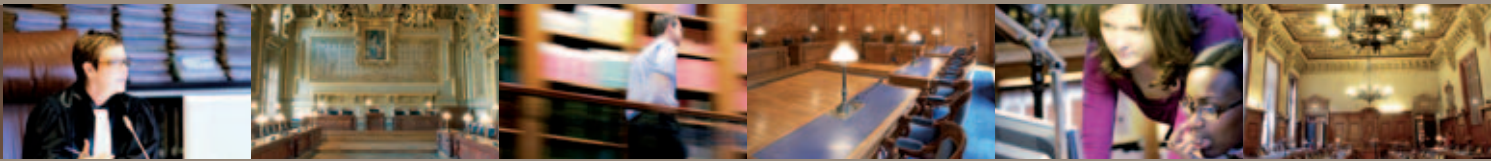


Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 742



*Publication
bimensuelle*

*15 mai
2011*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

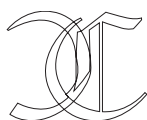
www.courdecassation.fr

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 26 janvier 2011, la chambre sociale a jugé (*infra*, n° 597) que « *La clause contractuelle qui permet au salarié de rompre son contrat de travail en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction, et qui stipule que la rupture est imputable à l'employeur, est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties.* » Dans son commentaire, Jean Pélissier (*Revue de droit du travail*, mars 2011, p. 175-176), note que cette solution « *permet de franchir une étape vers une protection de la liberté fondamentale pour le salarié de choisir son employeur* », voire ouvrant la voie à « *la reconnaissance d'un droit d'opposition du salarié à un changement d'employeur* ».

Jurisprudence



Le 18 janvier dernier, la chambre commerciale a jugé (*infra*, n° 631) que « *Le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage, en vertu de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, la responsabilité délictuelle de son auteur* ». Approuvant cette solution, Nicolas Mathey note (*Contrats, concurrence, consommation*, mars 2011, commentaire n° 64) que « *La sanction de la rupture brutale n'a guère de lien avec la bonne ou la mauvaise exécution du contrat. Elle découle de la méconnaissance de l'exigence légale de respecter un délai de préavis suffisant* », sortant ainsi « *du strict champ contractuel et sanctionnant la violation d'une exigence légale d'ordre public* ».



Doctrines



Le même jour, la chambre criminelle a jugé (*infra*, n° 609) que « *Si c'est à tort que la cour d'appel a prononcé, en raison de l'absence d'assistance effective d'un avocat, la nullité d'une garde à vue avant 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, en l'absence de cette loi, avant le 1^{er} juillet 2011, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors qu'il a eu pour seule conséquence que les actes annulés n'ont pas constitué des éléments de preuve fondant la décision de culpabilité du prévenu* ». Jean Danet note (*AJ Pénal*, février 2011, p. 83-84) à propos de cette solution que, distinguant « *la question de l'annulation d'actes établis en violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme de la question de leur valeur probante* », cette dernière « *met la jurisprudence de la chambre criminelle du 19 octobre dernier à l'abri de la critique européenne* ».

Enfin, par deux avis du 4 avril 2011, statuant respectivement en matière d'adoption et de droit du travail, la Cour a précisé les conditions de recevabilité de la demande d'avis, estimant, d'une part, que « *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 [étant] le cas de la question qui n'est pas nouvelle, la Cour de cassation ayant déjà statué par deux arrêts de la première chambre civile du 4 juin 2009 (Bull. 2009, I, n° 115 et 116), dont il résulte que, malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire pour y recevoir effet* », d'autre part, qu'« *il n'y a pas lieu à avis dès lors que les réponses aux questions découlent de la solution qui sera apportée à un pourvoi dans une instance en cours opposant les mêmes parties* ».

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. 1. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Séance du 4 avril 2011

Cassation _____ Page 5

I. 2. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Cassation _____ Page 27

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

Numéros

Question prioritaire de constitutionnalité _____ 573 à 576

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

Numéros

Agent commercial	577
Arbitrage	578
Bail rural	579 à 581
Banque	582
Bornage	583
Cassation	584
Chambre de l'instruction	585
Communauté européenne	586
Commune	587
Conflit collectif du travail	588
Conflit de lois	586
Contrat de travail, exécution	589 à 594
Contrat de travail, rupture	589-595 à 597
Contrats et obligations conventionnelles	598 à 600
Conventions internationales	601
Cour d'assises	602
Crimes et délits flagrants	603

Élections professionnelles	604
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	605-606
Étranger	607
Expropriation pour cause d'utilité publique	608
Garde à vue	609
Impôts et taxes	610-611
Intérêts	612
Jugements et arrêts	613
Juridiction de proximité	614
Mariage	615
Ministère public	603
Officier de police judiciaire	603
Procédures civiles d'exécution	616
Professions médicales et paramédicales	617
Protection des consommateurs	618-619
Représentation des salariés	620
Servitude	621
Statut collectif du travail	622-623
Succession	624-625
Suspicion légitime	626
Travail réglementation, durée du travail	627 à 629
Travail réglementation, rémunération	630
Union européenne	631
Vente	632-633

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

Jurisprudence

Cour de cassation

I. 1. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 4 AVRIL 2011

Titre et sommaire	Page 5
Avis	Page 5
Rapport	Page 7
Observations	Page 21

5

Cassation

Saisine pour avis - Demande - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Question sur laquelle la Cour de cassation a déjà statué - Formalité de la légalisation des actes publics étrangers destinés à être produits en France.

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 de la question qui n'est pas nouvelle, la Cour de cassation ayant déjà statué par deux arrêts de la première chambre civile du 4 juin 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 115 et 116), dont il résulte que, malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire pour y recevoir effet.

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 6 janvier 2011 par le tribunal de grande instance de Lille, reçue le 10 janvier 2011, ainsi libellée :

« Sollicite l'avis de la Cour de cassation sur les effets et la valeur probante devant les juridictions françaises d'un consentement par acte authentique non légalisé, donné à Haïti par les parents biologiques haïtiens en vue de l'adoption plénière de leur enfant en France » ;

Sur le rapport de Mme Vassallo, conseiller référendaire, et les conclusions de Mme Falletti, avocat général, entendue en ses observations orales ;

La question n'est pas nouvelle, la Cour de cassation ayant déjà statué par deux arrêts de la première chambre civile du 4 juin 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 115 et 116, pourvois n° 08-10.962 et 08-13.541), dont il résulte que,

malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire pour y recevoir effet ;

En conséquence :

DIT N'Y AVOIR LIEU À AVIS

N° 11-00001. - TGI Lille, 6 janvier 2011.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Vassallo, Rap., assistée de M. Borzeix, auditeur, et de Mme Norguin, greffier en chef. - Mme Falletti, Av. Gén.

Rapport de Mme Vassallo

Conseiller rapporteur

Par jugement du 6 janvier 2011, le tribunal de grande instance de Lille a « **sollicité l'avis de la Cour de cassation sur les effets et la valeur probante devant les juridictions françaises d'un consentement par acte authentique non légalisé, donné à Haïti par les parents biologiques haïtiens en vue de l'adoption plénière de leur enfant en France** ».

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

I. - Rappel des faits et de la procédure

L'enfant Devilson X... est né le 25 juin 2005 à Port-au-Prince (Haïti).

Par jugement du 20 janvier 2009, le tribunal civil de Port-au-Prince a homologué son adoption par Mme Y... Haïti ne connaissant que l'adoption simple, la décision étrangère est assimilable à une adoption simple de droit français.

Les parents biologiques de Devilson, M. et Mme X..., ont toutefois consenti, après cette décision et pour la seconde fois, le 10 juillet 2009 devant notaire, à son adoption plénière et n'ont pas rétracté leur consentement.

L'enfant a été accueilli au domicile de l'adoptante à compter du 1^{er} octobre 2009.

Par requête du 23 août 2010, Mme Y... a sollicité l'adoption plénière de l'enfant.

Le ministère public s'est opposé à une adoption plénière, au motif que le second consentement des parents de naissance n'était pas légalisé.

Lors de son audience du 2 décembre 2010, le tribunal a informé la requérante et le ministère public de son intention de saisir pour avis la Cour de cassation, et leur a accordé un délai jusqu'au 17 décembre 2010 pour faire valoir leurs observations éventuelles.

Par jugement du 6 janvier 2011, le tribunal de grande instance de Lille a saisi pour avis, en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la Cour de cassation.

II. - Recevabilité de la demande d'avis

A. - Au regard des règles de forme

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

Le conseil de Mme Y... a déposé, le 17 décembre 2010, des observations.

Le ministère public a déposé, le 17 décembre 2010, des conclusions tendant au maintien d'un avis défavorable à la conversion en adoption plénière et à faire constater que l'adoption prononcée a les effets d'une adoption simple.

Le jugement du 6 janvier 2011 saisissant la Cour pour avis a été notifié aux parties (AR du 10 janvier 2011), au parquet (AR du 11 janvier 2011), ainsi qu'au premier président et au procureur général près la cour d'appel de Douai (AR du 10 janvier 2011).

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

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

B. - Au regard des règles de fond

1. L'existence d'une question de droit

La demande d'avis ne fait référence à aucune disposition législative nationale, mais pose la question des « *effets et de la valeur probante devant les juridictions françaises d'un consentement par acte authentique non légalisé donné à Haïti par les parents biologiques* » en vue d'une adoption plénière.

La question, qui vise en particulier un pays, Haïti, peut paraître très liée à l'espèce ; n'est-elle pas mélangée de fait et de droit ?

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

En effet, et au-delà de la situation objet du litige, ne s'agit-il pas de savoir quelle est la valeur probante d'un acte authentique non légalisé, émanant d'un pays qui n'est lié à la France par aucun dispositif conventionnel et, par suite, est soumis à une exigence de légalisation ?

En dépit d'une formulation très, peut-être trop, spécifique, il convient cependant de relever qu'en matière de légalisation, il importe aussi de connaître précisément le pays d'où émane l'acte litigieux, la matière étant régie par un dispositif conventionnel multilatéral (Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics, étrangers notamment) et bilatéral.

2. L'existence d'une question nouvelle

Selon la doctrine de la Cour, une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a encore jamais été tranchée. Aucun texte nouveau n'étant visé, il s'agit de savoir si la Cour s'est déjà prononcée.

La Cour de cassation a-t-elle déjà été saisie de l'obligation de légalisation des actes étrangers ?

Par **deux arrêts récents du 4 juin 2009 (Bull. 2009, I, n° 115, et Bull. 2009, I, n° 116)**, la première chambre civile a jugé :

« *Sur le moyen unique, qui est recevable :*

Attendu que Mme S..., née le 9 janvier 1986 à R... (Chine), arrivée seule en France en mars 2002, a été confiée à l'Aide sociale à l'enfance ; que, le 1^{er} octobre 2003, elle a souscrit une déclaration de nationalité française sur le fondement de l'article 21-12 du code civil ; que l'enregistrement de cette déclaration ayant été refusé le 3 décembre 2003, Mme S... a contesté ce refus devant un tribunal de grande instance, qui a jugé qu'elle avait acquis la nationalité française ;

Attendu que le procureur général près la cour d'appel de Caen fait grief à l'arrêt attaqué (Caen, 22 novembre 2007) de confirmer ce jugement, alors, selon le moyen, que, conformément à la règle communément admise en droit international, reprise dans l'instruction générale relative à l'état civil, les copies ou extraits d'actes d'état civil établis à l'étranger doivent, sauf convention internationale, être légalisés à l'étranger par un consul de France pour recevoir effet en France ; qu'en l'absence de convention entre la France et la Chine sur ce point, la cour d'appel ne pouvait considérer probant l'acte de naissance chinois de X... S..., non muni de la formalité de la légalisation ; qu'en considérant que la mention du consulat de Chine en France selon laquelle l'acte du 17 juillet 2002 a été dressé dans les formes prévues par la loi chinoise répondait en substance à cette exigence et constituait donc une authentification de la signature et de la qualité de l'auteur de l'acte à établir celui-ci, la cour a dénaturé l'élément de preuve que constitue l'acte notarié et la mention qui y est apposée, et violé la règle susvisée ;

Mais attendu, d'abord, que, si les copies ou extraits d'actes d'état civil établis à l'étranger doivent, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, être légalisés, la cour d'appel a exactement retenu que, dans son acception actuelle, la légalisation pouvait être effectuée en France, par le consul du pays où l'acte a été établi ; ensuite, que l'arrêt constate, d'une part, que l'acte notarié de 2002 produit par Mme S... pour justifier de son état civil, et notamment de ses date et lieu de naissance et de sa filiation, avait été certifié le 15 juillet 2004 par le consulat de Chine en France, comme établi dans les formes prévues par la loi chinoise, d'autre part, qu'aucun élément du dossier ne permettait de douter de la véracité de la signature de l'acte ou de la qualité du signataire ; que la cour d'appel a pu en déduire que l'acte de naissance produit par Mme S... pouvait recevoir effet en France ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

La Cour a ainsi considéré, d'une part, que les copies ou extraits d'acte d'état civil étrangers devaient, selon la coutume internationale et sauf convention, être légalisés, d'autre part, que cette légalisation pouvait intervenir en France et être effectuée par le consul du pays où l'acte a été établi.

Dans cette espèce, **la requérante avait produit, à l'appui de sa déclaration, un acte notarié** dont la traduction avait été légalisée par l'ambassade de Chine en France.

La question posée par la demande d'avis concerne également la légalisation d'un acte notarié.

Dans le second arrêt, rendu aussi le 4 juin 2009 (Bull. 2009, I, n° 116), la première chambre de la Cour a réaffirmé le caractère obligatoire de la légalisation et jugé :

« *Mais attendu que malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire ; que la cour d'appel, qui a constaté, d'une part, que le souscripteur d'une déclaration de nationalité sur le fondement de l'article 21-12 du code civil devait, aux termes de l'article 16 1^o du décret du 30 décembre 1993, fournir un extrait de son acte de naissance, d'autre part, que la France n'avait conclu aucune convention permettant une dispense de légalisation avec la République démocratique du Congo, en a déduit à bon droit que l'extrait d'acte de naissance produit par Mme M..., établi le 27 juillet 2002 par une autorité étrangère et non légalisé, ne répondait pas aux exigences légales et ne pouvait recevoir effet en France ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »¹.*

¹ Les deux arrêts précités ont été commentés notamment dans *La Semaine juridique, édition notariale et immobilière*, n° 37, du 11 septembre 2009, 1260, note Fongaro ; voir aussi *Dalloz* 2009, actualité, n° 24, p. 1608 ; *Defrénois*, 30 septembre 2009, n° 16, p. 1717, note P. Callé ; *Revue critique de droit international privé*, n° 299, p. 500 note P. Lagarde ; *RTD civ.* 2009, p. 490, note P. Deumier ; *Dalloz* 2009, p. 2004, « La légalisation des actes de l'état civil étrangers : une exigence devenue coutumière », note P. Chevalier ; J. Massip, *Defrénois*, 15 octobre 2009, n° 17, p. 1846 ; *Revue juridique personnes et famille*, septembre 2009, I. Corpart, « les actes d'état civil établis à l'étranger doivent obligatoirement être légalisés » ; *Actualité juridique famille*, juillet-août 2009, « Maintien de la procédure de légalisation des actes d'état civil établis par une autorité étrangère », note F. Chénéde.

L'acte étranger contesté était une attestation de naissance délivrée par l'ambassade du Congo en France.

Ces deux décisions qui posent, d'une part, et sauf convention contraire, le principe, fondé sur la coutume internationale, du caractère obligatoire de la légalisation, d'autre part, celui de la possibilité d'une légalisation en France par le consul du pays où l'acte a été établi ne permettent-elles pas de répondre à la question posée ?

3. L'existence d'une difficulté sérieuse

Il semblerait (voir *infra*) que les juridictions du fond adoptent des positions diverses et qu'en tout état de cause, une position commune soit recherchée.

Le tribunal de grande instance de Lille précise que plusieurs affaires posant la même difficulté lui ont été soumises.

Par ailleurs, eu égard au grand nombre d'enfants haïtiens entrés sur le territoire depuis le refus par les autorités de ce pays de légaliser les consentements donnés devant notaire, la question a potentiellement vocation à se poser à l'occasion d'autres litiges.

III. - Éléments de discussion au fond

A. - L'article 370-5 du code civil et la possible conversion d'une adoption simple étrangère en adoption plénière de droit français

L'existence d'un second consentement à l'adoption sollicité en marge, souvent après la décision d'adoption, trouve sa justification dans la possibilité, donnée par la loi française, de convertir une décision d'adoption simple étrangère en adoption plénière de droit français, dès lors que le consentement a été donné en vue d'une adoption plénière.

