéficiaire, en l'absence d'une renonciation non équivoque de sa part, de l'assistance d'un avocat.

Méconnaît, dès lors, le texte conventionnel susvisé la chambre de l'instruction qui déclare conforme à cet article la disposition du droit français prévoyant le report de l'intervention de l'avocat lorsque la personne gardée à vue est mise en cause pour certaines infractions, tel un crime ou délit de trafic de stupéfiants.

2<sup>o</sup> Toutefois, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors que ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice.

Ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

**Crim. - 19 octobre 2010.**

REJET

N° 10-82.902. - CA Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> avril 2010.

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

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 2434, note S. Lavric (« Garde à vue : offensive décisive de la chambre criminelle »), et dans cette même revue, n° 42, 2 décembre 2010, Études et commentaires, p. 2783 à 2792, note Jean Pradel (« Vers une métamorphose de la garde à vue »), et p. 2809 à 2814, note Emmanuel Dreyer (« La Cour de cassation suspend l'application de l'article 6 § 3 de la Convention européenne jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011 »), et n° 2, 13 novembre 2011, Chronique de la Cour de cassation - chambre criminelle, n° 5, p. 132 à 135, note Emmanuelle Degorce (« La non-conformité à l'article 6 de la Convention EDH des dispositions de procédure pénale relatives aux droits de la personne gardée à vue »). Voir également La Semaine juridique,

édition générale, n° 45-46, 8 novembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1104, p. 2094 à 2098, note Haritini Matsopoulou (« Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité »), la revue *Droit pénal*, n° 11, novembre 2010, étude n° 11, p. 12 à 14, note Albert Maron (« Troisième messe de requiem pour la garde à vue »), et étude n° 12, p. 15-16, note Valérie Georget (« A propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme »), la revue *Procédures*, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 422, p. 25-26, note Jacques Buisson (« Garde à vue »), et la *Gazette du Palais*, n° 297-299, 24-26 octobre 2010, *Jurisprudence*, p. 15 à 19, note Olivier Bachelet (« L'inconventionnalité de la garde à vue : le quai de l'Horloge frappé par le syndrome du lac »), n° 321-322, 17-18 novembre 2010, *Jurisprudence*, p. 16, note Stéphane Detraz, n° 325-327, 21-23 novembre 2010, *Doctrine*, p. 17 à 21, spec. p. 18-19, note Laurent Robert et Pierre Gagnoud (« Réforme de la garde à vue : un projet de loi à l'épreuve des juges suprêmes »), et n° 332-334, 28-30 novembre 2010, *Doctrine*, p. 13 à 17, note Lionel Miniato (« Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue »).

N° 165

## 1<sup>o</sup> Convention européenne des droits de l'homme

Article 6. - Droits de la défense. - Garde à vue. - Droits de la personne gardée à vue. - Compatibilité. - Défaut.

### 2<sup>o</sup> Jugements et arrêts

Arrêt de revirement. - Règle nouvelle. - Application dans le temps. - Effet différé jusqu'à l'intervention d'une nouvelle loi ou jusqu'à une date déterminée. - Principe de sécurité juridique et bonne administration de la justice.

1<sup>o</sup> Fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la chambre de l'instruction qui, pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, énonce que la personne gardée à vue a bénéficié de la présence d'un avocat, mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer.

2<sup>o</sup> Toutefois, l'arrêt encourt l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice.

Ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

#### Crim. - 19 octobre 2010.

ANNULATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 10-82.306. - CA Agen, 15 mars 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Finidori, Rap. - M. Robert, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bouthors, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 2434, note S. Lavric (« Garde à vue : offensive décisive de la chambre criminelle »), et dans cette même revue, n° 2, 13 novembre 2011, Chronique de la Cour de cassation - chambre criminelle, n° 5, p. 132 à 135, note Emmanuelle Degorce (« La non-conformité à l'article 6 de la Convention EDH des dispositions de procédure pénale relatives aux droits de la personne gardée à vue »). Voir également La Semaine juridique,*

édition générale, n° 45-46, 8 novembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1104, p. 2094 à 2098, note Haritini Matsopoulou (« Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité »), la revue *Droit pénal*, n° 11, novembre 2010, étude n° 11, p. 12 à 14, note Albert Maron (« Troisième messe de requiem pour la garde à vue »), et étude n° 12, p. 15-16, note Valérie Georget (« A propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme »), la revue *Procédures*, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 422, p. 25-26, note Jacques Buisson (« Garde à vue »), et la *Gazette du Palais*, n° 297-299, 24-26 octobre 2010, *Jurisprudence*, p. 15 à 19, note Olivier Bachelet (« L'inconventionnalité de la garde à vue : le quai de l'Horloge frappé par le syndrome du lac »), n° 321-322, 17-18 novembre 2010, *Jurisprudence*, p. 16, note Stéphane Detraz, n° 325-327, 21-23 novembre 2010, *Doctrine*, p. 17 à 21, spec. p. 18-19, note Laurent Robert et Pierre Gagnoud (« Réforme de la garde à vue : un projet de loi à l'épreuve des juges suprêmes »), et n° 332-334, 28-30 novembre 2010, *Doctrine*, p. 13 à 17, note Lionel Miniato (« Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue »).

N° 166

## 1<sup>o</sup> Convention européenne des droits de l'homme

Article 6. - Droits de la défense. - Garde à vue. - Droits de la personne gardée à vue. - Compatibilité. - Défaut.

### 2<sup>o</sup> Jugements et arrêts

Arrêt de revirement. - Règle nouvelle. - Application dans le temps. - Effet différé jusqu'à l'intervention d'une nouvelle loi ou jusqu'à une date déterminée. - Principe de sécurité juridique et bonne administration de la justice.

1<sup>o</sup> Fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la chambre de l'instruction qui, pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, énonce, d'une part, que la restriction du droit d'être assistée dès le début de la garde à vue par un avocat, imposée à la personne concernée en application de l'article 706-88 du code de procédure pénale, ne peut résulter de la seule nature de l'infraction mais doit répondre à une raison impérieuse, inexistante en l'espèce, et relève, d'autre part, que la personne gardée à vue n'a pas été informée sur son droit de garder le silence.

2<sup>o</sup> Toutefois, l'arrêt encourt l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice.

Ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

#### Crim. - 19 octobre 2010.

ANNULATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 10-85.051. - CA Poitiers, 15 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 2434, note S. Lavric (« Garde à vue : offensive décisive de la chambre criminelle »), et dans cette même revue, n° 2, 13 novembre 2011, Chronique de la Cour de cassation - chambre criminelle, n° 5, p. 132 à 135, note Emmanuelle Degorce (« La non-conformité à l'article 6 de la Convention EDH des dispositions de procédure pénale relatives aux droits de la*

personne gardée à vue ». Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 45-46, 8 novembre 2010, *Jurisprudence*, n° 1104, p. 2094 à 2098, note Haritini Matsopoulou (« Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité »), la revue *Droit pénal*, n° 11, novembre 2010, étude n° 11, p. 12 à 14, note Albert Maron (« Troisième messe de requiem pour la garde à vue »), et étude n° 12, p. 15-16, note Valérie Georget (« A propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme »), la revue *Procédures*, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 422, p. 25-26, note Jacques Buisson (« Garde à vue »), et la *Gazette du Palais*, n° 297-299, 24-26 octobre 2010, *Jurisprudence*, p. 15 à 19, note Olivier Bachelet (« L'inconventionnalité de la garde à vue : le quai de l'Horloge frappé par le syndrome du lac »), n° 321-322, 17-18 novembre 2010, *Jurisprudence*, p. 16, note Stéphane Detraz, n° 325-327, 21-23 novembre 2010, *Doctrine*, p. 17 à 21, spec. p. 18-19, note Laurent Robert et Pierre Gagnoud (« Réforme de la garde à vue : un projet de loi à l'épreuve des juges suprêmes »), et n° 332-334, 28-30 novembre 2010, *Doctrine*, p. 13 à 17, note Lionel Miniato (« Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue »).

N° 167

## Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Équité. - Égalité des armes. - Violation. - Cas. - Application immédiate d'une règle jurisprudentielle nouvelle. - Applications diverses. - Instance en cours au moment du prononcé du revirement.

Un revirement de jurisprudence, dont l'application prive l'une des parties d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne peut recevoir application dans une instance en cours au moment de son prononcé.

Dès lors, si, par un arrêt du 18 mai 2007, la chambre mixte de la Cour de cassation a retenu que la simple déclaration de créance à la liquidation d'une société civile constitue la preuve de vaines poursuites par le créancier de cette société, ce principe ne s'applique pas à une instance en cours dans laquelle le créancier se trouvait, compte tenu de la jurisprudence antérieure, dans l'impossibilité d'éviter de laisser prescrire sa créance.

**Com. - 26 octobre 2010.**  
REJET

N° 09-68.928. - CA Versailles, 28 mai 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Michel-Amsellem, Rap. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au *Recueil Dalloz*, n° 40, 18 novembre 2010, *Actualité / droit des affaires*, p. 2647, note Alain Lienhard (« Société civile en liquidation judiciaire : poursuite contre les associés »).

N° 168

## Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention de Rome du 19 juin 1980. - Loi applicable aux obligations contractuelles. - Article 4. - Absence de choix des parties. - Loi du pays présentant les liens les plus étroits. - Présomption. - Loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique.

Il ne résulte pas de la combinaison des paragraphes 1, 2 et 5 de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles que, dans le cas où

la présomption selon laquelle le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est établi le débiteur de la prestation caractéristique n'est corroborée par aucun autre facteur de rattachement, la loi du lieu d'exécution de cette prestation devrait nécessairement s'appliquer.

**Com. - 19 octobre 2010.**  
REJET

N° 09-69.246. - CA Rennes, 2 juin 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Rémerly, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au *Recueil Dalloz*, n° 38, 4 novembre 2010, *Actualité / droit des affaires*, p. 2509, note Xavier Delpech (« Contrat d'entreprise international : loi applicable »). Voir également la *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 12, p. 21-22, et la *Revue Lamy droit civil*, n° 77, décembre 2010, *Actualités*, n° 4031, p. 11-12, note Alexandre Paulin (« Affinement des critères de détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles »).

N° 169

## Copropriété

Droit de jouissance. - Atteinte. - Parties privatives. - Enlèvement d'objets entreposés dans une cave sans respect des conditions légales.

Un copropriétaire ne peut être tenu des frais correspondant à l'enlèvement par le syndic de copropriété d'objets entreposés dans sa cave qu'à condition que l'intervention du syndic entre dans les prévisions de l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965, qu'elle ait été régulièrement et expressément décidée par une assemblée générale des copropriétaires et qu'elle ait été notifiée au copropriétaire au moins huit jours à l'avance ou, à défaut, que cette mesure réponde à un impératif de sécurité ou de conservation des biens.

**3<sup>e</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**  
CASSATION

N° 09-14.244. - Juridiction de proximité de Lyon, 5 juin 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Rouzet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue *Loyers et copropriété*, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 322, p. 23, note Guy Vigneron (« enlèvement par le syndic d'objets entreposés dans une cave privative »). Voir également la *Revue des loyers*, n° 912, décembre 2010, *jurisprudence*, p. 483 à 485, note Laurence Guégan (« Irrégularité des travaux entrepris par le syndic sur les parties privatives »).

N° 170

## Détention provisoire

Demande de mise en liberté. - Rejet. - Motif. - Insuffisance du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence avec surveillance électronique pour atteindre les objectifs mentionnés à l'article 144 du code de procédure pénale. - Caractérisation. - Nécessité.

Il résulte de l'article 144 du code de procédure pénale que la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs définis par ce texte, et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour rejeter les demandes de mise en liberté d'un accusé condamné par la cour d'assises et ayant relevé appel de cette décision, ne précise pas expressément que les objectifs fixés ne pouvaient être atteints par un placement sous contrôle judiciaire ni par une assignation à résidence avec surveillance électronique.

**Crim. - 13 octobre 2010.**

CASSATION

N° 10-85.552. - CA Pau, 22 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Pometan, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Haas, Av.

N° **I 71**

## *Donation*

Révocation. - Ingratitude. - Action en révocation. - Exercice. - Délai. - Point de départ. - Report au jour de la condamnation pénale établissant la réalité des faits reprochés. - Condition.

Si l'article 957 du code civil, qui fixe le point de départ du délai d'exercice de l'action en révocation pour cause d'ingratitude au jour du délit civil imputé au donataire ou au jour où ce délit aura pu être connu du disposant, n'exclut pas que, lorsque le fait invoqué constitue une infraction pénale, ce point de départ soit retardé jusqu'au jour où la condamnation pénale aura établi la réalité des faits reprochés au gratifié, c'est à la condition que le délai d'un an ne soit pas expiré au jour de la mise en mouvement de l'action publique par le demandeur à la révocation.

**1<sup>re</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

REJET

N° 09-16.451. - CA Paris, 27 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bignon, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Piwnica et Molinié, SCP Boutet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44, 1<sup>er</sup> novembre 2010, Jurisprudence, n° 1081, p. 2051 (« Action en révocation pour ingratitude »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 188, p. 41-42, note Bernard Beignier (« Révocation d'une assurance-vie pour cause d'ingratitude »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2011, Jurisprudence, p. 52-53, note Christophe Vernières (« Point de départ du délai d'exercice de l'action en révocation pour cause d'ingratitude : retour à la rigueur »).*

N° **I 72**

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

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de cession. - Effets à l'égard des créanciers. - Transfert de la charge des sûretés garantissant le remboursement d'un crédit portant sur un bien cédé. - Accord dérogoratoire. - Détermination.

Selon l'article L. 621-96, alinéa 3, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la transmission au cessionnaire de la charge des sûretés garantissant le remboursement d'un crédit s'opère de plein droit, sauf accord entre le cessionnaire et le créancier titulaire d'une sûreté mentionnée par le texte.