L'article 370-5 du code civil, issu de la loi du 6 février 2001, dispose :

« L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

Désormais, le caractère irrévocable concerne le seul lien de filiation, et non la décision d'adoption elle-même.

Cet article reprend le mécanisme de conversion contenu dans l'article 27 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui permet la conversion d'une adoption simple étrangère en adoption plénière de droit français dès lors que le consentement a été donné en vue d'une adoption plénière.

Le professeur Lagarde décrit ce mécanisme de conversion comme suit :

*« La méthode adoptée est celle dite de la **substitution ou de la transposition**. Le texte ne dit pas que l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produira en France les effets prévus par la loi étrangère en application de laquelle elle a été rendue. Une telle solution aurait eu l'effet non souhaité de faire coexister dans l'ordre juridique français les formes les plus diverses d'adoption et de susciter ainsi des risques de confusion et d'insécurité juridique. Au lieu de cela, le texte substitue à l'adoption étrangère la catégorie française d'adoption dont elle se rapproche le plus et il lui fait produire en France les effets attachés par la loi française à ladite catégorie. (...) La Convention de La Haye du 29 mai 1993 n'en est pas très éloignée lorsqu'elle prévoit, dans son article 26 § 2, que si l'adoption dans le pays d'origine a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, l'enfant jouira, dans l'État d'accueil et dans tout autre État contractant où l'adoption sera reconnue, des droits équivalents à ceux résultant d'une adoption produisant cet effet dans chacun de ces États.*

Le critère de répartition des adoptions étrangères entre les deux formes françaises d'adoption est la rupture complète et irrévocable, selon la loi étrangère, du lien de filiation préexistant. Il y a lieu de remarquer, comme on l'a fait précédemment pour le consentement à une adoption prononcée en France, que l'assimilation à notre adoption plénière de l'adoption étrangère n'est pas subordonnée au caractère irrévocable de l'adoption elle-même. La solution correspond à celle résultant de l'article 26 § 2 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, dont les termes viennent d'être rappelés »².

La Cour, s'agissant de l'analyse faite par les juridictions du fond de la teneur du consentement du ou des parents de naissance, a jugé, au visa de l'article 1134 du code civil, qu'il n'était pas permis, pour refuser de faire droit à une requête en adoption plénière, de dénaturer les termes clairs et précis du consentement (1^{re} Civ., 8 mars 2005, *Bull.* 2005, I, n° 119)³.

Mais avant d'apprécier le contenu de ce consentement, la question préalable de la régularité de sa production doit être abordée.

² P. Lagarde, *Revue critique de droit international privé* 2001, p. 275. Voir aussi B. Bourdelois, *Gazette du palais*, 13 décembre 2001, n° 347, p. 3, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du code civil » : « c'est une véritable substitution et non une simple adaptation qu'il (l'article 370-5) impose en raison du sentiment partagé par une partie de la doctrine qu'on ne saurait "gérer" en France des adoptions "à la manière étrangère" et qu'il faut leur donner notre habit national. On doit donc constater que la loi applicable aux effets, sur le territoire français, d'une adoption prononcée à l'étranger est la loi française », et E. Poisson-Drocourt, *Dalloz* 2001, p. 1404, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption ».

³ P. Murat, *Droit de la famille*, n° 5, mai 2005, commentaire n° 98 : « Adoption internationale : la difficile sanction des dispositions protectrices du consentement des parents par le sang » ; J. Hauser, *RTD civ.* 2005, p. 377 ; F. Chénéde, *Actualité juridique famille* 2005, p. 191.

B. - La procédure d'adoption en Haïti

Depuis plusieurs années, de nombreux enfants haïtiens sont accueillis par des familles résidant en France.

En 2005, **475 enfants** ont été adoptés dans ce pays ; ils étaient 570 en 2006, 404 en 2007, 731 en 2008, 652 en 2009 et **992 en 2010**⁴.

Haïti n'a pas encore ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, mais vient de signer, le 2 mars dernier, cette Convention.

La procédure locale actuelle permet à des célibataires et à des couples mariés d'adopter en conduisant leur démarche soit de manière individuelle, soit en passant par un organisme autorisé et habilité pour l'adoption en Haïti (OAA). Une douzaine d'organismes prennent en charge des familles adoptantes, qui ne sont pas majoritaires à suivre cette voie, les démarches individuelles restant très largement supérieures à celles encadrées par un OAA.

1. Les dispositions relatives à l'adoption internationale en vigueur en Haïti

Le **cadre juridique de l'adoption en Haïti est défini par le décret du 4 avril 1974**, qui dispose, dans son **article premier** :

« L'adoption est un acte solennel qui crée entre une personne et un enfant qui n'est pas biologiquement le sien un rapport juridique analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation.

Elle est autorisée à l'égard des mineurs de moins de seize ans, toutes les fois qu'elle est fondée sur de justes motifs en présentant des avantages actuels et certains pour l'adopté ».

S'agissant du consentement à l'adoption et de sa formalisation, **l'article 11** du décret précise :

« Dans les cas prévus aux articles précédents, le consentement est donné dans l'acte même d'adoption ou par acte authentique séparé, devant notaire, le juge de paix du domicile ou de la résidence de l'adoptant ou de l'ascendant de l'adopté et, à l'étranger, devant l'agent diplomatique ou consulaire haïtien ».

S'agissant des effets de l'adoption, **l'article 13** dispose :

« L'adoption engendre les mêmes droits et les mêmes obligations que ceux dérivant de la filiation légitime ou naturelle ».

L'article 16, rédigé comme suit, permet d'affirmer qu'Haïti ne connaît que l'adoption simple :

« L'adopté reste dans sa famille par le sang et il y conserve tous ses droits héréditaires »

Les **conditions exigées par la loi haïtienne pour les adoptants** se résument comme suit :

- l'adoption est permise aux personnes de l'un ou l'autre sexe âgées de plus de 35 ans (article 2 du décret), elle est donc admise pour les célibataires (hommes ou femmes) ;
- s'agissant de deux époux non séparés de corps, les adoptants doivent l'un ou l'autre avoir plus de 35 ans et être mariés depuis plus de dix ans ; ils ne doivent, au jour de l'adoption, avoir ni enfant ni descendant ;
- ils doivent avoir dix-neuf ans de plus que l'adopté (article 2 du décret susvisé).

Le Président de la République peut accorder des dispenses. La procédure de dispense suit un parcours long et complexe.

Les procédures d'adoption internationale transitent par **l'institut du bien-être social et de recherches (IBESR)**, dont la mission est de valider le processus d'adoption.

Un **dossier d'adoption individuel suit plusieurs étapes**.

Tout d'abord, les adoptants, après avoir pris l'attache de l'IBESR et obtenu tout renseignement utile sur les crèches habilitées, envoient leur agrément, accompagné des enquêtes sociales et sociologiques, ainsi qu'une lettre de motivation à une ou plusieurs crèches de leur choix.

S'ils reçoivent une réponse positive, un dossier complet est envoyé à la crèche.

Ce dossier complet, qui comprend de nombreuses pièces (acte de naissance des candidats, acte de mariage, extrait de casier judiciaire, attestation de l'employeur, certificat médical...), **est légalisé par le ministère des affaires étrangères et surlégalisé par la section consulaire de l'ambassade d'Haïti en France**.

Les candidats, à ce stade, désignent un représentant sur place – il s'agit souvent de l'avocat de la crèche où se trouve l'enfant.

La procédure locale se décompose, une fois que les candidats ont donné leur accord à l'adoption de l'enfant qui leur est proposé, de la façon suivante⁵ :

- leur dossier est transmis au parquet du tribunal civil compétent. Le procureur vérifie sa conformité à la loi et prend des conclusions ;

⁴ Statistiques diffusées sur le site du ministère des affaires étrangères par le service de l'adoption internationale.

⁵ Voir sur ce point la rubrique dédiée à l'adoption internationale sur le site du ministère des affaires étrangères.

- un **procès-verbal de consentement est établi par le juge de paix** en présence du ou des parents biologiques et des candidats à l'adoption. Par cet acte, les parents biologiques consentent à donner leur enfant en adoption aux adoptants, lesquels doivent confirmer leur accord à l'adoption. Dans près de 80 % des cas, les enfants ont au moins un parent de naissance identifié ;
- l'**IBESR**, après examen du dossier et demande éventuelle d'une dispense présidentielle (lorsque la durée du mariage est inférieure à dix ans ou en présence d'enfants « légitimes ou naturels » au foyer des candidats à l'adoption), donne son autorisation à la poursuite de la procédure devant les instances judiciaires ;
- le **tribunal civil, sur les conclusions du procureur, prononce le jugement d'homologation et ordonne la transcription** du jugement sur le registre d'état civil de la ville de naissance de l'enfant ;
- le **jugement d'homologation est légalisé** par le ministère de la justice et le ministère des affaires étrangères haïtiens ;
- l'**IBESR établit une autorisation de sortie du territoire de l'enfant**, obligatoire pour tout enfant ne voyageant pas avec ses parents biologiques.

Enfin, une demande de visa long séjour adoption est déposée auprès du consulat de France à Port-au-Prince.

Les juridictions haïtiennes ne pouvant prononcer, au regard de leur loi nationale, qu'une adoption simple, les adoptants, après avoir obtenu un jugement d'homologation haïtien, sollicitent habituellement auprès des familles biologiques un **second consentement, devant notaire**, afin de pouvoir le présenter aux juridictions françaises et demander par requête, en application de l'article 370-5 du code civil, la conversion de l'adoption simple haïtienne en adoption plénière de droit français.

Dans l'espèce soumise au tribunal de grande instance de Lille, **le jugement haïtien d'homologation est intervenu le 20 janvier 2009**, alors que le **consentement des parents biologiques de l'enfant à une adoption plénière est intervenu le 10 juillet 2009**, après que le jugement a été rendu. Il s'agit en conséquence d'un second consentement donné devant notaire par les parents de naissance, dans le seul but de permettre la conversion de l'adoption simple haïtienne en adoption plénière de droit français.

2. Le refus des autorités haïtiennes de légaliser le consentement en vue d'une adoption plénière donné devant notaire en marge de la procédure d'adoption

Il ressort notamment d'un **courrier, en date du 7 juin 2010**, produit dans le dossier de demande d'avis, **du service de l'adoption internationale du ministère des affaires étrangères**, adressé au parquet du tribunal de grande instance de Nantes, que **les autorités haïtiennes ne souhaitent pas que les adoptions simples prononcées dans leur pays puissent faire l'objet d'une conversion en adoptions plénières françaises**.

Les termes de ce document sont sans ambiguïté :

« (...) je vous confirme que les autorités haïtiennes sont opposées aux conversions en adoption plénière, contrairement selon elles au décret haïtien du 4 avril 1974.

Afin d'éviter que de telles conversions puissent être légalement prononcées par les juridictions françaises, les autorités haïtiennes ont donné instruction aux juges de paix de ne plus prendre acte de consentements à la rupture définitive et complète du lien de filiation d'origine. Face aux consentements donnés alors par acte authentique, le commissaire du gouvernement de Port-au-Prince a interdit à ses services, depuis septembre 2009, de légaliser ces documents.

Lors de leur venue en France en mars dernier, les autorités haïtiennes ont confirmé au service de l'adoption internationale (SAI) leur opposition à ce que les consentements puissent être valablement produits en justice. Je vous confirme ainsi que les consentements donnés par acte authentique par les parents d'origine, dont les signatures seraient légalisées directement par le notaire, ne répondent pas aux exigences de légalisation et ne semblent donc pas réguliers ».

Cette information a été communiquée aux adoptants. En effet, la fiche Haïti, consultable sur le site du ministère des affaires étrangères, précise :

« avertissement : les consentements donnés en vue d'une adoption plénière ne font plus l'objet d'une légalisation en Haïti depuis fin 2009. En effet, le commissaire du gouvernement de Port-au-Prince juge ces consentements, qui rompent les liens entre l'enfant et sa famille biologique de manière complète et irrévocable, contrairement au décret haïtien de 1974, qui ne reconnaît que les adoptions simples. La production de ce document non légalisé, devant le tribunal de grande instance, est susceptible d'entraîner le rejet de la demande de conversion de l'adoption simple en adoption plénière ».

3. Le nouveau projet de loi haïtien voté par les députés le 7 mai 2010 réformant l'adoption internationale

Ce projet de texte prend en considération le développement de l'adoption internationale en Haïti. Il distingue nettement, dans sa section 3, deux types d'adoption, l'adoption simple, qui laisse subsister les liens de filiation entre l'adopté et ses parents biologiques, et l'adoption plénière, irrévocable, qui présente un caractère définitif.

L'article 16-1 du projet autorise l'adoption plénière de mineurs de 16 ans par des étrangers.

Ce texte n'a toutefois, en raison des modifications institutionnelles en cours, pas encore été examiné par le Sénat.

4. La récente signature par la République d'Haïti de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

La conférence de droit international privé vient d'annoncer la très récente signature par la République d'Haïti, le 2 mars 2011, de la Convention de la Haye.

Dans un communiqué de presse, le bureau permanent précise que cette signature est la première étape en vue d'une ratification et témoigne de la volonté d'Haïti de réformer ses systèmes de protection de l'enfance et d'adoption internationale.

Une assistance technique devrait être mise en place, dès que le nouveau gouvernement sera élu, pour faciliter l'application pratique de la Convention.

5. La circulaire française du 22 décembre 2010 de la direction des affaires civiles et du sceau relative au statut des enfants en cours de procédure d'adoption en Haïti

Cette circulaire destinée aux parquets, qui fait suite à l'échange de lettres intervenu le 11 décembre dernier ayant permis l'évacuation de trois cent dix-huit enfants, a pour objet de préciser la situation juridique de ceux-ci en fonction des documents dont ils disposent et des modalités de leur arrivée sur le territoire.

Elle précise en outre, s'agissant de ces documents :

« Les pièces haïtiennes, et notamment le consentement à l'adoption ainsi que l'acte de naissance de l'enfant, produites à l'appui de la demande devront obligatoirement être légalisées (en revanche, l'obligation de légalisation ne s'applique pas à l'autorisation de l'IBESR). Si, compte tenu de la situation d'urgence, cette formalité n'a pas pu être effectuée en Haïti, les adoptants pourront solliciter le consulat d'Haïti en France ».

Concernant plus précisément les requêtes en adoption plénière, la circulaire indique :

« Sur le plan formel, conformément au droit international public, ce consentement ainsi que les documents et actes publics doivent être légalisés, Haïti n'étant lié ni par la Convention de la Haye relative à l'apostille du 5 octobre 1961, ni par une convention bilatérale avec la France dispensant les actes publics de cette formalité.

Or, depuis la fin de l'année 2009, les autorités haïtiennes refusent de légaliser les consentements donnés par les parents de naissance en vue de l'adoption plénière de droit français et reçus par des notaires locaux, dans la mesure où la réglementation haïtienne ne prévoit que l'adoption simple. Aussi, vous voudrez bien donner un avis négatif à toute requête en adoption plénière qui pourrait être déposée, dès lors que le consentement donné en vue de l'adoption plénière ne peut être légalisé ».

6. La réponse du ministre de la justice à une question orale sans débat (JO du 16 février 2011)

Interrogé précisément sur l'absence de légalisation des actes de consentement haïtiens, le garde des sceaux a très récemment indiqué :

« En ce qui concerne la légalisation, la Cour de cassation a rappelé, par un arrêt du 4 juin 2009, que le non-respect de l'exigence de légalisation suffit pour refuser de reconnaître tout effet en France à un acte étranger. Depuis la fin de l'année 2009, le site internet du ministère des affaires étrangères et européennes informe les adoptants du refus des autorités haïtiennes de légaliser les consentements donnés en vue de l'adoption plénière, qui, comme vous le soulignez, M. le sénateur, n'existe pas en droit haïtien.

Il n'est bien sûr pas envisageable que les autorités françaises passent outre la volonté du gouvernement haïtien à l'égard de ces enfants en légalisant elles-mêmes ces actes. Je vous rappelle que ce sont les relations de confiance existant entre l'État haïtien et la France qui ont permis l'arrivée en urgence en France d'enfants haïtiens en décembre dernier.

Pour ma part, j'ai rappelé aux procureurs généraux, par une dépêche du 22 décembre 2010, ces exigences imposées par le droit international public et la Cour de cassation, afin que des réquisitions adaptées soient prises sur l'ensemble du territoire français ».

C. - La légalisation des actes publics étrangers

Avant même de s'interroger sur la valeur probante et le contenu d'un acte étranger, celui-ci, pour être valablement produit en France, doit être traduit et légalisé.