Un tel accord ne résulte pas du fait que le créancier et le cessionnaire sont convenus du montant dû par ce dernier au titre des échéances futures du prêt garanti par la sûreté.

**Com. - 19 octobre 2010.**

REJET

N° 09-68.377. - CA Douai, 28 mai 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Rémy, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 38, 4 novembre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2510, note Alain Lienhard (« Plan de cession : renonciation à la transmission d'un nantissement »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 65, p. 61-62, la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4050, p. 36-37, note Jean-Jacques Ansault (« Retour sur le principe de transmission de plein droit de la charge de certaines sûretés réelles dans un plan de cession »), la Gazette du Palais, n° 7-8, 7-8 janvier 2011, Chronique de jurisprudence - entreprises en difficulté, p. 42-43, note Pierre-Michel Le Corre (« Les garants et le conjoint - Les garants »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 55, décembre 2010, Actualités, n° 3162, p. 36-37, note Victoria Mauries (« Prévention des manquements d'initiés imputables aux dirigeants des sociétés cotées »).*

N° **I 73**

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

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de cession. - Obligations du cessionnaire. - Prix. - Recouvrement. - Qualité pour agir. - Détermination.

Le commissaire à l'exécution du plan ayant seul qualité pour recouvrer le prix de cession d'une société qui fait l'objet d'un plan de redressement par cession, une cour d'appel en déduit exactement que cette société ne peut se substituer à ce mandataire de justice pour prétendre que ce prix n'a pas été réglé et en poursuivre le paiement à son seul profit et non en vue de sa distribution, et qu'elle n'est pas davantage recevable en sa demande subsidiaire en paiement de cette même somme, à titre de dommages-intérêts, formée à l'encontre du cessionnaire.

**Com. - 19 octobre 2010.**

REJET

N° 09-67.180. - CA Montpellier, 21 avril 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Pinot, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, M<sup>e</sup> Odent, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 11 novembre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2573, note Alain Lienhard (« Commissaire à l'exécution du plan : recouvrement du prix de cession »).*

N° **I 74**

## *Expertise*

Expertise sur intérêts civils. - Inventaire préalable des scellés. - Nécessité. - Exclusion. - Cas.

Il résulte de l'article 10, alinéa 2, du code de procédure pénale que les articles 97 et 163 du même code, qui prévoient l'établissement préalable d'un inventaire des scellés par le juge avant de les transmettre à l'expert, ne sont pas applicables à une mesure d'expertise ordonnée par une juridiction pénale, statuant sur les intérêts civils.

**Crim. - 20 octobre 2010.**

REJET

N° 09-87.125. - CA Douai, 12 juin 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Labrousse, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Hémy et Thomas-Raquin, SCP Ortscheidt, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Roger et Sevaux, Av.

N° 175

## Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Fixation. - Voies de recours. - Appel. - Mémoires et conclusions. - Dépôt. - Modalités. - Renvoi après cassation. - Éléments de preuve irrecevables devant la première cour d'appel. - Recevabilité (non).

Des éléments de preuve irrecevables devant la première cour d'appel pour avoir été produits après l'expiration du délai d'ordre public de l'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ne peuvent fonder la décision de la cour d'appel de renvoi.

**3<sup>e</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-16.721. - CA Nancy, 13 juillet 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Capron, Av.

N° 176

## Impôts et taxes

Impôt de solidarité sur la fortune. - Champ d'application. - Convention franco-monégasque du 18 mai 1963. - Avenant du 26 mai 2003. - Assujettissement rétroactif. - Validité.

L'avenant du 26 mai 2003 à la Convention du 18 mai 1963 entre la France et la Principauté de Monaco, publié le 23 août 2005, qui assujettit à l'impôt de solidarité sur la fortune, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2002, dans les mêmes conditions que si elles avaient leur domicile ou leur résidence en France, les personnes de nationalité française ayant transporté leur domicile ou leur résidence à Monaco depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1989, ne procède à aucune discrimination et ménage un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la protection des droits des contribuables.

Il ne méconnaît pas les articles premier du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 14 de la même Convention et les principes de sécurité juridique et de confiance légitime.

**Com. - 26 octobre 2010.**

REJET

N° 09-15.044. - CA Aix-en-Provence, 18 décembre 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Farthouat-Danon, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bouthors, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 177

## Indivisibilité

Contrats et obligations conventionnelles. - Conventions indivisibles. - Caractérisation. - Critères. - Commune intention des parties.

Doit être rejeté le pourvoi qui fait grief à l'arrêt d'avoir souverainement déduit des stipulations du contrat de location litigieux - selon lesquelles, les produits faisant l'objet de ce contrat ayant été choisis par le locataire sous sa seule responsabilité et sans la participation du loueur, ce dernier mandatait le locataire pour exercer tout recours à l'encontre du fournisseur, le loueur serait déchargé de toute responsabilité et de toute obligation à cet égard et l'immobilisation temporaire des produits pour quelque cause que ce soit n'entraînerait aucune diminution de loyers ni indemnité - que la commune intention des parties avait

été de rendre divisibles les deux conventions, de sorte que la disparition de l'une ne pouvait priver de cause les obligations nées de l'autre.

**1<sup>re</sup> Civ. - 28 octobre 2010.**

REJET

N° 09-68.014. - CA Paris, 21 novembre 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Bodard-Hermant, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Laugier et Caston, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 41, 25 novembre 2010, Actualité / droit civil, p. 2703, note Xavier Delpech (« Ensemble contractuel : appréciation de la commune intention des parties »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 51-52, 23 décembre 2010, Chronique - Technique contractuelle, n° 2134, p. 27 à 37, spéc. n° 3, p. 30, note Jean-Baptiste Seube (« Efficacité retrouvée de la clause de divisibilité »), et la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4035, p. 13-14, note Alexandre Paulin (« Pas d'absence de cause en présence de contrats divisibles »).*

N° 178

## Indivision

Indivision forcée. - Existence. - Conditions. - Détermination.

Il y a indivision forcée et perpétuelle si le partage du bien indivis rend impossible l'usage ou l'exploitation des fonds principaux divis, ou le détériore notablement.

Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui retient une indivision forcée et perpétuelle, au motif que la cour indivise dont le partage est demandé permet à chaque indivisaire d'accéder à son fonds propre et que le partage judiciaire contreviendrait à cette destination en raison de l'aléa du tirage au sort qui pourrait attribuer à chacun un lot non jointif de sa propriété, alors que la règle du tirage au sort doit être écartée si son application conduit à l'attribution à chaque indivisaire du lot situé devant la propriété de l'autre.

**3<sup>e</sup> Civ. - 27 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-13.600. - CA Rennes, 24 février 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Proust, Rap. - M. Petit, Av. Gén. -, SCP Bénabent, M<sup>e</sup> Blondel Av.

N° 179

## Majeur protégé

Dispositions générales. - Actes. - Acte de disposition sur les droits relatifs au logement ou sur les meubles meublants. - Autorisation du juge des tutelles. - Effets. - Étendue. - Limites. - Détermination.

L'autorisation donnée par le juge des tutelles de vendre la résidence d'un majeur protégé ne fait pas obstacle à l'action en annulation, pour insanité d'esprit, de l'acte passé par celui-ci.

**1<sup>re</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

REJET

N° 09-13.635. - CA Aix-en-Provence, 12 février 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Capitaine, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Bouzidi et Bouhanna, M<sup>e</sup> Odent, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 11, novembre 2010, Jurisprudence, p. 496-497, note Thierry Verheyde (« Un acte autorisé par le juge des tutelles peut être annulé pour insanité d'esprit »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 23, p. 31, la revue Droit de la*

famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 191, p. 43-44, note Ingrid Maria (« L'autorisation du juge des tutelles n'exclut pas l'annulation pour insanité d'esprit »), et le Recueil Dalloz, n° 1, 6 janvier 2011, Études et commentaires, p. 50 à 54, note Gilles Raoul-Cormeil (« Insania omnia corrumpit »).

---

## N° 180

### *Mandat d'arrêt européen*

Exécution. - Procédure. - Extension des effets d'un mandat d'arrêt européen. - Extradition vers un État non-membre de l'Union européenne. - Autorité compétente. - Chambre de l'instruction ayant autorisé la remise de l'intéressé.

Il se déduit des articles 695-21 et 695-46 du code de procédure pénale que l'autorité compétente pour consentir à l'extension des effets d'un mandat d'arrêt européen, y compris à une mesure d'extradition vers un État non-membre de l'Union européenne, est la chambre de l'instruction qui a autorisé la remise de l'intéressé.

**Crim. - 19 octobre 2010.**  
CASSATION

N° 10-85.582. - CA Paris, 30 juin 2010.

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

---

## N° 181

### *Mineur*

Assistance éducative. - Procédure. - Voies de recours. - Appel. - Effet dévolutif. - Portée.

Si le juge des enfants peut à tout moment modifier ou rapporter ses décisions, il incombe à la cour d'appel de se placer au moment où elle statue pour apprécier les faits.

Méconnaît l'étendue de ses pouvoirs et viole l'article 561 du code de procédure civile la cour d'appel qui énonce que l'effet dévolutif de l'appel ne l'autorise qu'à apprécier le bien-fondé d'une décision d'assistance éducative au jour où elle a été prononcée sans prendre en compte l'évolution subséquente de la situation de l'enfant et de ses parents, dont le juge des enfants reste saisie en application des dispositions de l'article 375-6 du code civil.

**1<sup>er</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**  
CASSATION

N° 09-68.141. - CA Versailles, 22 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Capitaine, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44, 1<sup>er</sup> novembre 2010, Jurisprudence, n° 1080, p. 2050 (« Mesure d'assistance éducative et effet dévolutif de l'appel »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 184, p. 36-37, note Claire Neirinck (« Effet dévolutif de l'appel et évolution du danger en assistance éducative »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2010, Jurisprudence, p. 536-537, note Marie Douris (« Effet dévolutif de l'appel en assistance éducative : l'appréciation des faits au jour de la décision »).*

---

## N° 182

### *Navigation maritime*

Tribunal maritime commercial. - Composition. - Article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande. - Abrogation. - Conseil constitutionnel. - Effets. - Détermination.

Doit être annulé le jugement rendu dans la composition prévue par l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande dès lors que, par décision du 2 juillet 2010, publiée au *Journal officiel* le 3 juillet 2010, le Conseil constitutionnel, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité, a déclaré cet article contraire à la Constitution, dit que cette abrogation était applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de ladite décision et qu'à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siègeraient dans la composition des juridictions pénales de droit commun.

**Crim. - 13 octobre 2010.**  
ANNULATION

N° 09-85.443. - Tribunal maritime commercial de Boulogne-sur-Mer, 3 avril 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Ponroy, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

---

## N° 183

### *Procédures civiles d'exécution*

Mesures d'exécution forcée. - Titre. - Titre exécutoire. - Définition. - Transaction sous seing privé reçue par un notaire et déposée au rang des minutes de celui-ci.

L'article 1441-4 du code de procédure civile ne fait pas obstacle à ce qu'une transaction sous seing privé soit reçue par un notaire et que celui-ci lui confère force exécutoire.

La copie exécutoire délivrée par un notaire d'une transaction sous seing privé déposée au rang des minutes de celui-ci pour qu'elle acquière tous les effets d'un acte authentique constitue un titre exécutoire.

**2<sup>e</sup> Civ. - 21 octobre 2010.**  
REJET

N° 09-12.378. - CA Aix-en-Provence, 12 décembre 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Moussa, Rap. - SCP Ghestin, M<sup>e</sup> Blondel, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit et procédures, n° 1, janvier 2011, Jurisprudence commentée, p. 19 à 21, note Emmanuel Putman.*

---

## N° 184

### *Publicité foncière*

Domaine d'application. - Demande en justice. - Demande en annulation ou résolution d'une vente. - Assignation initiale. - Défaut de publication. - Effets. - Limites. - Détermination.

Viole les articles 28-4° c et 30-5 du décret du 4 janvier 1955 la cour d'appel qui déclare irrecevable la demande tendant à l'annulation ou à la résolution d'une vente en l'absence de publication de l'assignation initiale, alors que la publication, en cours d'instance, des conclusions récapitulatives contenant la demande d'annulation ou de résolution de la vente rendait cette demande recevable.

**3<sup>e</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**  
CASSATION



N° 09-16.640. - CA Poitiers, 18 juin 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Gabet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 185

## Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Attributions. - Attributions consultatives. - Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise. - Examen annuel des comptes. - Assistance d'un expert-comptable. - Rémunération. - Litige. - Compétence.

En vertu des articles L. 434-6 et R. 434-2, recodifiés L. 2325-35, L. 2325-39, L. 2325-40 et R. 2325-7, du code du travail, le président du tribunal de grande instance, compétent en cas de litige portant sur la rémunération de l'expert-comptable mentionné à l'article L. 2325-35, statue en la forme des référés. Lorsqu'il est saisi d'une telle action, il a aussi le pouvoir de statuer sur la demande connexe de communication de documents par une décision au fond.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui déclare d'office une telle demande irrecevable, au motif qu'elle ne relève pas des pouvoirs du président statuant en la forme des référés et aurait dû être portée devant le juge des référés.

**Soc. - 26 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-15.601. - CA Paris, 8 avril 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 52, p. 54-55. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 50, 14 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1546, p. 39-40, note Stéphane Brissy (« Demande en paiement d'honoraires et en communication de pièces présentée par l'expert-comptable du comité d'entreprise »).*

N° 186

## Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Attributions. - Attributions consultatives. - Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise. - Modification dans l'organisation économique ou juridique de l'entreprise. - Domaine d'application. - Modification découlant de la mise en œuvre de loi. - Conditions. - Conséquences pour les salariés.