1. Le principe de la légalisation

La légalisation a pour finalité de confirmer l'authenticité des actes étrangers. **L'instruction générale relative à l'état civil (IGEC) du 11 mai 1999, modifiée en 2002**, consacre, dans un titre IV traitant des aspects internationaux de l'état civil, une section à la légalisation.

La légalisation est **définie** dans le paragraphe **587 de l'IGEC** comme :

« une mesure administrative qui consiste à authentifier une signature et la qualité du signataire par l'apposition d'un contreseing officiel. Elle ne doit être donnée qu'aux pièces demandées par une autorité publique qui se fonde elle-même sur une règle de droit interne ou une convention internationale. La légalisation facilite donc, dans les relations internationales, la preuve de l'authenticité d'un acte ou d'un document établis conformément aux règles de droit interne et favorise leur production et leur admission à l'étranger ».

L'IGEC distingue les actes selon les autorités dont ils émanent et celles à qui ils sont destinés.

S'agissant des **actes de l'état civil émanant d'autorités étrangères et destinés à être utilisés en France**, le paragraphe **592 de l'IGEC** rappelle que la légalisation est fondée sur l'ordonnance royale d'août 1681 et qu'il en résulte que :

« (...) les copies ou extraits d'actes de l'état civil établis par des autorités étrangères devaient toujours être légalisés par des agents diplomatiques français, à savoir :

- **les consuls de France accrédités dans les pays où les copies ou extraits ont été établis ;**

- le ministère des affaires étrangères lorsque les documents ont été établis en France par des autorités étrangères ».

Il apparaît donc que le consul de France à l'étranger est l'autorité au premier chef en charge de la légalisation. Le paragraphe **593 de l'IGEC** étend cette compétence aux consuls étrangers accrédités en France :

« Avec le développement des relations internationales, les usages diplomatiques ont évolué de façon à simplifier les pratiques suivies en la matière.

Il a d'abord été admis que les copies ou extraits d'actes de l'état civil établis dans un pays étranger pouvaient être légalisés **par les consuls de ce pays accrédités en France**, sauf à faire, en outre, viser le document par le ministère des affaires étrangères.

Puis, compte tenu de l'évolution du droit consulaire, le ministère des affaires étrangères a renoncé, à compter du 18 janvier 1967, à viser les documents établis dans un pays étranger et légalisés en France par le consul de ce pays ainsi que ceux établis par un consul étranger en France ».

Cette extension de compétence, qui permet une plus grande souplesse et facilite la légalisation des actes, a conduit l'IGEC à préciser les **autorités compétentes pour légaliser un acte émanant d'une autorité étrangère et destiné à être produit en France** :

« **paragraphe 594** : Il en résulte que peuvent être acceptés en France, tant par les administrations publiques que par les particuliers, les copies ou extraits :

- **soit légalisés, à l'étranger, par un consul de France (voir n° 595) ;**

- **soit légalisés, en France, par le consul du pays où ils ont été établis ;**

- **soit établis, en France, par un consul étranger sur la base d'actes de l'état civil conservés par lui.**

En cas de doute grave portant sur la véracité de la signature, sur l'identité du timbre ou sur la qualité du signataire, les administrations publiques pourront toutefois faire vérifier le document par l'autorité qui l'a délivré ».

L'IGEC consacre les paragraphes suivants aux modalités selon lesquelles la légalisation intervient et aux contrôles auxquels les consuls doivent procéder :

« **595-2. Remarques particulières sur la légalisation par le consul français à l'étranger.**

a) La procédure

La légalisation consulaire est l'attestation donnée par un consulat de la véracité des signatures apposées sur un acte public étranger et de la qualité de ceux qui l'ont dressé ou expédié, afin qu'on puisse y ajouter foi partout où l'acte est produit.

Il est précisé que la légalisation des actes de l'état civil émanant de l'autorité locale étrangère incombe exclusivement aux agents diplomatiques ou consulaires, chargés des fonctions d'officier de l'état civil.

S'agissant d'un acte public, la légalisation a donc deux effets et implique par conséquent :

- que la signature apposée sur l'acte ait été matériellement reconnue ;

- que le document ait été établi par l'autorité qualifiée et offre toute apparence d'authenticité.

Les documents, quelle que soit leur forme, dont le contenu est contraire à l'ordre public français ne doivent pas être légalisés par les agents diplomatiques et consulaires.

Ces dispositions impliquent que l'agent qui procède à la légalisation prenne connaissance du document qui lui est présenté.

Les documents destinés à être produits devant une autorité française ou en territoire français doivent être rédigés en français ou, au moins, être accompagnés d'une traduction en français.

Toutefois, la présentation de la traduction en français est facultative lorsque l'un, au moins, des agents diplomatiques ou consulaires possède une connaissance suffisante de la langue dans laquelle a été établi le document et peut s'assurer de son contenu.

Les traductions en langue française des copies ou extraits d'actes de l'état civil étranger qui doivent les accompagner ne sont pas soumises à la légalisation, si elles sont effectuées par un traducteur assermenté auprès d'une cour d'appel ou de la Cour de cassation françaises. Si la traduction est effectuée par un traducteur assermenté dans le pays où l'acte a été établi, la traduction devra être légalisée par le consulat de France territorialement compétent.

Il suffit qu'elles soient revêtues de la signature et du sceau du traducteur (voir n° 586-1).

596 b) Modalités du contrôle effectué par le consul français en cas de légalisation.

Selon l'article 3 du décret n° 46-2390 du 23 octobre 1946 relatif aux attributions des consuls en matière de procédure, « Les consuls sont tenus de légaliser les signatures des fonctionnaires publics de leur

circonscription, que ceux-ci aient dressé l'acte ou qu'ils l'aient simplement eux-mêmes légalisé. Ils ne manqueront pas, dans tous les cas, de mentionner la qualité du signataire à l'époque où il a dressé l'acte ou l'a légalisé. Ils peuvent, d'autre part, légaliser les actes sous seing privé passés par les Français résidant dans leur circonscription ».

1. Procédure préalable

Avant de procéder à une légalisation sur un acte public, l'agent doit authentifier le document et reconnaître la signature.

a) Authentification

L'authentification d'un acte public, c'est-à-dire la détermination de l'autorité qualifiée pour l'établir, nécessite dans chaque cas un examen de la loi locale, éventuellement avec l'aide de l'avocat attaché au poste diplomatique ou consulaire.

En principe, la légalisation, par une autorité étrangère qualifiée, de la signature du fonctionnaire public qui a établi l'acte devrait suffire à justifier la qualité de ce dernier. Toutefois, il arrive qu'une telle légalisation ne porte, en réalité, que sur la seule reconnaissance matérielle de la signature.

Si un document n'a pas été établi par un fonctionnaire qualifié :

Le mot « fonctionnaire » figurant au premier alinéa de l'article 3 du décret du 23 janvier 1946 précité doit être accepté dans un sens large et comprendre les autorités, civiles ou non, de la circonscription qui ont légalement qualité pour exercer des fonctions publiques (par exemple : autorités religieuses, lorsqu'elles tiennent légalement l'état civil, notaires...).

Par assimilation, les consulats ont qualité pour légaliser la signature des agents diplomatiques et consulaires d'autres pays exerçant leurs fonctions dans la circonscription.

Au sens de la législation locale, et même si des légalisations subséquentes ont déjà été effectuées, le poste diplomatique et consulaire doit s'abstenir de procéder à la légalisation, afin que les autorités françaises devant lesquelles serait produit le document ne soient pas abusées.

Les consuls étant « tenus », aux termes du décret du 23 octobre 1946 modifié, de légaliser les signatures des fonctionnaires publics de leur circonscription, le refus de légaliser doit être motivé auprès du requérant, pour non-respect de la législation ou de la réglementation locale.

Lorsqu'un document est susceptible d'être utilisé d'une façon ambiguë (exemple : acte de baptême ou de mariage pouvant passer pour un acte de l'état civil), il ne peut être revêtu que de la seule légalisation matérielle, et une mention destinée à éviter un usage abusif (exemple : « le présent document ne saurait être considéré comme un acte de l'état civil ») est apposée sur le document.

b) Reconnaissance matérielle de la signature

L'authenticité de l'acte étant assurée, l'agent procède à la reconnaissance matérielle de la signature à légaliser. La signature doit être manuscrite, à l'exclusion de toute griffe ou reproduction indirecte (ainsi une photocopie ne peut être légalisée que si elle a été authentifiée par l'autorité compétente). A défaut, une simple photocopie ne peut qu'être « certifiée conforme à l'original », à condition que celui-ci ait été présenté.

La reconnaissance de la signature ne peut résulter que de la confrontation entre la signature figurant sur le document et le spécimen préalablement déposé (types de signatures des autorités locales, signatures portées sur les fiches d'immatriculation).

S'il n'existe aucun dépôt préalable de spécimen, l'intéressé doit signer devant l'agent responsable après avoir fait la preuve de son identité et de sa nationalité.

Lorsqu'il s'agit de la légalisation de la signature d'une autorité locale, l'agent doit mentionner la qualité de cette autorité. A cet effet, il est souhaitable qu'il demande aux autorités de sa circonscription l'envoi du spécimen de leur signature avec l'orthographe de leur nom et leur qualité.

En aucun cas il ne peut être procédé à une légalisation de signature sans reconnaissance expresse de celle-ci ».

Une **fiche pratique relative à la légalisation des dossiers d'adoption est disponible sur le site du ministère des affaires étrangères**. Elle rappelle aux adoptants qui s'approprient à constituer leur dossier à destination des autorités étrangères les pièces qui doivent faire l'objet d'une légalisation et distingue les actes sous seing privé des actes publics dont la légalisation est effectuée par le ministère des affaires étrangères.

L'analyse des dispositions de l'IGEC amène à s'interroger sur les raisons qui ont conduit les autorités consulaires françaises en Haïti à ne pas légaliser les consentements obtenus devant notaires.

2. Le fondement du principe de la légalisation : l'ordonnance royale d'août 1681

Il ressort des arrêts de la première chambre du 4 juin 2009 précités que **la légalisation revêt, sauf conventions contraires, un caractère impératif** : tout acte étranger destiné à être produit en France doit être légalisé.

Le fondement de la légalisation résultait (voir IGEC, § 592) d'un texte ancien, à savoir une **ordonnance royale d'août 1681, connue sous le nom d'ordonnance de la marine**, qui disposait :

« Tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls ne feront aucune foi, s'ils ne sont pas par eux légalisés ».

Ce texte a été expressément abrogé par une ordonnance de codification n° 2006-460 du 21 avril 2006 (article 7 II 7°), relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006

L'abrogation formelle de l'ordonnance de marine est passée inaperçue. La question se pose de savoir quelle était l'intention du législateur au moment de l'abrogation explicite de ce texte. A-t-il adopté une logique de codification à droit constant, ou bien a-t-il voulu modifier le régime de la légalisation ?

3. Une abrogation « par mégarde » du principe de la légalisation ou une volonté délibérée de supprimer l'exigence de légalisation ?

Le **rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 21 avril 2006** relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques rappelle le champ de l'habilitation, l'authentification des actes passés par les personnes publiques y est inclus :

« Le champ de l'habilitation comprend les dispositions relatives à la définition, aux modes d'acquisition, à l'administration, à la protection et au contentieux du domaine public et du domaine privé, mobilier et immobilier, de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes publiques dotées de la personnalité morale, à l'authentification des actes passés par ces personnes publiques, à la prise en location ou à la gestion des biens détenus en jouissance par ces personnes publiques, au régime des redevances et des produits domaniaux, tant en ce qui concerne leur institution que leur recouvrement, ainsi que celles relatives à la réalisation et au contrôle des opérations de prises en location, d'acquisition et d'aliénation poursuivies par ces personnes publiques ».

S'agissant de l'étendue de la codification, le rapport précise qu'elle dépasse la simple codification classique à droit constant :

« Afin de simplifier ces règles, de les harmoniser et d'améliorer la gestion domaniale, la codification peut en outre s'étendre à des modifications de fond et dépasser ainsi, ce qui constitue une innovation, le strict encadrement d'une codification classique à droit constant ».

Toutefois, si la nouvelle codification vise à moderniser la gestion domaniale et à améliorer sa lisibilité, l'abrogation des dispositions prévues à l'article 7, et plus précisément l'abrogation de l'ordonnance de marine, semble relever davantage d'une volonté de rassembler des textes épars, dont certains sont obsolètes, que d'un souhait de supprimer le principe de légalisation des actes de l'état civil.

La doctrine a considéré qu'il s'agissait d'une abrogation par mégarde.

Sur l'**abrogation « par mégarde »** de l'ordonnance de marine par une ordonnance de codification, P. Deumier⁶ souligne :

« Le vaste chantier de codification du droit français porte avec lui son lot de malheurs, parmi lesquelles les "abrogations par mégarde". Ces dérapages sont souvent rectifiés par rafales à l'occasion de la loi de ratification. La légalisation, décidément bien malchanceuse, n'en bénéficiera pas puisque sa ratification, noyée dans le vaste fourre-tout que constitue la dernière loi de simplification et de clarification du droit l'a oubliée de la liste des corrections ».

Le professeur Molfessis s'est interrogé sur les malheurs du codificateur et a soutenu une théorie de **« l'erreur excusable du codificateur »**⁷. S'agissant de la position du juge qui constate l'abrogation d'un texte suite à une opération de codification, il précise :

« Inéluctablement, les erreurs - mais aussi leurs corrections - favorisent le contentieux, offrant également à la jurisprudence sa part de droit. Face aux erreurs de codification, les tribunaux, de l'ordre judiciaire aussi bien qu'administratif, ont fait le choix de la sécurité juridique en annihilant les effets des modifications involontaires des textes ».

« Le replâtrage et les réparations de toutes sortes sont à l'abri de la censure : la restauration du droit, que les bévues de la codification requièrent, est toujours une fin conforme au droit lui-même. On comprend la solution ».

En l'espèce, l'abrogation de l'ordonnance de marine est explicite et la disposition abrogée n'est pas reprise dans le texte codifié. Cet oubli n'est que partiellement réparé par le décret n° 2007-1205 du 10 août 2007, qui fixe les attributions des ambassadeurs et chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes, ce nouveau texte déterminant les modalités de légalisation, mais ne contenant aucune disposition sur le principe même de la légalisation.

4. Les suggestions de la Cour de cassation s'agissant de la légalisation des actes de l'état civil étrangers : pour une réaffirmation du principe de légalisation

Dans son **rapport 2009**, au chapitre **des suggestions de réforme dans le domaine civil**, la Cour, faisant suite aux deux arrêts de la première chambre civile du 4 juin 2009, précise (p. 20 du rapport) :

« Malgré cette abrogation (de l'ordonnance royale d'août 1681), la première chambre civile a jugé que, sauf convention contraire, la formalité de la légalisation demeurait obligatoire par l'effet de la coutume internationale.

⁶ Voir RTD civ. 2009, p. 490, précité.

⁷ RTD civ. 2002, p. 592, « L'avènement du droit de la codification à droit constant ».

Par nature évolutive, car tributaire de pratiques consulaires entre États qui peuvent elles-mêmes changer, la coutume peut varier dans le temps comme dans l'espace. L'exigence de légalisation risque de devenir ainsi plus incertaine alors que notre droit de la nationalité et de l'état civil requiert stabilité et sécurité juridique.

Aussi, un bon ordonnancement juridique gagnerait à voir réaffirmé, en droit positif, le principe de l'obligation de légalisation des actes de l'état civil étrangers ».

Dans une réponse du 21 septembre 2010 à une **question écrite n° 83928** (JO Assemblée nationale du 21 septembre 2010), le garde des sceaux reprend la proposition formulée par la Cour et précise : « **le gouvernement expertise la nécessité d'une évolution législative sur la question plus large de la légalisation des actes publics** ».

5. La légalisation : une formalité bureaucratique et contraignante ?

La légalisation, par la seule vérification des signatures des pièces produites, si elle peut apparaître comme un outil de prévention de fraudes éventuelles, est majoritairement considérée comme une formalité supplémentaire, onéreuse et retardant la solution des affaires⁸.

Dans son commentaire des arrêts du 4 juin 2009, P. Lagarde s'interroge sur les incidences importantes de cette formalité « bureaucratique », sur la nationalité notamment, et conclut que si le document d'état civil produit n'est pas légalisé, « *l'autorité saisie devrait s'enquérir des raisons pour lesquelles il en est ainsi et inviter la partie intéressée à faire procéder à la légalisation soit par les autorités françaises compétentes à cet effet, soit auprès des consuls de son État national en France* ».