Aux termes de l'article L. 2323-19 du code du travail, le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion ou de cession. L'employeur doit indiquer les motifs des modifications projetées et consulter le comité d'entreprise sur les mesures qui sont envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui, après avoir relevé que l'adoption de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 portant réforme de l'audiovisuel public et la négociation prochaine du contrat d'objectifs et de moyens (COM) entre la société AEF et l'État emportaient des conséquences pour les salariés de la société RFI et étaient de nature à influencer sur l'appréciation par le comité d'entreprise du projet global de modernisation mis en place au sein de la société RFI, retient que le comité d'entreprise aurait dû être informé et consulté sur ces différentes modifications économiques et juridiques, peu important que celles-ci soient la conséquence de dispositions légales.

**Soc. - 26 octobre 2010.**

REJET

N° 09-67.760. - CA Paris, 11 mai 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 54, p. 56-57. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 50, 14 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1542, p. 31 à 33, note Lionel Sébille (« Consultation du comité d'entreprise sur les modifications de l'organisation de l'entreprise »).*

N° 187

## Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Attributions. - Attributions consultatives. - Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise. - Opération de concentration. - Partie à l'opération de concentration. - Définition. - Affectation directe ou indirecte par l'opération de contrôle.

Sont parties à une opération de concentration, pour l'application du Règlement (CE) n° 802/2004, du 7 avril 2004, et des articles L. 2323-1 et L. 2323-20, l'ensemble des entités économiques qui sont affectées, directement ou indirectement, par la prise de contrôle.

Une cour d'appel qui constate que l'opération projetée a pour effet de supprimer l'un des acteurs du marché et qu'elle a une incidence sur la situation des salariés des sociétés qui, indirectement, en étaient la cible décide exactement que ces sociétés étaient parties à l'opération et que le comité central d'entreprise de l'unité économique et sociale (l'UES) qu'elles constituent est fondé à recourir à l'assistance d'un expert-comptable chargé d'analyser le projet.

**Soc. - 26 octobre 2010.**

REJET

N° 09-65.565. - CA Versailles, 14 janvier 2009.

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

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 337-338, 3-4 décembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit du travail, p. 37-38, note Bernard Boubli (« Une filiale est partie intéressée à une opération de concentration »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 53, p. 55-56, la Revue Lamy droit des affaires, n° 55, décembre 2010, Actualités, n° 3168, p. 53, note Coralie Anadon (« Quelles sont les parties à l'opération de concentration ? »), et La Semaine juridique, édition social, n° 50, 14 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1543, p. 33 à 35, note Jean-Sébastien Lipski (« Assistance d'un expert-comptable lors d'une opération de concentration »).*

**Note sous Soc., 26 octobre 2010, n° 187 ci-dessus**

L'article L. 2323-20 du code du travail constitue, pour les opérations de concentration, une application particulière de la mission générale d'information et de consultation que l'article L. 2323-1 attribue au comité d'entreprise dans le domaine de la gestion et de l'évolution économique et financière de l'entreprise. Il s'applique dès lors que l'employeur est partie à une opération de concentration relevant de l'article L. 430-1 du code de commerce. Il lui impose alors de réunir le comité d'entreprise dès que la notification du projet de concentration est publiée. Le comité d'entreprise peut en ce cas choisir un expert-comptable chargé de l'assister. Mais il est nécessaire de déterminer à partir de quels éléments l'employeur peut être qualifié de partie à l'opération de concentration. Cette notion est ici appréhendée en fonction des définitions du droit

communautaire et, en particulier, en considération des prévisions du Règlement européen (CE) n° 802/2004, de la Commission, du 7 avril 2004, déterminant les conditions de mise en œuvre du Règlement n° 139/2004, du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des opérations de concentration. L'article 1.6 de l'annexe 1 du Règlement n° 802/2004 inclut parmi les « parties » toutes les entreprises appartenant au même groupe, qui se trouvent ainsi associées à la procédure de contrôle. Même s'il ne concerne que la procédure communautaire de contrôle des concentrations, ce texte permet de comprendre que les parties ne sont pas uniquement les deux entités qui fusionnent, mais aussi toutes celles qui se trouvent impliquées indirectement dans l'opération. En l'espèce, la décision de recourir à l'aide d'un expert avait été prise par le comité d'entreprise de l'unité économique et sociale regroupant des filiales françaises d'un groupe international. L'opération de concentration entre la société mère et une société exerçant la même activité mais appartenant à un autre groupe avait pour objet de regrouper dans un même groupe d'entreprises l'ensemble des activités des entités composant les deux groupes qui, jusqu'alors, occupaient des positions concurrentes. Les filiales françaises du groupe « cible » se trouvaient ainsi impliquées, de manière indirecte, dans l'opération. C'est à partir de cet élément que la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir validé la mesure d'expertise-comptable. Mais il est aussi nécessaire que l'opération envisagée puisse avoir une incidence sur la situation des salariés des sociétés indirectement impliquées dans la concentration, ainsi que le rappelle l'arrêt.

N° 188

### *Sécurité sociale*

Cotisations. - Assiette. - Part des cotisations du salarié à un régime de retraite complémentaire acquittée par l'employeur.

Hormis le cas spécifique des accords interprofessionnels prévu par l'article L. 921-4 du code de la sécurité sociale, la part des cotisations du salarié à un régime de retraite complémentaire acquittée par l'employeur constitue un avantage salarial qui entre dans l'assiette des cotisations sociales dues par l'employeur.

**2<sup>e</sup> Civ. - 21 octobre 2010.**

REJET

N° 09-17.042. - TASS La Roche-sur-Yon, 18 septembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Cadiot, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M<sup>e</sup> Luc-Thaler, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 71, p. 70 à 72.*

N° 189

### *Sécurité sociale, accident du travail*

Maladies professionnelles. - Dispositions générales. - Travaux susceptibles de les provoquer. - Exposition au risque. - Pluralité d'employeurs. - Imputation. - Preuve. - Charge. - Détermination.

La maladie professionnelle doit être considérée comme contractée au service du dernier employeur chez lequel la victime a été exposée au risque, avant sa constatation médicale, sauf à cet employeur de rapporter la preuve que cette affection doit être imputée aux conditions de travail de l'assuré au sein des entreprises précédentes.

**2<sup>e</sup> Civ. - 21 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-67.494. - Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, 9 avril 2009.

M. Loriferne, Pt. - Mme Coutou, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M<sup>e</sup> Blondel, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 51-52, 21 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1559, p. 36-37, note Dominique Asquinazi-Bailleux (« Détermination de l'entreprise dans laquelle la maladie a été contractée »).*

N° 190

### *Société anonyme*

Assemblée générale. - Assemblée générale extraordinaire. - Pouvoirs. - Modification des statuts. - Conditions. - Rapport du conseil d'administration. - Nécessité (non).

L'article L. 225-96 du code de commerce n'impose pas que l'assemblée générale extraordinaire statue sur rapport du conseil d'administration, et l'absence d'un tel rapport n'est donc pas de nature à entraîner son annulation.