En l'espèce, il ressort des éléments produits par le tribunal de grande instance de Lille que la légalisation n'a pas pu être effectuée sur place par les autorités haïtiennes, mais aucun élément n'est fourni sur la possible saisine du consul de France compétent en Haïti, ni sur son homologue haïtien en France.

S'il est possible de comprendre la réticence du consul d'Haïti en France, qu'en est-il du consul de France en Haïti ?

6. La portée de la légalisation

La légalisation est une simple formalité administrative qui ne nuit ni à la validité ni à l'authenticité de l'acte. Toutefois, un acte non légalisé est inopposable. En règle générale, en présence d'un acte non légalisé, le tribunal sursoit à statuer pour permettre l'accomplissement de cette formalité.

Dans quelques décisions anciennes, la Cour s'est prononcée sur la portée de l'absence de légalisation. Elle a ainsi jugé que « *la légalisation d'un acte n'est point un élément constitutif de son authenticité, qu'elle sert seulement à prouver ; par suite, le défaut de légalisation n'entraîne pas la nullité de l'acte, mais autorise seulement le juge à surseoir à son exécution, (...) mais ne lui donne pas le droit de déclarer l'acte nul* » (Chambre des requêtes, 8 novembre 1853, DP 1854, p. 420).

Une décision ultérieure reprend cette même position. Dans un arrêt du 18 juillet 1925 (DH 1925, p. 630), la Cour a jugé que « *la légalisation de la signature d'un acte (...) a pour unique objet d'éviter toute enquête sur l'identité du mandant ; par suite, il ne résulte aucune nullité de l'absence de légalisation de la signature* ».

En matière de nationalité, par exemple, les juges du fond ordonnent un sursis à statuer lorsque des actes non légalisés leur sont soumis⁹.

7. Les attributions consulaires en matière de légalisation des actes

Un nouveau décret, **n° 2007-1205 du 10 août 2007**, est intervenu, **qui fixe les attributions des consuls en matière de légalisation des actes**.

Ce texte réglementaire ne se prononce pas sur l'obligation même de légalisation, mais sur ses modalités.

Il rappelle, dans son article 2, que la légalisation est « *la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Elle donne lieu à l'apposition d'un cachet dont les caractéristiques sont définies par arrêté du ministre des affaires étrangères* ».

L'article 3 du décret énumère les actes qui sont considérés comme **des actes publics** ; dans cette énumération, figurent **les actes notariés. Il ne fait en conséquence pas de doute que le consentement recueilli par acte notarié fait partie des actes publics soumis à légalisation**.

Sur cette notion d'acte soumis à légalisation, la Cour avait jugé (1^{re} Civ., 14 juin 1983, pourvoi n° 82-13 247) que « *l'acte de l'état civil est un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou de plusieurs personnes* ». Du consentement à l'adoption dépend l'état de l'enfant adopté.

Issue de pratiques diplomatiques anciennes, la procédure de légalisation est différente selon qu'il s'agit d'un acte passé en France et devant être produit à l'étranger ou, à l'inverse, d'un acte passé à l'étranger et ayant vocation à être produit en France.

L'article 4 du décret dispose :

« **I. - Les ambassadeurs et les chefs de poste consulaire peuvent légaliser les actes publics :**

1^o *Émanant d'une autorité française et destinés à être produits à l'étranger ;*

⁸ Voir *Revue critique de droit international privé* 2009, p. 500, P. Lagarde, précité.

⁹ CA Angers, 9 juillet 2008, RG n° 05/02362.

2° Émanant d'une autorité de l'État de résidence :

- destinés à être produits en France ;

- destinés à être produits devant un autre ambassadeur ou chef de poste consulaire français ;

3° Émanant des agents diplomatiques et consulaires étrangers dans leur État de résidence :

- destinés à être produits en France ;

- destinés à être produits devant un autre ambassadeur ou chef de poste consulaire français.

II. - Le ministre des affaires étrangères peut légaliser les actes publics :

1° Émanant d'une autorité française et destinés à être produits à l'étranger ;

2° De façon exceptionnelle, émanant d'agents diplomatiques et consulaires étrangers en résidence sur le territoire national et destinés à être produits devant d'autres agents diplomatiques et consulaires étrangers en résidence sur le territoire national ».

Ne pourrait-on pas en déduire que les autorités consulaires françaises en Haïti pouvaient légaliser le consentement donné devant notaire et, dans l'affirmative, pourquoi n'y ont-elles pas procédé ?

8. Les autorités en charge de la légalisation

A priori, les **actes publics établis à l'étranger** peuvent être légalisés **soit par le consul de France à l'étranger, soit par le consul étranger établi en France**.

L'article 4 du décret n° 2007-1205 du 10 août 2007 précité donne compétence au consul de France à l'étranger pour légaliser l'acte.

Dans son arrêt du 4 juin 2009, la première chambre de la Cour reconnaît qu'il est aussi possible d'effectuer cette légalisation en France, le consul du pays dont émane l'acte pouvant y procéder.

La doctrine souligne l'équivalence de ces deux modalités de légalisation des actes¹⁰.

9. Le droit conventionnel et la légalisation

- La Convention de la Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de légalisation des actes publics étrangers

Entrée en vigueur en France en **janvier 1965**, cette Convention établit une formalité simplifiée, celle de l'apostille, qui est délivrée par l'autorité compétente de l'État d'où émane le document. Elle atteste de la véracité de la signature et de la qualité du signataire. Les procureurs généraux près les cours d'appel sont, en France, compétents pour apostiller les actes d'autorités situées dans leur ressort (article 598-1 de l'IGEC).

Dans le rapport explicatif de cette Convention, M. Loussouarn relevait :

« la Conférence n'a pas voulu abolir la légalisation classique sans lui substituer un autre procédé qui, d'une part, garantirait au porteur de l'acte l'effet voulu dans le domaine de la preuve et, d'autre part, ne rendrait pas plus onéreux le contrôle de la sincérité de son origine. La nouvelle formalité devait au surplus être d'une simplicité extrême. Ce triple souci se trouve satisfait par la solution de la Convention, à savoir la suppression totale de la légalisation diplomatique ou consulaire et l'introduction d'une mesure de contrôle unique résultant de l'apposition d'une apostille par une autorité du pays de confection de l'acte. La simplicité est garantie par le fait que cette apostille unique à apposer dans le pays de confection de l'acte sera la seule exigence requise. L'intérêt du porteur sera protégé par une règle conventionnelle dispensant l'apostille de toute preuve quant à la sincérité de sa propre signature et du sceau qu'elle porte. En réalité les apostilles étant soumises à numérotation et enregistrement publics, les contrefaçons seront devenues si difficiles à réaliser que le document apostillé sera aussi digne de foi, quant à son origine, que les documents actuellement légalisés ».

Cette Convention, en vigueur dans une centaine d'États, n'a pas été signée par Haïti.

La Convention de La Haye « apostille » est actuellement en vigueur entre les 98 États suivants : Afrique du Sud, Albanie, Allemagne, Andorre, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bahamas, Barbade, Bélarus, Belgique, Belize, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Brunei-Darussalam, Bulgarie, Chine (Hong-Kong et Macao), Colombie, îles Cook, Croatie, Dominique, Érydm (ex-République yougoslave de Macédoine), Estonie, États-Unis, îles Fidji, Finlande, France, Grèce, Grenade, Honduras, Hongrie, Inde, Islande, Israël, Italie, Kazakhstan, Japon, Lesotho, Lettonie, Libéria, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malawi, Malte, îles Marshall, île Maurice, Mexique, Monaco, Namibie, Niue, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, fédération de Russie, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Marin, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Sainte-Lucie, Salvador, Samoa, Serbie et Monténégro, Seychelles, République slovaque, Slovénie, Suède, Suisse, Suriname, Swaziland, République Tchèque, Tonga, Trinité-et-Tobago, Turquie, Ukraine, Venezuela, Moldavie, Géorgie, Corée, Danemark, République dominicaine, Équateur, Espagne, Chypre, Irlande, São Tomé et Príncipe, Vanuatu, Cap Vert, Mongolie.

La conférence de droit international privé de La Haye s'intéresse à présent à la délivrance d'une **apostille électronique (e-APP)** : la vérification de signature serait automatisée ; l'Espagne a déjà, dans cette matière, une première expérience.

¹⁰ Voir *Defrénois*, 30 septembre 2009, n° 16 précité et *JCP*, éd. G, n° 26, 22 juin 2009, 40 note Cornut : « l'autorité investie de la légalisation est en principe le poste diplomatique ou consulaire français du lieu de l'auteur de l'acte (décret n° 2007-1205, article 4). ... La cour accueille l'acte de naissance étranger car "la légalisation pouvait être effectuée en France par le consul du pays où l'acte a été établi". Au regard de l'objet de la légalisation, cette solution ne peut être qu'approuvée ».

- Les conventions bilatérales ou multilatérales de dispense de légalisation

La France a passé avec de nombreux pays des conventions permettant une réception réciproque des actes publics sans légalisation. Le détail des conventions bilatérales est détaillé au § 598-2 de l'IGEC.

Toutefois, aucune convention bilatérale ne lie Haïti à la France. Des conventions multilatérales ont aussi été élaborées dans le cadre de la commission internationale de l'état civil (voir § 598 de l'IGEC).

Un tableau récapitulatif de l'état actuel du droit conventionnel figure au § 599 de l'IGEC ; les pays qui ne figurent pas sur cette liste, et c'est le cas d'Haïti, sont soumis à la légalisation.

- **Les Règlements 44/2001 du 22 décembre 2000 et 2201/2003 du 27 novembre 2003 prévoient une dispense de légalisation :** dans leurs articles 56 et 52, les Règlements Bruxelles I et Bruxelles II *bis* prévoient une dispense de légalisation qui s'inscrit, s'agissant des pays de l'Union européenne, dans un contexte de réciprocité et d'allègement des formalités.

- Les usages diplomatiques et la réciprocité

Les arrêts du 4 juin 2009 susvisés constatent l'abrogation de l'ordonnance de marine d'août 1681 et fondent l'obligation de légalisation sur l'existence d'une coutume internationale. Certains commentateurs¹¹ contestent l'existence d'une coutume internationale et préfèrent la qualification de « pratique internationale ».

Quoiqu'il en soit, si la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 ainsi que les nombreuses conventions bilatérales sont intervenues, c'est précisément en raison d'une coutume dont l'existence, même variable selon les époques, ne peut, dans son principe, être contestée.

Interrogé par le parquet général dans une des deux affaires (*Bull.* 2009, I, n° 115) ayant donné lieu à l'un des deux arrêts du 4 juin 2009, **le ministère des affaires étrangères, par un courrier du 11 mars 2009, répond, sur le principe même de la légalisation, qu'il relève « d'un usage consulaire constant »** et, sur les modalités selon lesquelles elle s'effectue, que l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 prévoit que « *peuvent être acceptés en France, tant par les administrations publiques que par les particuliers, les copies ou extraits soit :*

- *légalisés à l'étranger par un consul de France ;*
- *légalisés en France par le consul du pays où ils ont été établis ;*
- *établis en France par un consul étranger sur la base d'actes d'état civil conservés par lui ».*

D. - Légalisation et applications jurisprudentielles

1. L'obligation de légalisation des actes d'état civil établis à l'étranger : la jurisprudence de la cour de cassation

- **Les arrêts du 4 juin 2009 :** la **coutume internationale** comme fondement de l'exigence de légalisation

La Cour a retenu ce fondement pour ancrer l'exigence de légalisation. La coutume internationale se caractérise par l'absence d'acte fondateur initial, par l'absence de texte. Elle est définie comme « **une pratique générale acceptée comme étant le droit** » (article 38 du statut de la Cour internationale de justice).

La coutume internationale apparaît comme une source de droit de premier plan, au même titre que les traités. En effet l'article 38 précité dispose :

« 1. - *La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :*

- a) *les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;*
- b) **la coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;**
- c) *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;*
- d) *sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »¹².*

Les commentateurs des arrêts de la première chambre du 4 juin 2009 (voir P. Deumier, précitée) sur ce point relèvent : « *la coutume internationale ne souffre pas dans l'ordre international de la relégation qui lui est souvent réservée dans l'ordre interne, elle y est d'un rang égal au traité. La cour de cassation, en y amarrant la légalisation, l'a donc mise à l'abri de nouveaux aléas sourciers et autres ordonnances de codification piégées* ».

Les **deux éléments** qui composent la coutume sont, d'une part, l'existence d'une **pratique générale**, suivie par plusieurs sujets de l'ordre international (la légalisation est à ce titre une pratique en vigueur depuis plusieurs siècles), d'autre part, le caractère obligatoire de la règle de droit ; ceux qui la suivent doivent avoir le sentiment de se conformer à une véritable obligation juridique (***opinio juris***)¹³.

¹¹ Voir E. Fongaro, article précité.

¹² Sur les sources du droit international et la coutume, voir *Juris-Classeur international*, fasc. 13, S. Sur.

¹³ Ainsi, selon Hans Kelsen, dans sa *Théorie pure du droit*, « dans la norme fondamentale supposée du droit international, qui institue la coutume étatique comme fait créateur de droit, s'exprime le principe qui est l'hypothèse fondamentale de tout droit coutumier : l'individu doit se conduire de la façon dont les autres individus se conduisent habituellement dans l'idée qu'ils doivent le faire ; il y est appliqué à la conduite réciproque des États, c'est-à-dire à la conduite des individus à qui l'ordre juridique étatique confère la qualité d'organes, et plus précisément d'organes de gouvernement ». Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, deuxième édition, traduite par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris, p. 219.

En toute hypothèse, la règle coutumière doit être constatée, construite ou reconstruite par un observateur extérieur, qui en établit l'existence. Cet observateur peut être un juge consacrant *a posteriori* cette norme, à l'occasion d'une instance donnée, mais elle ne peut prendre force que dans une idée de convergence, de consensus, tout au moins d'une harmonie des consentements autour de la reconnaissance de cette existence.

Les hypothèses dans lesquelles la coutume internationale a été invoquée dans notre ordre juridique sont peu nombreuses. Il s'agit principalement de **l'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers**.

Cette immunité, fondée sur le droit coutumier, ne trouve pas de base précise dans un acte interne français. Mais, alors que la juridiction administrative préfère constater qu'aucun texte ne lui attribue compétence, la juridiction judiciaire mentionne positivement la coutume. La Cour de cassation a ainsi cassé une décision de cour d'appel qui avait méconnu l'immunité de juridiction, en se référant spécifiquement aux « *règles du droit international public gouvernant les relations entre États* »¹⁴. Elle a, sur le même fondement, précisé les contours de l'immunité de juridiction des États étrangers¹⁵. Elle a, en outre, eu recours à la coutume pour appliquer la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, non ratifiée par la France¹⁶.

- Les **décisions antérieures aux arrêts du 4 juin 2009** :

La Cour, avant les deux arrêts précités, a jugé de façon constante (**1^{re} Civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-10.960**), **se fondant sur l'ordonnance de marine** alors toujours en vigueur, que l'acte étranger produit devant une juridiction française devait être légalisé et a aussi précisé l'autorité en charge de cette légalisation, à savoir le consul de France à l'étranger :

« ... que, selon l'article 23 de l'ordonnance royale d'août 1681, repris dans l'instruction générale sur l'état civil, **pour recevoir effet en France, les copies ou extraits d'actes d'état civil établis à l'étranger doivent, sauf convention internationale, être légalisés, à l'étranger, par un consul de France** ; qu'en l'absence de convention entre les Comores et la France sur ce point, la cour d'appel a exactement décidé que l'acte de naissance non légalisé n'avait pas de valeur probante ».

La Cour a réaffirmé cette exigence de légalisation dans un arrêt du **14 novembre 2007, Bull. 2007, I, n° 356** : en l'absence de convention entre le Nigeria et la France, la Cour a considéré que, pour recevoir effet en France, les actes de l'état civil étrangers devaient être légalisés¹⁷.

La Cour a aussi fait application des conventions bilatérales intervenues entre la France et la République centrafricaine par exemple (accord de coopération du 18 janvier 1965), dispensant de légalisation des actes émanant de l'autorité étrangère (1^{re} Civ., 9 janvier 2007, pourvoi n° 06-13 178).

2. La jurisprudence hétérogène des juridictions du fond

La position des juridictions du fond ne semble pas harmonisée.

Certaines décisions produites à l'appui de la demande d'avis par le tribunal de grande instance de Lille ne sont pas pertinentes car intervenues avant le refus, intervenu à la mi-2009, par les autorités haïtiennes de légaliser les consentements donnés devant notaire ; la question de la légalisation n'était en conséquence pas directement posée (par exemple, CA Reims, 15 septembre 2005, CA Rennes, 26 août 2008 et 13 janvier 2009, CA Toulouse, 27 juin 2006, CA Aix-en-Provence, 30 juin 2005...).