**Com. - 26 octobre 2010.**

REJET

N° 09-71.404. - CA Paris, 24 septembre 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Petit, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44, 1<sup>er</sup> novembre 2010, Jurisprudence, n° 1087, p. 2058 (« L'irrégularité de la convocation d'une AGE n'entraîne pas son annulation »), et dans cette même revue, n° 49, 6 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1211, p. 2282-2283, note Pierre Mousseron (« Restructuration des réseaux d'indépendants : la force des regroupements sociétaires »), également paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 1-2, 13 janvier 2011, Jurisprudence, n° 1001, p. 29-30. Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 1-2, 13 janvier 2011, Chronique - Droit des sociétés, n° 1000, p. 23 à 28, spéc. n° 2 - A, p. 26-27, note Florence Deboissy et Guillaume Wicker (« Dispositions spéciales - Sociétés anonymes »), la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 54, p. 50 à 52, la Gazette du Palais, n° 349-350, 15-16 décembre 2010, Jurisprudence, p. 20-21, note Anne-Françoise Zattara-Gros (« Modification des statuts et augmentation des engagements des associés »), le Bulletin Joly sociétés, n° 1, janvier 2011, Jurisprudence, n° 10, p. 14 à 16, note Philippe Merle (« Pas de rapport obligatoire du conseil d'administration sur le projet de modification des statuts en assemblée générale extraordinaire »), la revue Banque et droit, n° 134, novembre-décembre 2010, Chronique - droit des sociétés, p. 56-57, note Isabelle Riassetto, et le Recueil Dalloz, n° 39, 11 novembre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2578, note Alain Lienhard (« Assemblée générale extraordinaire : rapport du conseil d'administration »), et cette même revue, n° 44, 23 décembre 2010, Études et commentaires, p. 2947 à 2950, note Alain Couret (« L'assemblée générale extraordinaire : une assemblée à risques »).*

N° 191

### *Société civile professionnelle*

Huissiers de justice. - Associés. - Retrait. - Date d'effet. - Cession des parts sociales (non).

Le retrait d'un associé d'une société civile professionnelle d'huissiers de justice ne peut résulter de la seule cession des parts sociales.

Il ne prend effet, en application de l'article 31 du décret n° 69-1274 du 31 décembre 1969, qu'à la date à laquelle est publié l'arrêté le prononçant.

**1<sup>re</sup> Civ. - 28 octobre 2010.**

REJET

N° 09-68.135. - CA Basse-Terre, 11 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Garban, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, SCP Tiffreau et Corlay, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 11 novembre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2577, note Alain Lienhard (« Retrait d'un associé de SCP : perte de la qualité d'associé et droit aux bénéficiaires »). Voir également le Bulletin Joly sociétés, n° 1, janvier 2011, Jurisprudence, n° 8, p. 21 à 25, note Dorothée Gallois-Cochet (« Conséquences sur les parts d'industrie du retrait d'un associé de SCP »), et La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 1-2, 13 janvier 2011, Chronique - Droit des sociétés, n° 1000, p. 23 à 28, spéc. n° 2 - B, p. 27-28, note Florence Deboissy et Guillaume Wicker (« Dispositions spéciales - Sociétés civiles »).*

N° **I92**

**I<sup>o</sup> Succession**

Rapport. - Libéralités rapportables. - Conditions. - Libéralité reçue par un héritier *ab intestat*. - Portée.

**2<sup>o</sup> Succession**

Recel. - Domaine d'application. - Donation rapportable et susceptible d'être réductible. - Portée.

1<sup>o</sup> En application de l'article 843 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, le rapport des libéralités à la succession n'est dû que par les héritiers *ab intestat*.

Viole cet article l'arrêt qui ordonne un tel rapport à des légataires à titre universel qui n'ont pas la qualité d'héritiers *ab intestat*.

2<sup>o</sup> En application de l'article 792 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, seule la dissimulation d'une donation rapportable et susceptible d'être réductible peut être qualifiée de recel successoral.

Viole cet article l'arrêt qui inflige la peine du recel successoral aux bénéficiaires de libéralités non rapportables et, en l'absence d'héritiers réservataires, non susceptibles d'être réductibles.

**1<sup>re</sup> Civ. - 20 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-16.157. - CA Besançon, 3 juin 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Auroy, Rap. - Mme Falletti, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blondel, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 190, p. 42, note Bernard Beignier (« Rapport des libéralités à la succession »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2010, Jurisprudence, p. 549-550, note Christophe Vernières (« Le légataire peut-il être tenu du rapport et condamné pour recel successoral ? »).*

N° **I93**

**Syndicat professionnel**

Délégué syndical. - Désignation. - Nombre de délégués. - Nombre légal. - Appréciation. - Pluralité de syndicats affiliés à une même confédération. - Portée.

Sauf accord collectif plus favorable, une confédération syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi.

Il en résulte, d'une part, que lorsqu'une organisation syndicale désigne un délégué syndical surnuméraire, cette désignation ouvre, à compter de la dernière désignation litigieuse ou de la décision prise par l'organisation syndicale pour mettre fin à cette situation, un nouveau délai de contestation de l'ensemble des désignations en cause et, d'autre part, qu'il appartient alors aux syndicats de justifier des dispositions statutaires déterminant le syndicat ayant qualité pour procéder aux désignations des délégués syndicaux ou à leur remplacement, ou de la décision prise par l'organisation syndicale d'affiliation pour régler le conflit conformément aux dispositions statutaires prévues à cet effet. À défaut, par application de la règle chronologique, seule la désignation notifiée en premier lieu doit être validée.

Saisi d'un tel litige, le tribunal d'instance doit convoquer l'ensemble des syndicats et des délégués syndicaux concernés par les désignations contestées.

**Soc. - 29 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-67.969 et 09-68.207. - TI Bobigny, 7 juillet 2009.

Mme Morin, Pt (f.f.). - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Luc-Thaler, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 42, 2 décembre 2010, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 2778, note L. Perrin (« Délégué syndical : contestation de la désignation »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 60, p. 63, la revue Droit social, n° 1, janvier 2011, p. 62 à 72, spéc. n° 18, p. 68, et 29, p. 70, note Marie-Laure Morin (« Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise »), et ce même numéro, Actualité jurisprudentielle, p. 114 à 116, note Franck Petit, et La Semaine juridique, édition social, n° 50, 14 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1544, p. 36-37, note Romain Chiss (« Désignation de délégués syndicaux par une confédération et les organisations affiliées »).*