Il ressort néanmoins de décisions récentes rendues par les cours d'appel que l'obligation de légalisation du consentement recueilli en marge de la procédure d'adoption est diversement envisagé.

- **Pour la cour d'appel de Paris, l'acte étranger doit présenter des garanties probatoires suffisantes** :

Dans trois décisions récentes des **30 septembre 2010, 17 février 2011 et 24 février 2011**¹⁸, la même formation de la cour d'appel de Paris a jugé, dans des termes identiques, que :

« *considérant que si le consentement exprès et éclairé à l'adoption plénière d'un enfant étranger peut être recueilli par tous moyens, les documents qui le constatent doivent présenter des garanties probatoires suffisantes* ;

Considérant qu'en l'espèce, faute de légalisation, l'acte produit ne fait pas lui-même la preuve qu'il émane effectivement de la mère biologique (...) ; que, n'étant étayé par aucune autre pièce, il n'établit pas la réalité du consentement »¹⁹.

Si la cour d'appel de Paris rejette, faute de légalisation, les consentements obtenus en vue d'une adoption plénière, elle se prête également à une analyse des signatures apposées sur divers documents pour en relever les différences ou les contradictions.

Ainsi, dans sa décision du 17 février 2011 précitée, après avoir relevé que « *faute de légalisation, la circonstance que l'acte produit ait été établi devant un notaire ne lui confère aucune garantie particulière d'authenticité* », la cour d'appel se livre à un examen détaillé des signatures et de la calligraphie de certaines lettres pour en déduire le défaut de force probante.

¹⁴ 1^{re} Civ., 4 février 1986, General Maritime Transport Company c/ Marseille Fret : Clunet 1987, p. 112, note Jacquet et Chr. Lachaume, *AFDI* 1987, p. 916 et 917.

¹⁵ Crim. 13 mars 2001, *Gaz. Pal.*, 29 mai 2001, n° 149, p. 27, concl. J.-Y. Launay ; *JDI* 2002, 803, note C. Santulli ; *RGDIP* 2001, 473, chron. F. Poirat ; voir aussi Crim., 23 novembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 292.

¹⁶ 1^{re} Civ., 11 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 378.

¹⁷ Cette décision a été commentée à la *Revue critique de Droit international privé* 2008, p. 298, note Revillard ; *RJPF*, janvier 2008, p. 14 ; *Droit de la famille*, n° 4, avril 2008, commentaire n° 50, note Fongaro.

¹⁸ CA Paris (pôle 1, première chambre), 30 septembre 2010, RG n° 10/10435, 17 février 2011, RG n° 10/21830, 24 février 2011, RG n° 10/20547.

¹⁹ CA Paris précité, 30 septembre 2010.

Commentant l'arrêt du 30 septembre 2010 précité, T. Gare²⁰ considère que la solution retenue est sévère et explique le refus de légalisation des autorités haïtiennes par l'attribution automatique de la nationalité française qui s'attache au prononcé d'une adoption plénière française et qui, par voie de conséquence, prive l'enfant de sa nationalité haïtienne, Haïti n'admettant pas la double nationalité.

- Une appréciation pragmatique de l'exigence de légalisation faite par les juges du fond

Les juridictions du fond, en présence du seul consentement du ou des parents de naissance exprimé dans le cadre de la procédure locale d'adoption, ont jugé, les adoptants n'ayant pu retrouver, suite au séisme, la famille biologique pour obtenir un second consentement plus circonstancié en vue d'une adoption plénière, que le jugement haïtien produisait les effets d'une adoption simple²¹.

Tels sont les éléments d'analyse soumis à la Cour en vue de statuer sur la demande d'avis formée par le tribunal de grande instance de Lille.

PLAN DU RAPPORT

I. - Rappel des faits et de la procédure

II. - Recevabilité de la demande d'avis

A. - Au regard des règles de forme

B. - Au regard des règles de fond

1. L'existence d'une question de droit
2. L'existence d'une question nouvelle
3. L'existence d'une difficulté sérieuse

III. - Éléments de discussion au fond

A. - L'article 370-5 du code civil et la possible conversion d'une adoption simple étrangère en adoption plénière de droit français

B. - La procédure d'adoption en Haïti

1. Les dispositions relatives à l'adoption internationale en vigueur en Haïti
2. Le refus des autorités haïtiennes de légaliser le consentement en vue d'une adoption plénière donné devant notaire en marge de la procédure d'adoption
3. Le nouveau projet de loi haïtien voté par les députés le 7 mai 2010 réformant l'adoption internationale
4. La récente signature par la République d'Haïti de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale
5. La circulaire française du 22 décembre 2010 de la direction des affaires civiles et du sceau relative au statut des enfants en cours de procédure d'adoption en Haïti
6. La réponse du ministre de la justice à une question orale sans débat

C. - La légalisation des actes publics étrangers

1. Le principe de la légalisation
2. Le fondement du principe de la légalisation : l'ordonnance royale d'août 1681
3. Une abrogation « par mégarde » du principe de la légalisation ou une volonté délibérée de supprimer l'exigence de légalisation ?
4. Les suggestions de la Cour de cassation s'agissant de la légalisation des actes de l'état civil étrangers : pour une réaffirmation du principe de légalisation
5. La légalisation : une formalité bureaucratique et contraignante ?
6. La portée de la légalisation
7. Les attributions consulaires en matière de légalisation des actes
8. Les autorités en charge de la légalisation
9. Le droit conventionnel et la légalisation

D. - Légalisation et applications jurisprudentielles

1. L'obligation de légalisation des actes d'état civil établis à l'étranger : la jurisprudence de la Cour de cassation

2. La jurisprudence hétérogène des juridictions du fond

²⁰ *Revue juridique personnes et famille* 2001, n° 1/22 : « *Quand la cour d'appel de Paris fait obstacle à l'adoption plénière des enfants d'Haïti* ».

²¹ CA Amiens, 13 octobre 2010, RG n° 10/02170.

Observations de Mme Falletti

Avocat général

Rappel des faits et de la procédure

Des relations entre M. Devil X... et Mme Marie X... est issu Devilson Gamaniel X..., né le 25 juin 2005 à Port-au-Prince (Haïti).

Par jugement du 20 janvier 2009, le tribunal civil de Port-au-Prince a homologué le procès-verbal d'adoption de l'enfant Devilson Gamaniel X..., par Mme Sandrine Y..., née le 21 avril 1970 à Marseille, dit qu'il y a lieu à adoption et autorisé l'adjonction du nom de l'adoptant.

Par requête enregistrée le 23 août 2010 au tribunal de grande instance de Lille, Mme Y... sollicite l'adoption plénière de l'enfant Devilson X... accueilli à son domicile depuis le 1^{er} octobre 2009. À l'appui de sa demande, elle expose que l'adoption simple de l'enfant a été prononcée régulièrement à l'étranger, que les parents biologiques de l'intéressé ont consenti à son adoption plénière le 10 juillet 2009 devant M^e Jean Chery, notaire à Cité Soleil (Haïti), et qu'ils n'ont pas rétracté leur consentement.

Par avis daté du 3 août 2010, le ministère public s'est opposé à l'adoption projetée, au motif que le consentement sous forme notariée des parents biologiques n'était pas légalisé par les autorités haïtiennes.

Par jugement du 6 janvier 2011, le tribunal de grande instance de Lille, saisi de la demande d'adoption, sollicite l'avis de la Cour de cassation sur « **les effets et la valeur probante devant les juridictions françaises d'un consentement par acte authentique non légalisé, donné à Haïti par les parents biologiques haïtiens en vue de l'adoption plénière de leur enfant en France** ».

A. - Recevabilité de la demande d'avis

1. Au regard des règles de forme

La requérante et le ministère public, informés de l'intention du tribunal de solliciter l'avis de la Cour de cassation, ont été invités à présenter leurs observations écrites dans un délai déterminé, conformément aux dispositions de l'article 1031-1 du code de procédure civile. Figurent au dossier de la procédure les observations écrites de la requérante et du ministère public. La décision sollicitant l'avis a été notifiée à la requérante et le ministère public en a été avisé, selon les prescriptions définies à l'article 1031-2 du code de procédure civile.

2. Au regard des règles de fond

Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent demander l'avis de la Cour de cassation lorsqu'elles sont amenées à statuer sur **une question de droit nouvelle**, présentant **une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges**.

Même si le jugement sollicitant l'avis de votre Cour vise explicitement Haïti et les parents haïtiens, la demande dépasse ce cadre particulier et pose la question de droit, d'ordre général, des effets en France d'un acte notarié étranger non légalisé.

La question de droit posée est-elle nouvelle ?

Lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur la question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis (avis du 29 janvier 2007, *Bull.* 2007, Avis, n° 2).

La question n'est pas nouvelle et il n'y a pas lieu à avis, compte tenu des solutions déjà dégagées par la jurisprudence (avis du 24 janvier 1994, *Bull.* 1994, Avis, n° 2).

Pour le tribunal, si la Cour de cassation a déjà statué sur le caractère obligatoire de la légalisation des actes d'état civil étrangers destinés à être produits en France, elle n'a pas encore tranché la question des effets en France d'un acte notarié étranger non légalisé.

En effet, il a été jugé (1^{re} Civ., 4 juin 2009, *Bull.* 2009, I, n° 166) que, malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes d'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, **selon la coutume internationale et sauf convention contraire**, obligatoire.

Par un arrêt du même jour (1^{re} Civ., 4 juin 2009, *Bull.* 2009, I, n° 115), la première chambre a également décidé que si les copies ou extraits d'actes d'état civil établis à l'étranger doivent, **selon la coutume internationale et sauf convention contraire**, être légalisés, la légalisation dans son acception actuelle peut être effectuée en France, par le consul du pays où l'acte a été établi.

Dans cette dernière espèce, la requérante, de nationalité chinoise, qui contestait le refus d'enregistrement de sa déclaration acquisitive de nationalité française, avait, pour justifier de son état civil, produit un acte notarié de 2002, certifié le 15 juillet 2004 par le consulat de Chine en France. La certification ayant été faite dans les formes prévues par la loi chinoise et aucun élément du dossier ne permettant de douter de la véracité de la signature de l'acte ou de la qualité du signataire, la première chambre a considéré « *que la cour d'appel*

avait pu en déduire que l'acte de naissance produit pouvait recevoir effet en France ». La Cour a ainsi pris en considération l'acte notarié certifié à titre de preuve de l'état civil de la requérante, faute de production par elle d'un acte de naissance.

Votre Cour n'a donc pas eu formellement à trancher la question des effets en France des actes notariés étrangers, non légalisés, envisagés en tant que tels.

Certes, un raisonnement par analogie avec les actes de l'état civil semble possible et, dans sa dépêche du 22 décembre 2010 relative au statut des enfants en cours de procédure d'adoption en Haïti (04-10/CI/0-6 MS/271), le garde des sceaux, donnant instruction aux procureurs généraux d'émettre un avis négatif à toute requête en adoption plénière dès lors que l'acte constatant le consentement donné en vue de cette adoption ne pouvait être légalisé, a franchi le pas.

Néanmoins, on peut considérer que la question se pose de manière nouvelle et mérite un avis de votre Cour, alors que l'ordonnance du 21 avril 2006 qui a abrogé l'ordonnance de la marine d'août 1681 soumettant la force probante des actes établis à l'étranger destinés à être produits en France à la formalité de la légalisation a été ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 et qu'il appartient au juge, délimitant les contours de la règle coutumière internationale retenue désormais comme fondement, de dire si l'acte notarié en relève.

D'autre part, le consentement exprès et éclairé des parents pouvant être recueillis par tous moyens (1^{re} Civ., 22 octobre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 236) et son contenu étant, en application de l'article 370-5 du code civil, apprécié indépendamment de la loi nationale de l'adopté, la question se pose de la possibilité d'en rapporter la preuve par une pièce complémentaire de l'acte notarié non légalisé, étant observé qu'un panorama des décisions récemment rendues en la matière (étude effectuée par Mme Vanessa Norguin, greffier en chef au SDER, demande d'avis n° 11 00001 - Jurisprudence des cours d'appel, p. 15) montre qu'il existe un certain flottement entre l'appréhension des garanties probatoires de l'acte et l'appréciation de son contenu.

La question est-elle sérieuse ? La question posée est sérieuse puisque de la réponse qui y sera apportée dépend le régime d'adoption applicable.

La question se pose dans de nombreux litiges, plusieurs requêtes similaires ayant été déposées dans différentes juridictions.

Dans une question orale (publiée au *JO Sénat* du 27 janvier 2011, p. 175), Alain Milon, sénateur du Vaucluse, interrogeait le garde des sceaux sur les effets de l'absence de légalisation des actes de consentements indépendants fournis dans le cadre de la procédure d'adoption en Haïti et sur la manière dont il entendait « *contribuer à mettre fin à la disparité impressionnante de jurisprudence, non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps, actuellement constatée et susceptible de s'aggraver avec l'arrivée de nombreux enfants par convoi spécial fin 2010, certains tribunaux refusant au second enfant d'une famille ce qu'ils ont accordé au premier...* ».

Répondant au sénateur, le garde des sceaux indiquait (*JO Sénat* du 16 février 2011, p. 1373) : « *Il n'est pas envisageable que les autorités françaises passent outre la volonté du gouvernement haïtien à l'égard des enfants (concernés) en légalisant elles-mêmes les actes (constatant les consentements donnés en vue de l'adoption plénière). Je vous rappelle que ce sont les relations de confiance existant entre l'État haïtien et la France qui ont permis l'arrivée en urgence en France d'enfants haïtiens en décembre dernier. Pour ma part, j'ai rappelé aux procureurs généraux, par une dépêche du 22 décembre 2010, ces exigences imposées par le droit international public et la Cour de cassation, afin que des réquisitions adaptées soient prises sur l'ensemble du territoire français* ».

Cette interpellation et sa réponse illustrent l'actualité et l'impact de la question posée par le tribunal de Lille.

J'invite, en conséquence, votre Cour à dire **recevable** la demande d'avis présentée, qui répond aux conditions de forme et de fond posées par les textes et la jurisprudence.

B. - Éléments de réponse

La question de droit posée s'inscrit dans le cadre de l'adoption internationale. Elle invite à s'interroger sur les principes qui gouvernent ce type d'adoption ainsi que sur la situation propre à Haïti, avant d'évoquer le rôle de la légalisation et les conséquences à tirer de son absence.

1. Principes généraux

Comme le souligne d'emblée la circulaire du 16 février 1999 (*JORF* n° 78, du 2 avril 1999, p. 4930), « *la question de l'adoption internationale est particulièrement sensible. Elle concerne d'abord des enfants, dont l'intérêt doit primer toute autre considération, mais aussi leur famille biologique, dont les droits ne sauraient être ignorés, et enfin les adoptants, dont l'engagement affectif et moral est important. Elle revêt, en outre, un aspect diplomatique non négligeable. En effet, (...) les procédures visant au recueil des enfants et à leur sortie du territoire sont mises en œuvre dans le pays d'origine des adoptés et requièrent donc une coopération des autorités locales. Les États d'origine des enfants sont soucieux de voir respecter leur souveraineté...*

La communauté internationale s'est mobilisée pour mettre en place des instruments internationaux susceptibles de faire échec aux pratiques très contestables constatées dans un certain nombre de pays, où la détresse des familles biologiques est parfois exploitée. Deux conventions ont été adoptées, l'une, plus générale, la Convention de l'ONU du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, et l'autre, spécialement consacrée à cette question, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale :

- la Convention du 20 novembre 1989 met l'accent sur la responsabilité qui incombe aux États de pourvoir à la protection des enfants privés de leur milieu familial en instituant des mesures de remplacement, au nombre

desquelles l'adoption internationale ne constitue qu'une solution de dernier recours. Elle insiste par ailleurs sur la nécessité de prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants, afin de prendre en compte l'origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique du mineur privé de son milieu familial dans le choix de la mesure de protection dont il fera l'objet ;

- la Convention de La Haye du 29 mai 1993 (...) affiche un souci de moralisation de l'adoption ; elle met en place un système de coopération entre autorités centrales des États d'origine et des États d'accueil des enfants, qui doivent s'assurer, lors des différentes étapes de la procédure, que les droits de l'enfant et de sa famille biologique sont respectés. Ces Conventions reflètent l'évolution des idées en matière de protection des enfants et, en les ratifiant, la France s'est engagée à assurer le respect des principes qu'elles posent ».

La circulaire invite à un contrôle rigoureux de l'authenticité des pièces produites par les requérants, rappelant que les documents officiels provenant de pays étrangers doivent, sauf disposition conventionnelle contraire, faire l'objet d'une légalisation.