**Note sous Soc., 29 octobre 2010, n° 193 ci-dessus**

La Cour de cassation a depuis longtemps cherché à dégager des règles permettant de sortir d'un conflit né de la concurrence de plusieurs organisations syndicales affiliées à la même confédération ou union syndicale. Traditionnellement, la chambre sociale affirme que, sauf accord collectif plus favorable, une confédération et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi. Cette solution a été réaffirmée après la loi du 20 août 2008, qui, en repositionnant la place des acteurs syndicaux en entreprise, avait pu ouvrir une interrogation sur le rôle de l'affiliation dans l'exercice des prérogatives syndicales. Par un arrêt du 13 janvier 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 13), la chambre sociale a affirmé que, comme avant la loi du 20 août 2008, une union syndicale pouvait désigner un représentant syndical en entreprise au même titre qu'un syndicat primaire, puis, par un arrêt du 22 septembre 2010 (pourvoi n° 10-60.135, en cours de publication), qu'une union et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent présenter ensemble qu'une seule liste au même scrutin. Des conflits peuvent, dans ces conditions, surgir lorsque plusieurs syndicats affiliés à une même confédération exercent, simultanément ou successivement, la même prérogative. La chambre sociale avait donné quelques pistes de règlement des conflits, en évoquant, d'abord, le fait que seul le syndicat ayant donné mandat pouvait retirer ce mandat, ce qui rendait de fait illicite la seconde désignation faite par un autre syndicat, et, ensuite, que primait l'ordre chronologique des désignations (Soc., 27 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 214). Dans un deuxième temps, cependant, elle a indiqué que si les statuts confèrent à l'union ou la confédération la capacité d'arbitrer un tel conflit, la décision d'arbitrage s'impose au juge du contentieux (Soc., 16 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 288).

Devant la multiplication des conflits liés à la recombinaison du paysage suite à la loi du 20 août 2008, la chambre sociale a estimé nécessaire de reformuler de manière nette et globale toutes les règles permettant au juge de donner une solution à ces litiges. C'est l'objet de l'arrêt du 29 octobre 2010, qui part d'une situation où deux salariés avaient été successivement désignés à la même fonction de délégué syndical par des syndicats affiliés à la même confédération. L'employeur avait alors demandé aux organisations syndicales et à la fédération syndicale de lui indiquer lequel il devait considérer comme le délégué en fonction et, au regard des réponses discordantes, avait saisi le tribunal d'instance. Ce dernier a alors déclaré l'employeur forclus, dans la mesure où sa saisine était intervenue plus de quinze jours après chacune des désignations.

La chambre sociale censure cette décision. Partant de la règle générale, rappelée en tête du chapeau de l'arrêt, selon laquelle une confédération syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévue par la loi, elle en décline les conséquences s'agissant des conflits.

D'abord, en cas de concurrence des désignations, le tribunal d'instance est valablement saisi de l'ensemble des désignations en question dès lors que la contestation est formée dans les quinze jours de la seconde désignation, ou de l'acte par lequel l'organisation syndicale a fait connaître de quelle désignation il fallait, selon elle, tenir compte. Il ne peut donc être opposé la forclusion de la contestation de la première désignation, compte tenu des éléments nouveaux intervenus depuis lors. Ensuite, le tribunal doit convoquer l'ensemble des syndicats et représentants syndicaux concernés par la contestation. Enfin, pour statuer, il doit s'appuyer sur les éléments que les syndicats ont la charge de lui remettre et qui établissent soit que les règles de règlement des litiges directement prévues par les statuts ont été correctement appliquées (ce qui peut être le cas lorsque les statuts de l'union donnent officiellement priorité au syndicat primaire présent dans l'entreprise pour effectuer une désignation), soit qu'une décision d'arbitrage est intervenue en interne au sein de l'organisation syndicale d'affiliation, conformément aux dispositions statutaire. Et ce n'est qu'en l'absence de l'un ou l'autre de ces éléments que le juge tranchera en s'appuyant sur le critère chronologique. Cette jurisprudence devrait permettre de réduire les litiges en laissant aux organisations syndicales, en amont, la responsabilité de le régler en interne.

## N° 194

### *Syndicat professionnel*

Section syndicale. - Représentant. - Désignation. - Cadre de la désignation. - Entreprise ou établissement distinct. - Cadre alternatif. - Portée.

Il résulte des articles L. 2142-1 et L. 2142-14-1 du code du travail qu'un syndicat non représentatif peut désigner un représentant de section syndicale soit au niveau des établissements distincts, soit au niveau de l'entreprise, mais aucune disposition légale n'institue un représentant de section syndicale central.

**Soc. - 29 octobre 2010.**  
CASSATION

N° 09-60.484. - TI Avignon, 18 décembre 2009.

Mme Morin, Pt (f.f.). - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 57, p. 60-61. Voir également la revue Droit social, n° 1, janvier 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 114 à 116, note Franck Petit.*

## N° 195

### *Transports maritimes*

Marchandises. - Acconier. - Responsabilité. - Limitation. - Domaine d'application. - Définition.

En application de l'article 28 de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, la responsabilité du transporteur n'est limitée que pour les pertes ou dommages subis par la marchandise. Celle de l'entrepreneur de manutention, aux termes de l'article 54 de la même loi, ne peut en aucun cas dépasser les mêmes limites. Il s'ensuit que la limitation de responsabilité est applicable aux autres pertes et dommages lorsqu'ils sont imputables à l'entrepreneur de manutention.

Viola en conséquence les textes susvisés la cour d'appel qui, pour condamner l'entrepreneur de manutention à payer au transporteur maritime la totalité des frais engagés sur la marchandise, retient que le bénéfice du plafond d'indemnisation ne peut être étendu au-delà de ce que les textes prévoient, et notamment aux dommages consécutifs ou annexes supportés par le transporteur qui a dû engager des frais de destruction de la marchandise, divers frais et faire face à des surestaries pour l'immobilisation du conteneur postérieurement à la date de sa remise au destinataire.

**Com. - 19 octobre 2010.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 09-15.244. - CA Aix-en-Provence, 12 février 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Lecaroz, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

## N° 196

### *Travail réglementation, rémunération*

Salaires. - Égalité des salaires. - Atteinte au principe. - Conditions. - Éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération. - Preuve. - Nécessité.

Il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, après avoir constaté que la rémunération des avocats salariés d'un cabinet dépendait uniquement de l'intéressement sur les honoraires qu'ils généraient, a, pour débouter un avocat salarié d'une demande de rappel de salaire, retenu que celui-ci, qui se bornait à faire valoir que la rémunération moyenne mensuelle des avocats salariés du cabinet était supérieure à la sienne, ne fournissait aucun renseignement sur les montants des honoraires réalisés par chacun d'eux au regard de son propre chiffre d'affaires.

**Soc. - 20 octobre 2010.**  
REJET

N° 08-19.748. - CA Aix-en-Provence, 26 juin 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Ludet, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Haas, SCP Defrenois et Levis, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 10, p. 30-31. Voir également la revue Droit social, n° 1, janvier 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 97 à 99, note Christophe Radé.*

N° 197

## Travail réglementation, santé et sécurité

Services de santé au travail. - Examens médicaux. - Surveillance médicale renforcée. - Fréquence des examens. - Renouvellement au moins une fois par an. - Nécessité. - Portée.