2. Situation de Haïti

La procédure d'adoption en Haïti est régie par la loi du 25 février 1966 et le décret du 4 avril 1974, qui en détermine les formes et les conditions.

Seule l'adoption simple est prévue par ce texte, qui dispose notamment :

- article 16 : l'adopté reste dans sa famille par le sang et il y conserve tous ses droits héréditaires ;
- article 20 : l'adopté et ses descendants n'acquièrent aucun droit de succession sur les biens des parents de l'adoptant. Mais ils ont, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits attribués aux enfants ou descendants légitimes et naturels ;
- article 21 : l'adopté doit des aliments à l'adoptant si celui-ci est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté. L'obligation de se fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère. Cependant, les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant ;
- article 34 : la révocation de l'adoption peut, pour des motifs graves, être prononcée par le tribunal civil compétent sur la demande de l'adoptant, sur celle de l'adopté s'il est majeur ou sur celle du commissaire du gouvernement s'il est mineur de plus de treize ans.

Le jugement du tribunal est, dans tous les cas, susceptible de recours.

La révocation fait cesser, pour l'avenir, tous les effets de l'adoption.

D'autre part, l'adoption prononcée en Haïti, assimilable en droit français à une adoption simple, ne confère pas automatiquement la nationalité française à l'enfant qui, cependant, jusqu'à sa majorité, pourra faire une déclaration acquisitive de nationalité française conformément aux dispositions de l'article 21-12 du code civil, sachant que la législation haïtienne ne reconnaît pas la double nationalité.

Selon l'article 11 du décret précité, « le consentement à adoption est donné dans l'acte même d'adoption ou par acte authentique séparé, devant un notaire, le juge de paix du domicile ou de la résidence de l'adopté et, à l'étranger, devant l'agent diplomatique ou consulaire haïtien ».

Pour obtenir les effets d'une adoption plénière, les familles françaises bénéficiaires d'un jugement d'adoption prononcé en Haïti saisissent les juridictions françaises d'une demande de conversion du jugement d'adoption simple en adoption plénière sur le fondement des dispositions de l'article 370-5 du code civil, selon lesquelles l'adoption simple « peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ». Est alors joint à leur demande un nouveau consentement donné devant notaire répondant aux critères de l'adoption plénière en droit français (rupture complète des liens antérieurs de l'enfant et irrévocabilité de la filiation adoptive), destiné aux seules juridictions françaises. Jusqu'en 2009, les consentements venant ainsi compléter la procédure initiale étaient légalisés en Haïti, la formalité nécessitant l'intervention de trois autorités : le commissaire du gouvernement, le ministère de la justice et le ministère des affaires étrangères haïtien.

Depuis le mois de septembre 2009, les autorités haïtiennes refusent de légaliser de tels consentements à adoption au motif que ceux-ci sont contraires à l'esprit et à la lettre du décret de 1974, qui ne prévoit que l'adoption simple. Sans que cette décision ne résulte d'aucun document officiel des autorités haïtiennes, elle a été rappelée aux services de l'ambassade de France à plusieurs reprises et encore récemment, lors d'un entretien avec le consul général d'Haïti à Paris, saisi par des familles d'une demande de légalisation des consentements. La décision est donc effective *de facto*.

La position des autorités haïtiennes invite à se pencher **sur le contexte socio-culturel de l'île**.

Selon les chiffres donnés par le service de l'adoption internationale du ministère des affaires étrangères, entre 2001 et 2009, 4 199 enfants haïtiens ont été adoptés par des Français (chiffre mentionné dans la question orale précitée). Le nombre annuel d'adoptions, qui était de 403 en 2007, est passé à 731 en 2008, 651 en 2009 et 992 en 2010 (sources du ministère des affaires étrangères et européennes). Il apparaît ainsi en constante augmentation. Cependant, depuis le séisme de janvier 2010, le ministère français des affaires étrangères et européennes a décidé de geler les nouveaux dossiers.

Dans le rapport de mission (ce rapport est accessible sur le site suivant : http://www.solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/RAPPORT_DE_MISSION_Adoption-2.pdf) qu'ils ont établi à la suite de leur visite en Haïti du 26 février au 7 mars 2010, les experts (pédiatres, psychiatres et pédo-psychiatre) mandatés par le ministère des affaires étrangères et européennes, le ministère de la santé et des sports et le secrétariat d'État chargé de la famille et de la solidarité afin d'apprécier les risques encourus par les 117 enfants ayant fait l'objet de jugements

d'adoption avant le séisme décrivent ainsi les spécificités de l'adoption en Haïti telles qu'elles leur sont apparues : « *les enfants ne sont, pour la plupart, pas orphelins, mais confiés par les parents biologiques aux crèches en vue de leur adoption. Ils ne sont pas abandonnés au sens où nous l'entendons. Il s'agit la plupart du temps d'un « laisser partir » sans rupture totale des liens vers une opportunité de vie meilleure, ailleurs. Certains parents restent très présents, et ce, jusqu'au départ de l'enfant ; il est également de tradition que les parents de naissance rencontrent les parents adoptifs quand ceux-ci viennent chercher l'enfant et demandent à recevoir des nouvelles, le plus souvent par l'intermédiaire des crèches* ».

Cette pratique, qui s'apparente à la coutume de « l'adoption-protection » observée dans d'autres pays d'Afrique noire (les parents confient leur enfant à un tiers non par désintérêt mais pour lui assurer un meilleur avenir), est évoquée de manière plus générale par François Boulanger dans son ouvrage *Enjeux et défis de l'adoption. Étude comparative et internationale* (n° 23, Paris 2001 éd. Economica).

L'auteur observe, en effet, à propos des États d'Afrique noire, que « **la situation juridique des enfants reste mouvante entre famille d'origine et famille d'accueil** », en dépit d'une codification officielle de l'adoption sur le modèle occidental, mais qui n'apparaît, trop souvent, que comme « *un placage symbolique* » sur des règles coutumières. Il souligne au final « *la difficulté d'insérer la tradition coutumière dans le concept juridique d'adoption* ».

Pascal Gourdon, dans une étude intitulée « Quelques réflexions sur l'amélioration du processus d'adoption des enfants polynésiens » (*Droit de la famille*, n° 7, juillet 2004, étude 18), le rejoint lorsqu'il écrit : « *Il faut encore insister sur l'existence de deux approches psychologiques de l'adoption. Celle des délégataires de culture européenne est marquée par l'importance de la filiation biologique. C'est pourquoi ils n'ont de cesse d'obtenir la suppression de toute référence au début de l'histoire de l'enfant et à ceux qui l'ont procréé. Pour trouver une pleine place, les parents adoptifs doivent littéralement se substituer aux parents biologiques. Celle des délégants de culture polynésienne est empreinte de la logique de l'adoption fa'a'amu. Ils conçoivent que, sans rupture définitive, un couple puisse donner la vie et qu'un second puisse apprendre à l'enfant comment la vivre. Il convient donc de mieux protéger les parents d'origine, qui sont la partie la plus vulnérable et la plus souvent oubliée des débats sur l'adoption* ».

Dans un entretien (paru au *Recueil Dalloz*, 3 mars 2011, n° 9) faisant écho au rapport de mission évoqué, Jean-Pierre Brouillaud, maître de conférences à l'université de Paris-Est Créteil, conclut ainsi son propos : « *L'adoption internationale demeure l'ultime recours pour donner une famille à des enfants abandonnés et sans avenir. Bien entendu, même si les procédures sont extrêmement réglementées, le risque de dérive existe et les procédures d'adoption doivent tendre toujours vers une sécurité maximale. Dans la réflexion menée à ce sujet, l'une des questions qui se pose actuellement au sein des États et des institutions concernées par l'adoption internationale est celle de la limitation, voire de l'éradication progressive de l'adoption individuelle, afin de privilégier les adoptions par OAA (organismes autorisés pour l'adoption, habilités par le ministère des affaires étrangères), qui sont davantage encadrées et réalisées sous la tutelle des États* ».

Le 2 mars 2011, Haïti a signé la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

Cette Convention, comme le dit le communiqué de presse établi le lendemain par la Conférence de La Haye de droit international privé (organisation intergouvernementale établie au Pays-Bas, œuvrant à l'harmonisation des règles de droit international privé), « *est le seul traité mondial posant des standards et établissant des procédures pour la protection des enfants et des familles, tant avant que pendant la procédure d'adoption internationale. La signature de la Convention est la première étape en vue de sa ratification, ce qui permettra à Haïti d'en devenir partie à part entière dans le futur et ainsi d'être intégralement lié par les garanties et les procédures qui sont aujourd'hui en vigueur dans les quatre-vingt-trois pays à travers le monde... En signant la Convention de La Haye sur l'adoption internationale, Haïti manifeste son désir et son intention de réformer ses systèmes de protection de l'enfance et d'adoption internationale, ce qui représente une étape préliminaire essentielle en vue de la ratification de la Convention* ».

Soulignant que la signature de la Convention est un signal fort donné à la communauté internationale mais qu'il s'agit d'un premier pas, le communiqué poursuit : « *Haïti reconnaît maintenant le besoin de changer son système d'adoption et est en train d'examiner un nouveau projet de loi, voté en Chambre basse en mai 2010. Le projet de loi amène plusieurs changements importants, mais ne suffit toujours pas à garantir des adoptions sécuritaires. Il distingue les adoptions simples des adoptions plénières, il donne à l'autorité gouvernementale d'adoption (IBESR) le pouvoir d'effectuer l'apparementement entre enfants et parents adoptifs, il pose plusieurs critères pour obtenir des consentements éclairés et il met fin aux adoptions privées en requérant le passage de toute demande par l'IBESR. Ce sont là des étapes importantes vers un régime conforme à la Convention de La Haye* ».

Dès lors qu'il aura ratifié sa signature, l'État haïtien aura l'obligation juridique d'appliquer la Convention, ce qui implique qu'il se soit doté d'une législation conforme et ait mis en place les structures nécessaires à sa mise en œuvre. Des actions de coopération internes et internationales peuvent l'y aider.

3. Fonction de la légalisation des actes établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France

Définition et fondement de la légalisation

Le 2 mars 2011, Haïti a signé la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Pour autant, Haïti n'est pas partie à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers et lui substituant le régime de l'apostille.

L'État haïtien n'est pas, non plus, lié à la France par une convention bilatérale ou multilatérale prévoyant la dispense ou la simplification de la légalisation des actes.

En l'absence de convention, les règles du droit commun sont donc applicables. L'ordonnance royale d'août 1681, disposant, en son article 23, « *tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls ne feront foi, s'ils ne sont pas par eux légalisés* », a trouvé application en Haïti jusqu'à ce que l'abrogation de ce texte royal par l'ordonnance du 21 avril 2006 ait été ratifiée par la loi du 12 mai 2009.

La légalisation est, selon la définition qu'en donne le décret n° 2007-1205 du 10 août 2007 en son article 2, « *la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou du timbre dont cet acte est revêtu. Elle donne lieu à l'apposition d'un cachet dont les caractéristiques sont définies par arrêté du ministre des affaires étrangères* ». L'article premier de ce texte donne compétence, sous réserve de diverses conventions internationales, au ministre, aux ambassadeurs et aux chefs de poste consulaire pour procéder à la légalisation des actes publics et des actes sous seing privé émanant d'une autorité du pays de résidence lorsqu'ils sont destinés à être produits en France.

L'instruction générale relative à l'état civil (IGEC, § 587) énonce que « *la légalisation facilite, dans les relations internationales, la preuve de l'authenticité d'un acte ou d'un document établi conformément aux règles de droit interne et favorise leur production et leur admission à l'étranger* ».

La formalité implique que « *la signature apposée sur l'acte ait été matériellement reconnue et que le document ait été établi par l'autorité qualifiée et offre toute apparence d'authenticité* » (rapport de Mme le conseiller Vassallo dans l'affaire n° 08-10.962 précitée).

Depuis l'abrogation de l'ordonnance royale, l'exigence de légalisation n'a plus de fondement légal.

Certes, le décret du 10 août 2007 précité fixe les conditions et modalités d'établissement et de délivrance de la légalisation d'un acte, mais, comme le souligne M. l'avocat général Chevalier dans son avis émis dans l'espèce n° 08-10.962 (susvisée), ce texte réglementaire, « *au visa de nombreuses conventions portant sur la légalisation, se borne à décliner les modalités et procédures des différents types de légalisation (actes publics, actes sous seing privé, actes étrangers à produire en France ou acte français à destination de l'étranger)* » et, en tout état de cause, « *ne pouvait rétablir par la voie réglementaire un principe de rang législatif* ».

Postérieurement à l'abrogation effective de l'ordonnance de 1681, la première chambre de votre Cour a, par les arrêts du 4 juin 2009, trouvé dans la coutume internationale le fondement nécessaire à l'exigence de légalisation des copies ou extraits d'actes d'état civil établis à l'étranger et destinés à être produits en France.

Commentant ces arrêts, Éric Fongaro (« La légalisation : coutume internationale ou pratique internationale ? » *La Semaine juridique, édition notariale et immobilière*, n° 37, 11 septembre 2009, 1260) voit dans les considérations émises sur le sujet par A. Huet (« Les conflits de lois en matière de preuve » *Recueil Dalloz*. 1965, p. 283), selon lesquelles « *Si, dans une législation donnée, l'acte authentique fait foi de son origine, c'est parce qu'il se présente avec un appareil de formalités extérieures qui sont connues et aisément contrôlables. Mais les signes extérieurs d'authenticité d'un acte étranger peuvent évidemment être ignorés du tribunal saisi. Ils ne suffisent donc pas à convaincre de la régularité de l'acte le juge qui n'a jamais eu sous les yeux d'autres instruments similaires* », « **la raison pour laquelle le droit français - comme la plupart des législations étrangères - continue d'exiger la formalité de la légalisation pour les actes publics rédigés à l'étranger et appelés à être produits en France** », « *exigence que rappellent avec force les deux décisions commentées* ».

Portée de la légalisation

Définie comme une mesure administrative destinée à authentifier une signature et la qualité du signataire par l'apposition d'un contrescand officiel, la légalisation n'est pas constitutive de l'authenticité de l'acte, elle n'en est que la preuve, et « *son absence ne nuit ni à la validité ni à l'authenticité de l'acte* » (Mariel Revillard, *Revue critique de droit international privé* 2008, p. 298).

Cependant, en affirmant (1^{re} Civ., 14 novembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 356) que les copies ou extraits d'actes de l'état civil établis par les autorités étrangères doivent, **pour recevoir effet en France**, être légalisés, la première chambre fait de la formalité de la légalisation une condition de la force probante de l'acte étranger.

Commentant l'arrêt du 14 novembre 2007, Éric Fongaro (« Force probante des actes de l'état civil étrangers : le renouveau de la légalisation ? » *Chronique de droit de la famille, Droit de la famille*, n° 4, avril 2008) trouve dans cette affirmation la révélation « *d'une évolution de la méthode d'appréciation de la force probante de l'acte quant à son contenu* ».

Estimant avec la doctrine majoritaire que l'appréciation du degré de crédibilité des actes de l'état civil ne relève plus « *de la méthode des conflits de loi mais de celle des conflits d'autorités* », l'auteur considère que la légalisation contribue à la force probante de l'acte étranger produit en France. C'est ainsi que le commentateur invite le juge, s'étant au préalable assuré que le document étranger répond à la définition de l'acte de l'état civil donné par la cour de cassation, « *à consulter la loi locale pour savoir si les conditions étrangères d'authentification ont bien été respectées et répondent aux paramètres posées par la loi française* », et l'auteur d'ajouter : « *Dès lors qu'il faut vérifier, au stade de la qualification, qu'une autorité publique étrangère a constaté de manière authentique le fait d'état civil, la moindre des choses est de s'assurer de la qualité de l'autorité signataire de l'acte* », avant de conclure : « *En ce qu'elle permet de s'assurer de la qualité de l'autorité étrangère ayant signé l'acte, la légalisation participe bien de cette opération de qualification* ».

Ainsi, avant d'apprécier le contenu de l'acte, le juge doit-il s'assurer de son authenticité ? À cet égard, la légalisation, formalité garantissant que le document émane bien d'une autorité qualifiée au sens de la loi locale et que la signature qui y figure est bien la sienne, constitue un mode de preuve privilégié de la qualité de l'auteur de l'acte étranger et de l'authenticité de l'acte.