En vertu de l'article R. 4624-17 du code du travail, les examens périodiques pratiqués dans le cadre de la surveillance médicale renforcée définie à l'article R. 4624-19 sont renouvelés au moins une fois par an. Selon l'article R. 4624-20 du même code, le médecin du travail est juge de la fréquence et de la nature des examens que comporte la surveillance médicale renforcée, mais ces dispositions ne font pas obstacle aux examens périodiques pratiqués en application des dispositions de l'article R. 4624-17.

Il en découle que la circonstance que le médecin du travail est juge de la fréquence des examens que comporte la surveillance médicale renforcée ne permet pas d'éluider le renouvellement annuel des examens périodiques pratiqués dans le cadre de la surveillance médicale renforcée.

**Soc. - 26 octobre 2010.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-42.634. - CA Angers, 2 septembre 2008.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Frouin, Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Ortscheidt, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 49, p. 52-53.*

N° 198

## Vente

Garantie. - Vices cachés. - Action réhibitoire ou estimatoire. - Option. - Exercice. - Office du juge.

Le choix entre l'action estimatoire et l'action réhibitoire prévu à l'article 1644 du code civil appartient à l'acheteur et non au juge, qui n'a pas à motiver sa décision sur ce point et justifie légalement sa décision de prononcer la résolution de la vente par ses seules constatations relatives à l'existence d'un vice réhibitoire, sans être tenu de procéder à une recherche inopérante sur la possibilité de réparer les défauts à un faible coût.

**3° Civ. - 20 octobre 2010.**

REJET

N° 09-16.788. - CA Montpellier, 26 mai 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Jacques, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 46, 19 novembre 2010, Jurisprudence, n° 808, p. 5 (« Les défauts acoustiques peuvent constituer un vice caché »).*

N° 199

## Vente

Immeuble. - Droit de préemption de certains locataires ou occupants de logements. - Loi du 31 décembre

1975. - Obligations du bailleur. - Offre de vente. - Acceptation de l'offre par le preneur. - Erreur de droit du bailleur. - Effet.

Viole l'article 1109 du code civil la cour d'appel qui, pour déclarer la vente parfaite au profit de la locataire, retient que le propriétaire de l'immeuble a commis une erreur inexcusable en se méprenant sur l'existence d'un droit de préemption à son profit, alors que le caractère inexcusable de l'erreur de droit à l'origine de la notification d'une offre de vente sur le fondement de l'article 10-I de la loi du 31 décembre 1975 est sans incidence sur la validité de l'offre.

**3° Civ. - 20 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-66.113. - CA Paris, 12 février 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Gabet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boutet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 307, p. 13-14, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Droit de préemption : erreur de droit sur la cause de l'engagement »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4033, p. 12-13, note Alexandre Paulin (« Inapplicabilité de la notion d'erreur excusable en présence d'une erreur sur la cause »), et la Gazette du Palais, n° 12-13, 12-13 janvier 2011, Chronique de jurisprudence - droit des contrats, p. 19, note Dimitri Houtcieff (« L'erreur obstacle est toujours excusable »).*

N° 200

## Vente

Vendeur. - Obligations. - Obligation de conseil. - Etude des besoins de l'acheteur.

Il incombe au vendeur professionnel de prouver qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur, afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée et à l'utilisation qui en est prévue.

**1<sup>re</sup> Civ. - 28 octobre 2010.**

CASSATION

N° 09-16.913. - CA Nîmes, 17 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Bouleuz, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 11 novembre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2580, note Xavier Delpech (« Vendeur professionnel : obligation de conseil »). Voir également le Répertoire du notariat Defrénois, n° 21, 15 décembre 2010, Jurisprudence, Décisions commentées, n° 39181, p. 2309 à 2315, note Gaylor Rabu (« Extension de l'obligation de conseil à la charge du vendeur professionnel »), la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 616-617, note Philippe Malinvaud (« De l'obligation d'information et de conseil des fabricants et fournisseurs »), la Revue Lamy droit civil, n° 78, janvier 2011, Actualités, n° 4076, p. 12, note Alexandre Paulin (« Illustration du devoir de conseil incombant au vendeur professionnel »), et la Gazette du Palais, n° 342-343, 8-9 décembre 2010, Jurisprudence, p. 14-15, note Éric Bazin (« Le conseil éclairé par les besoins de l'acquéreur est une obligation »), et cette même revue, n° 12-13, 12-13 janvier 2011, Chronique de jurisprudence - droit des contrats, p. 20, note Dimitri Houtcieff (« L'obligation de s'informer pour informer »).*

## DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION

### Commission nationale de réparation des détentions

N° 201

#### *Réparation à raison d'une détention*

Bénéfice. - Exclusion. - Cas. - Personne qui s'est librement et volontairement accusée ou laissée accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites. - Caractérisation. - Défaut.

Selon l'article 149 du code de procédure pénale, aucune réparation n'est due à une personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement accusée ou laissée accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites.

Doit être réformée la décision du premier président qui a déclaré une requête en réparation irrecevable pour ce motif, alors, d'une part, que les aveux de la personne concernée étaient intervenus deux mois et demi après son placement en détention et avaient été maintenus pendant un temps très bref, et que, d'autre part, selon l'ordonnance de mise en accusation, le mis en examen avait expliqué ses aveux mensongers par l'effet d'un traitement médicamenteux ainsi que les conseils de son avocate.

18 octobre 2010

*INFIRMATION*

N° 10-CRD.016.- CA Aix-en-Provence, 5 février 2010.

M. Breillat, Pt. - Mme Leprieur, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Couturier-Heller, M<sup>e</sup> Gaudon, Av.

N° 202

#### *Réparation à raison d'une détention*

Compétence du juge de la réparation. - Exclusion. - Contentieux du paiement des honoraires. - Portée.

Le contentieux du paiement des honoraires ne rentre pas dans la compétence du juge de la réparation, au titre de l'article 149 du code de procédure pénale.

Dès lors, il n'y a pas lieu d'exiger du demandeur un justificatif du paiement des honoraires de défense afférents à la détention provisoire.

18 octobre 2010.

*INFIRMATION PARTIELLE*

N° 10-CRD.019. - CA Aix-en-Provence, 5 février 2010.

M. Breillat, Pt. - M. Straehli, Rap. -M. Charpenel, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Couturier-Heller, M<sup>e</sup> Cerda, Av.

## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **104,70 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 97) : **19 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon  
la zone de destination, tarif sur demande

Société : .....

Civilité - Nom - Prénom : .....

Complément de nom : .....

Adresse : .....

Complément d'adresse : .....

Code postal : .....

Ville : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Adresse électronique : .....

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) : .....

Numéro de payeur : .....

Date : ..... Signature : .....

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,  
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

<sup>2</sup> Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2010, frais de port inclus.





191117360-000211



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 :  
Jacques Mouton

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 0992-6623



**Direction de l'information  
légale et administrative**  
accueil commercial :  
01 40 15 70 10  
commande :  
Administration des ventes  
23, rue d'Estrées, CS 10733  
75345 Paris Cedex 07  
télécopie : 01 40 15 68 00  
[ladocumentationfrancaise.fr](http://ladocumentationfrancaise.fr)