Portée de la légalisation en matière d'adoption internationale

Comme le rappelle Mme Christine Bidaud-Garon dans sa chronique intitulée : « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 » (*Revue critique de droit international privé* 2006, p. 49), « C'est à la loi étrangère qu'incombe la désignation des autorités compétentes pour procéder à l'établissement des actes de l'état civil sur son territoire. Cette règle, énoncée très tôt par la jurisprudence, découle naturellement du **principe de souveraineté des États**. Seul l'État peut conférer la qualité d'officier de l'état civil aux autorités procédant à l'enregistrement des actes de l'état civil en son nom et sur son territoire... Enfin, l'acte doit avoir été établi dans le respect de la procédure et des formes étrangères ».

On voit bien que ces observations relatives aux actes de l'état civil valent pour les actes authentiques établis par les notaires, que la législation haïtienne désigne au même titre que le juge de paix du domicile ou de la résidence de l'adopté et, à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire haïtien, pour constater le consentement donné par les parents biologiques en vue de l'adoption de leur enfant. En effet, selon la jurisprudence de votre Cour consacrée par la loi du 6 février 2001 (en particulier dans les articles 370-3 et 370-5 du code civil), la loi de l'adopté détermine les conditions du consentement, tandis que le contenu même du consentement, à savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou plénière, est apprécié indépendamment de la loi nationale de l'adopté par le juge français, qui doit s'attacher à la volonté expresse ou présumée de la personne qui a consenti.

Analysant la loi du 6 février 2001, Muriel Josselin-Gall (« Adoption internationale : changement de logique », étude parue dans *La Semaine juridique, édition notariale et immobilière*, n° 17, 26 avril 2002, p. 636 à 643) y voit « un dispositif de publicisation des rapports privés internationaux, l'adoption internationale semblant davantage être envisagée comme un **conflit de souverainetés** bien plus que comme un conflit de lois de droit privé ».

Ainsi, comme pour les actes de l'état civil, la légalisation, formalité garantissant que le document émane bien d'une autorité qualifiée au sens de la loi locale et que la signature qui y figure est bien la sienne, participe de l'opération de qualification nécessaire à l'authentification de l'acte.

Cette recherche se présente comme **une étape préalable** mais **nécessaire de la vérification de l'intégrité du consentement** par le juge, et ce, d'autant que l'acte dressé par le notaire est, comme en l'espèce, destiné aux seules juridictions françaises, pour lesquelles il est spécialement établi.

4. Conséquences de l'absence de légalisation

Faute de légalisation, la preuve de l'authenticité de l'acte établi par le notaire haïtien n'est pas rapportée et **cet acte ne peut recevoir d'effet en France**.

Le juge peut-il, cependant, dès lors que l'acte constatant le consentement a été établi dans les formes requises par la loi du pays d'origine et qu'il est corroboré par d'autres pièces, passer outre l'absence de légalisation et procéder à une appréciation *in concreto* de la preuve du consentement donné par les parents, comme le demande dans son mémoire le conseil de l'adoptante ?

On ne peut répondre à cette question que par la négative. En effet, ce qui est en cause, c'est non pas la preuve du consentement éclairé, mais la preuve de l'authenticité de l'acte qui l'a recueilli, et on ne voit pas quelle pièce, à défaut de la légalisation, pourrait suppléer cette absence. Comme l'a jugé la cour d'appel de Paris (17 février 2011, RG n° 10/21830), « si le consentement exprès et éclairé à l'adoption plénière d'un enfant étranger peut être recueilli par tous moyens, les documents qui le constatent doivent présenter **des garanties probatoires suffisantes**... Faute de légalisation, la circonstance que l'acte produit ait été établi devant un notaire haïtien ne lui confère aucune garantie particulière d'authenticité ».

Conclusion

J'émet donc l'avis que, faute de légalisation, l'acte notarié ayant recueilli le consentement des parents dont l'authenticité n'est pas vérifiable ne peut avoir d'effet en France.

I. 2. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 4 AVRIL 2011

Titre et sommaire	Page 27
Avis	Page 27
Rapport	Page 29
Observations	Page 37

Cassation

Saisine pour avis - Demande - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Question dont la réponse découle de la solution apportée par un pourvoi en cours - Applications diverses - Régime des heures de délégation des représentants du personnel maître de l'enseignement privé sous contrat.

Il n'y a pas lieu à avis dès lors que les réponses aux questions découlent de la solution qui sera apportée à un pourvoi dans une instance en cours opposant les mêmes parties.

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 16 décembre 2010 par le conseil de prud'hommes de Perpignan dans l'instance opposant M. X... et l'association OGEC Bon secours, ainsi libellée :

« 1 - Alors que la loi et la Cour de cassation reconnaissent que le maître agent public de l'État n'a pas qualité de salarié de l'établissement, quelle est la qualification des sommes versées au titre du paiement des heures de délégation par les établissements scolaires : s'agit-il de salaire ou d'indemnités ?

2 - Qui de l'État, employeur du maître agent public, ou de l'établissement scolaire doit établir la fiche relative aux heures de délégation qui doit être annexée au bulletin de paie établi par l'État, étant rappelé que l'employeur exclusif du maître agent public est l'État ?

3 - Sur la base du traitement versé par l'État au maître agent public, quelle est l'assiette de calcul à prendre en considération pour procéder au paiement des heures de délégation ?

4 - Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaires, quelle est l'assiette de calcul des cotisations sociales à retenir ?

5 - Les heures de délégation du maître agent public doivent-elles, pour leur paiement par l'établissement, faire l'objet d'une majoration au titre du régime des heures supplémentaires, alors même que l'établissement ne rémunère pas à l'enseignant une activité donnant lieu à rémunération au taux normal ?

6 - Dans l'affirmative, quel serait le taux applicable (taux pratiqué par l'État ou taux prévu par le code du travail) ?

7 - Si le régime des heures supplémentaires est applicable aux heures de délégation effectuées par le maître agent public, ce dernier peut-il prétendre à un repos compensateur au titre de ces heures de délégation, et qui, de l'État ou de l'établissement scolaire, doit le prendre en charge ?

8 - Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaire, le maître agent public peut-il bénéficier de congés payés et, dans l'affirmative, sur quelle base de calcul et à quel taux ces congés payés doivent-ils être déterminés ?

9 - Le maître agent public peut-il prétendre au paiement d'heures de délégation effectuées pendant les périodes où il n'exerce pas d'heures de présence devant les élèves, tout en étant rémunéré par l'État ? »

Vu les observations écrites et orales de la SCP Peignot et Garreau, représentant l'association Notre-Dame de Bon secours ;

Sur le rapport de Mme Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Legoux, premier avocat général, entendu en ses observations orales ;

Il n'y a pas lieu à avis dès lors que les réponses aux questions découlent de la solution qui sera apportée à un pourvoi dans une instance en cours opposant les mêmes parties ;

En conséquence :

DIT N'Y AVOIR LIEU À AVIS.

N° 11 00002 - CPH Perpignan, 16 décembre 2010.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Pecaut-Rivolier, Rap., assistée de Mme Zylberberg, auditeur. - M. Legoux Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, Av.

Rapport de Mme Pécaut-Rivolier

Conseiller rapporteur

Par jugement du 16 décembre 2010, le conseil de prud'hommes de Perpignan a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur les questions suivantes :

« 1 - Alors que la loi et la Cour de cassation reconnaissent que le maître agent public de l'État n'a pas qualité de salarié de l'établissement, quelle est la qualification des sommes versées au titre du paiement des heures de délégation par les établissements scolaires : s'agit-il de salaire ou d'indemnités ?

2 - Qui de l'État, employeur du maître agent public, ou de l'établissement scolaire doit établir la fiche relative aux heures de délégation qui doit être annexée au bulletin de paie établie par l'État, étant rappelé que l'employeur exclusif du maître agent public est l'État ?

3 - Sur la base du traitement versé par l'État au maître agent public, quelle est l'assiette de calcul à prendre en considération pour procéder au paiement des heures de délégation ?

4 - Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaire, quelle est l'assiette de calcul des cotisations sociales à retenir ?

5 - Les heures de délégation du maître agent public doivent-elles, pour leur paiement par l'établissement, faire l'objet d'une majoration au titre du régime des heures supplémentaires, alors même que l'établissement ne rémunère pas à l'enseignant une activité donnant lieu à rémunération au taux normal ?

6 - Dans l'affirmative, quel serait le taux applicable (taux pratiqué par l'État ou taux prévu par le code du travail) ?

7 - Si le régime des heures supplémentaires est applicable aux heures de délégation effectuées par le maître agent public, ce dernier peut-il prétendre à un repos compensateur au titre de ces heures de délégation, et qui, de l'État ou de l'établissement scolaire, doit le prendre en charge ?

8 - Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaire, le maître agent public peut-il bénéficier de congés payés et, dans l'affirmative, sur quelle base de calcul et à quel taux ces congés payés doivent-ils être déterminés ?

9 - Le maître agent public peut-il prétendre au paiement d'heures de délégation effectuées pendant les périodes où il n'exerce pas d'heures de présence devant les élèves, tout en étant rémunéré par l'État ? »

29

PLAN DU RAPPORT

INTRODUCTION

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

II. - La recevabilité de la demande d'avis

Première partie : Le contexte de la question posée

A. - Le statut des maîtres contractuels de l'enseignement privé avant la loi du 5 janvier 2005

B. - La loi du 5 janvier 2005

C. - La jurisprudence postérieure à la loi du 5 janvier 2005 : lien avec les questions posées

Deuxième partie : La prise en charge des heures de délégation depuis la loi du 5 janvier 2005. Éléments de réponse

A. - Positionnement précis des questions

B. - Examen détaillé des questions

CONCLUSION

INTRODUCTION

I. - Faits et procédure à l'origine des demandes d'avis

M. Philippe X..., professeur de mathématiques, enseigne au sein de l'établissement Notre-Dame du Bon Secours, à Perpignan, établissement sous contrat d'association avec l'État, depuis 1990.

En 1995, il est désigné délégué syndical SNPEFT/CGT, puis est élu conseiller prud'hommes en 1997 et délégué du personnel en 2006.

Après l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat, l'association Notre-Dame du Bon Secours a cessé de payer les heures de délégation de M. X...

Ce dernier a saisi le conseil de prud'hommes de Narbonne d'une demande en paiement des heures de délégation effectuées en dehors du temps de travail.

Le 11 janvier 2007, le conseil de prud'hommes s'est dit compétent.

Le 23 mai 2007, saisie sur contredit, la cour d'appel de Montpellier a infirmé la décision prud'homale et dit que la juridiction judiciaire était incompétente, en l'absence de contrat de travail entre M. X... et l'établissement.

Le 18 novembre 2008, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour de Montpellier en affirmant la compétence prud'homale compte tenu de l'objet de la demande de paiement, et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Toulouse.

Le 20 janvier 2010, la cour d'appel de Toulouse a débouté M. X... de ses demandes au titre du paiement de ses heures de délégation, au motif que le principe du paiement d'heures de délégation par l'établissement privé se heurte au caractère d'ordre public de la loi Censi.

Un pourvoi a été formé et est actuellement en cours d'audiencement (pourvoi n° 10-14.121).

M. X... a alors saisi à nouveau le conseil de prud'hommes de Perpignan, en faisant valoir que l'interprétation divergente par les instances de l'ordre judiciaire des textes applicables constituait un fondement nouveau justifiant qu'il ne lui soit pas opposé l'unicité de l'instance.

Par décision du 16 décembre 2010, le conseil de prud'hommes a estimé qu'il était valablement saisi, puis a soumis la présente demande d'avis à la Cour de cassation.

II. - La recevabilité de la demande d'avis

Observation préalable : on peut exprimer quelques doutes sur la recevabilité de l'action formée par M. X... devant le conseil des prud'hommes : le fait qu'il soit évoqué une divergence de jurisprudence entre cours d'appel pouvait certes justifier un pourvoi en cassation, qui a été formé et qui est en cours, mais il est moins certain qu'il ait été de nature à permettre une nouvelle saisine du conseil des prud'hommes, pour les mêmes demandes, malgré la règle de l'unicité de l'instance.

Toutefois, aucun recours n'a été formé sur le jugement prud'homal, qui d'ailleurs était semble-t-il souhaité par les deux parties.

A. - Au regard des règles de forme

Les formalités prescrites aux articles 1031-1 et 1031-2 du nouveau code de procédure civile ont été remplies.

B. - Au regard des règles de fond

En application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, toute demande d'avis adressée à la Cour de cassation doit, pour être recevable, répondre à trois conditions : porter sur une question nouvelle, présenter une difficulté sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

1. Les questions posées sont-elles nouvelles ?

Les questions sont nouvelles en ce que, à partir de la jurisprudence la Cour de cassation interprétant certaines dispositions nouvelles issues de la rédaction de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrée en application le 1^{er} septembre 2005, elles s'interrogent sur les conséquences non encore envisagées de cette jurisprudence.

2. La question posée présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

C'est probablement le point le plus discuté, à double titre.

Le caractère sérieux de la question découle à la fois du fond de la question, qui doit poser une véritable difficulté juridique, mais aussi du fait que la réponse à la question « *commande l'issue du litige* » (Hiest, rapport devant la commission des lois, doc. Assemblée nationale, n° 1963, p. 8).

La réponse aux questions posées dans la demande d'avis commande-t-elle l'issue du litige ?

Pas directement, si l'on considère que le litige porte sur l'imputabilité à l'établissement privé des heures de délégation réclamées par le maître de l'enseignement privé. Indirectement cependant, dès lors que le mode de prise en charge et le calcul peuvent dépendre des réponses apportées à la demande d'avis.

La question pose-t-elle une difficulté juridique sérieuse de fond ?

Les développements ci-dessous montreront que les réponses aux questions posées dans la demande d'avis découlent assez logiquement de la position prise par la chambre sociale, dans ses derniers arrêts, sur l'imputabilité des heures de délégation. Par conséquent, si la demande porte sur des questions sérieuses, on peut s'interroger sur la réalité de la difficulté, et ce, d'autant plus que la difficulté est plus d'ordre comptable que juridique.

Mais il est vrai que les questions posées obligent à questionner tout le statut des représentants syndicaux dans les établissements d'enseignement privés. Et cette question n'est pas simple. Dans son rapport d'information sur la mise en application de la loi du 5 janvier 2005, le député-rapporteur, M. Censi, a d'ailleurs indiqué que la question du droit syndical des maîtres des établissements privés nécessitait manifestement des éclaircissements¹.

¹ Rapport d'information du 5 octobre 2005, n° 2563.

3. La question se pose-t-elle dans de nombreux litiges ?

La question est susceptible de se poser dans de très nombreux litiges, compte tenu du nombre d'établissements concernés et de l'incertitude existant en la matière.

PREMIÈRE PARTIE - LE CONTEXTE DE LA QUESTION POSÉE

La situation juridique et professionnelle des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat est d'une grande complexité en raison de la superposition de plusieurs liens nés de l'application de la loi Debré de 1959 : liens de l'enseignant avec l'établissement dans lequel il exerce, d'une part, lien de l'établissement avec l'État, d'autre part, et lien de l'enseignant avec l'État, enfin.

En effet, les « maîtres contractuels »² sont des enseignants recrutés - le plus souvent par concours - spécialement pour exercer dans des établissements d'enseignement liés à l'État par un contrat d'association. Ils signent donc avec l'autorité administrative (l'académie) un contrat d'enseignement, puis sont affectés à un établissement ayant lui-même signé avec l'État un contrat d'association. À l'intérieur de cet établissement, ils exercent sous le contrôle du chef d'établissement.

Dans cet enchevêtrement de liens contractuels, il n'y a jamais eu de doute sur le caractère administratif des contrats passés entre l'État et l'établissement. Mais la loi de 1959 ne donnait aucune indication sur la nature du lien contractuel unissant l'enseignant à l'État. Or, la recherche de la qualification de ce contrat butait sur des données variées et contradictoires : présence d'un cocontractant personne publique, mais soumission dans le cadre du travail à un chef d'établissement privé ; participation à l'exécution d'un service public, mais au sein d'une entreprise de droit privé ; assimilation des maîtres contractuels aux enseignants publics par le principe de parité posé par la loi Debré, mais dissociation des régimes applicables en matière de nomination et de révocation.

La Cour de cassation et le Conseil d'État ont donc été amenés à tenter progressivement de dégager un statut pour les maîtres contractuels du privé (A). C'est ce statut, complexe et parfois critiqué, que le législateur a voulu simplifier par la loi du 5 janvier 2005 (B). Mais, en maintenant aux nouveaux « agents publics » l'application des dispositions du droit du travail sur la représentation, le législateur a ouvert un nouveau champ de questions (C)³.

A. - Le statut des maîtres contractuels de l'enseignement privé avant la loi du 5 janvier 2005

La Cour de cassation, avant la loi du 5 janvier 2005, considérait que les maîtres contractuels disposaient de deux contrats : le premier, contrat d'enseignement de droit public, les liant à l'État en ce qui concerne principalement leur rémunération. Le second, véritable contrat de travail, les liant à l'établissement privé où ils exercent leur fonction. La Cour a par conséquent décidé que l'établissement était l'employeur direct de l'enseignant, lequel était lié par un lien de subordination, et que le droit social des salariés s'appliquait aux maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés⁴.

Le Conseil d'État, de son côté, a déclaré, dès 1969, que les maîtres contractuels étaient liés à l'État par un contrat de droit public « pour l'exercice d'un enseignement constituant une activité de service public »⁵. La juridiction administrative considère que les enseignants, qui reçoivent une rémunération de l'État, lequel peut mettre un terme à leur contrat, sont des agents publics⁶.

Affinant peu à peu leurs jurisprudences respectives, les deux juridictions sont parvenues à un partage de compétence, aux termes duquel le contentieux pouvant naître des relations entre l'enseignant et l'État (rémunération, emplois publics, sanctions prises par le ministère) ressortissait de la compétence des juridictions administratives, tandis que le contentieux né des relations entre l'enseignant et l'établissement, entendu de manière large, ressortissait des juridictions civiles (conseil de prud'hommes ou tribunal d'instance⁷).

Il ressortait notamment de cette jurisprudence que s'appliquait au sein de l'établissement d'enseignement privé, en faveur des maîtres contractuels, l'intégralité du droit de la représentation du personnel et du droit syndical tels qu'organisés par le livre IV du code du travail. Les maîtres contractuels devaient donc figurer dans le décompte des effectifs déclenchant la création des différentes instances (comité d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux, comité d'hygiène et sécurité), étaient électeurs et éligibles, et pouvaient être désignés en qualité de délégués syndicaux. *A contrario*, les maîtres contractuels ne pouvaient revendiquer - sauf le cas particulier des franchises syndicales - l'application des dispositions applicables dans ce domaine aux fonctionnaires et agents publics.

² Il existe trois catégories d'enseignants dans les établissements privés sous contrat :

- les maîtres « agréés » par l'État, recrutés par l'établissement privé mais rémunérés par l'État (environ douze mille personnes) ;
- les maîtres de l'enseignement public, ayant le statut de fonctionnaire mais affectés provisoirement dans un établissement privé par le rectorat ou le ministère (environ mille personnes) ;
- les maîtres contractuels, jusqu'à présent liés par contrat à la fois à l'État et à l'établissement, qui sont ceux concernés par la loi du 5 janvier 2005 (environ cent trente mille personnes).

³ Les deux premières parties sont, pour l'essentiel, la reprise de l'exposé de la situation faite par le rapporteur dans le cadre d'une précédente demande d'avis, évoquée dans ce rapport, et qui posait la question de la possibilité, après la loi du 5 janvier 2005, de continuer à désigner des délégués syndicaux en entreprise. La réponse positive apportée à cette première demande, qui a donné lieu à l'avis n° 07-0002 du 15 janvier 2007, est évidemment en lien direct avec la jurisprudence qui a suivi sur les heures de délégation et, par conséquent, la présente demande d'avis.

⁴ Soc., 14 juin 1989, Collège Saint-Charles c/ X..., *Bull.* 1989, V, n° 445.

⁵ Avis du Conseil d'État du 13 novembre 1969, section des finances, n° 303-011.

⁶ Conseil d'État, 26 juin 1987, n° 75569.

⁷ Jurisprudences convergentes des deux hautes juridictions : CE, 26 mars 1993, *Recueil*, p. 85; Cass., ass. plén., 5 novembre 1993.

Conçu pour être aussi protecteur que possible d'agents qui, incontestablement, ne bénéficiaient pas de conditions juridiques de travail clairement définies, le régime ainsi institué conduisait à orienter le statut des maîtres contractuels vers le droit privé. Mais cette position, qui permettait d'accorder à ces maîtres des avantages dont ils n'auraient pas bénéficié en tant qu'agents publics (institutions représentatives du personnel, mais aussi indemnités de départ à la retraite, remboursement des cotisations de prévoyance...) a été parfois critiquée par la doctrine. On lui reprochait essentiellement l'« *imbroglio* »⁸ créé entre le contentieux relevant des juridictions administratives et judiciaires, les conflits nés de la complexité du régime mis en œuvre et les problèmes financiers engendrés par ce dernier.

À la croisée de ces trois problèmes, s'est trouvée posée la question de la prise en charge des heures de délégation dont bénéficiaient les représentants du personnel et les représentants syndicaux. Les jurisprudences conjuguées ou contradictoires du Conseil d'état et de la Cour de cassation, et la tentative du pouvoir réglementaire d'avaliser la pratique syndicale en instaurant des franchises syndicales spéciales (article 7 du décret n° 85-728 du 12 juillet 1985), ont conduit à la mise en place d'un système particulièrement dérogoratoire et complexe : les délégués syndicaux bénéficiaient ainsi à la fois d'un système de décharges d'activité issu du droit de la fonction publique et d'un système de crédit d'heures conforme au droit du travail, le paiement de ces heures étant pris en charge soit par l'État, soit par l'établissement privé, selon qu'elles s'exerçaient pendant ou en dehors des horaires normaux de service⁹.

C'est dans ce contexte qu'ont été déposées, en 2004, deux propositions de loi en termes identiques, l'une par M. Censi, à l'Assemblée nationale, et l'autre par M. Haenel, au Sénat.

B. - La loi du 5 janvier 2005

À l'origine, la proposition de loi n° 1757, qui deviendra la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, avait un objectif unique : homogénéiser le régime de retraite et de prévoyance des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat avec celui des fonctionnaires. En effet, malgré les tentatives d'égalisation des régimes menées en application du principe de parité inscrit dans l'article L. 914-1 du code de l'éducation, la prise en charge du système de retraite et du système de prévoyance par les organismes gérant les salariés du privé conduisait à des disparités, les retraites des enseignants du privé étant, selon les évaluations, inférieures de 20 % à celles des enseignants du public.

La proposition de loi - intitulée, lors de son dépôt, « *proposition de loi visant à améliorer les retraites des maîtres de l'enseignement privé sous contrat* » - a évolué au cours des travaux parlementaires, afin de porter également clarification du statut des maîtres contractuels. Comportant deux articles au départ, le texte voté contient finalement huit articles générant un nouveau statut des maîtres du privé.

Ce nouveau statut, le législateur de 2005 l'a souhaité public : les articles 1 et 2 de la loi du 5 janvier 2005, modifiant respectivement les dispositions de l'article L. 442-5 du code de l'éducation et l'article L. 813-8 du code rural, disposent que les enseignants, « *en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'État, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié* ».

La situation juridique du maître contractuel ressort donc désormais du droit public, tant dans ses rapports avec l'État que dans ses rapports avec l'établissement dans lequel il travaille.

Néanmoins, le législateur a voulu préserver les droits acquis des maîtres contractuels du privé en matière de représentation des salariés. Au deuxième alinéa des articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural, il a donc été ajouté :

« Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants mentionnés à l'alinéa précédent sont, pour l'application des articles L. 236-1, L. 412-15, L. 421-2 et L. 431-2 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, tel que prévu à l'article L. 620-10 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, et au comité d'entreprise. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail (...) ».

C. - La jurisprudence postérieure à la loi du 5 janvier 2005 : lien avec les questions posées

Dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, une question s'est posée : pourquoi, alors que le législateur avait manifestement entendu préserver les droits de la représentation collective issue du code du travail aux maîtres de l'enseignement privé pourtant devenus agents publics, n'était-il pas fait référence à la possibilité de désigner un délégué syndical ?

Deux explications étaient proposées.

La première reposait sur l'idée qu'il s'agissait purement et simplement d'une omission du législateur.

La seconde, sur l'idée que le même législateur avait sciemment écarté le maintien de la possibilité, pour les maîtres de l'enseignement privé, de désigner un délégué syndical parce que, devenus agents publics, ils se voyaient appliquer le régime de la représentation syndicale de la fonction publique, laquelle prévoit notamment l'octroi de franchises syndicales, et non d'heures de délégation.

⁸ Dans sa chronique à l'*A.J.D.A.* 1995, p. 427, M. Bernard Toulemonde, particulièrement critique à l'égard de la position de la Cour de cassation, extrait, chez les différents auteurs ayant travaillé la question, les termes de « *perplexité* », « *processus scabreux* », « *imbroglio* », « *grand écart juridique* », « *acrobatie ou loterie* ».

⁹ Conseil d'État, 31 janvier 2001, n° 202676, fondation Don Bosco.

Dans son avis n° 07-0002 du 15 janvier 2007, la Cour de cassation a tranché en faveur de la première réponse, laquelle d'ailleurs s'appuyait très fermement sur les travaux parlementaires :

« Intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement, les maîtres de l'enseignement privé, dont le statut est défini par les articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux ».

Dès lors, il est établi que, même après l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2005, les maîtres de l'enseignement privé peuvent désigner des délégués syndicaux qui, soumis à la législation de droit privé, bénéficient d'heures de délégation.

Par conséquent, à nouveau, a ressurgi la question de la prise en charge des heures de délégation.

DEUXIÈME PARTIE : LA PRISE EN CHARGE DES HEURES DE DÉLÉGATION DEPUIS LA LOI DU 5 JANVIER 2005. ÉLÉMENTS DE RÉPONSE

A. - Positionnement précis des questions

Les questions qui figurent dans la demande d'avis trouvent leur origine dans la question préalable à laquelle a dû répondre la Cour de cassation après la loi du 5 janvier 2005.

Dès lors que le maître contractuel de l'enseignement privé peut être désigné délégué syndical dans l'établissement où il travaille, ou exercer les fonctions de représentation élue du personnel prévues par le code du travail, comment s'opère la prise en charge des heures de délégation ? Leur paiement incombe-t-il à l'État, qui est désormais l'employeur, ou à l'établissement au sein duquel le mandat est exercé ?

La chambre sociale a pris position sur cette question par trois arrêts. **Le premier, du 18 novembre 2008 (Bull. 2008, V, n° 228)**, l'a conduit à s'interroger sur la compétence du juge judiciaire, s'agissant d'une demande en paiement des heures de délégation accomplies en dehors du temps de travail. L'affaire concernait d'ailleurs M. X... et l'établissement Notre-Dame de Bon Secours, les deux acteurs du litige ayant permis la présente demande d'avis.

Dans ce dossier, la chambre sociale a censuré l'arrêt de la cour d'appel, qui s'était estimée incompétente, en affirmant que :

« (...) en statuant ainsi, alors que la demande de M. X..., délégué du personnel et délégué syndical, était dirigée contre l'établissement Notre-Dame de Bon Secours, personne morale de droit privé, et tendait à obtenir, sur le fondement de l'article L. 412-20 du code du travail alors applicable, le paiement des heures de délégation accomplies en dehors de son temps de travail, pour l'exercice de ses mandats dans l'intérêt de la communauté de travail constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Puis, dans deux arrêts ultérieurs, l'un du 31 mars 2009 (Bull. 2009, V, n° 101), l'autre du 13 octobre 2010 (pourvoi n° 09-67.198, en cours de publication au Bulletin), la chambre sociale a statué sur la prise en charge des heures de délégation :

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

Ce qui signifie très clairement que, si les heures de délégation prises pendant le temps de travail, et en tant que telles assimilées à du temps de travail, sont rémunérées par le salaire versé par l'État à ces agents publics, les heures de délégation qui sont prises en dehors du temps de travail incombent en revanche à l'établissement privé.

Pourquoi cette distinction ?

Nous reviendrons, en examinant la question 9 de la demande d'avis, sur les conditions dans lesquelles il peut être considéré qu'un enseignant accomplit des heures de délégation en dehors de son temps de travail. Indiquons juste à ce stade qu'un enseignant qui accomplit un service normal et qui exerce des fonctions représentatives peut à l'évidence accomplir des heures de délégation en dehors de son temps de travail, c'est-à-dire en plus de son temps de travail.

Sur le fond, le raisonnement de la chambre sociale est le suivant.

Le maître contractuel de l'enseignement privé est un agent public et, comme tel, rémunéré par l'État et soumis à la législation de droit public.

Mais il est, par exception spécifiquement ouverte par les textes législatifs, bénéficiaire des dispositions de droit privé sur la représentation du personnel et la représentation syndicale.

Dès lors, les heures de délégation qui ne sont pas directement prises en charge sur les heures de travail sont, conformément au droit du travail, des heures accomplies dans l'intérêt de la communauté de travail d'un établissement privé. Elles sont par conséquent à assumer financièrement par ce dernier.

Pourquoi une telle solution ?

Pour les mêmes raisons qui ont conduit le législateur de 2005 à maintenir les mandats représentatifs de droit privé au profit des maîtres de l'enseignement devenus agents publics, et celles qui ont conduit la Cour de cassation à inclure, en 2007, le mandat syndical dans les droits du maître de l'enseignement privé : l'application du principe constitutionnel de participation.

Ce principe, énoncé par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 (« *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »), a amené le Conseil constitutionnel à affirmer, dans une décision n° DC 2006-545 du 28 décembre 2006, que l'exercice des droits collectifs de représentation ne peut être limité aux seuls salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail. Il doit bénéficier à tous les travailleurs « **intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas salariés** ».

Le mandat est alors exercé au profit de cette communauté de travail, extérieure à l'employeur du salarié, et dans l'intérêt exclusif de celle-ci.

Dès lors, par une analyse qui n'est qu'une conséquence logique du reste de statut hybride conservé au maître de l'enseignement privé par la loi Censi, la chambre sociale a déduit de l'état des textes en vigueur que les maîtres de l'enseignement privé, lorsqu'ils exercent leurs mandats représentatifs de droit privé en dehors de leur temps de travail, et sans que ces heures soient par conséquent incluses dans la prise à charge par l'État de leur rémunération, devaient être payés par l'établissement privé dans l'intérêt duquel ces heures de délégation sont effectuées.

La prise en charge de ces heures de délégation supplémentaires aurait certes pu être prise en charge par l'État, comme la rémunération habituelle du maître de l'enseignement privé. Mais cette prise en charge a été écartée par le ministre de l'éducation nationale lui-même, dans une réponse donnée à l'avocat général de la Cour de cassation qui l'interrogeait dans le cadre du dossier ayant donné lieu à l'arrêt du 18 novembre 2008 précité. La garantie donnée aux maîtres du privé de continuer à bénéficier de certains droits prévus par le code du travail ne peut néanmoins, affirme le ministre, « *compte tenu de la nature privée de ces établissements, conduire l'État à prendre en charge les décharges syndicales prévues par le code du travail, en plus de celles qu'il attribue aux maîtres pour l'exercice du droit syndical au titre des dispositions de la fonction publique* »¹⁰.

Dès lors, en l'état des textes et de la jurisprudence, il est établi que la charge des heures de délégation effectuées en dehors du temps de travail pèse sur les établissements d'enseignement privé. Une demande d'avis ne pouvant avoir pour finalité de rechercher un revirement de jurisprudence¹¹, cet état de droit est le postulat de départ.

Quel est le régime juridique des sommes versées à ce titre ? C'est sur ce thème que se déclinent les diverses questions à l'origine de la demande d'avis.

B. - Examen détaillé des questions

Les neuf questions formant la demande d'avis sont une déclinaison de la première d'entre elles :

« 1 - *Alors que la loi et la Cour de cassation reconnaissent que le maître agent public de l'État n'a pas qualité de salarié de l'établissement, quelle est la qualification des sommes versées au titre du paiement des heures de délégation par les établissements scolaires : s'agit-il de salaire ou d'indemnité ?* »

Il s'agit là du cœur de l'interrogation.

Les heures de délégation sont, selon la loi, de plein droit considérées comme du temps de travail.

La chambre sociale a considéré qu'il en était de même lorsqu'il s'agissait d'heures de délégation prises en dehors du temps de travail (Soc., 18 mai 1993, pourvoi n° 90-43 453).

Autrement dit, les heures de délégation sont assimilées à des rémunérations.

Ce qui signifie que, si le régime de droit commun est reconnu applicable aux heures de délégation accomplies par les maîtres de l'enseignement privé en dehors de leur temps de travail, ceux-ci redeviennent, pour l'occasion, salariés de l'établissement privé pour le compte de qui ils accomplissent ces heures de délégation.

Ce qui signifie, encore plus concrètement, que l'on serait alors dans une situation où le paiement de la rémunération habituelle du travailleur et le paiement de ses heures de délégation accomplies en dehors du temps de travail seraient à la fois complètement détachés, puisqu'ils incombent à deux entités totalement distinctes, et à la fois complètement imbriqués puisque, notamment, le montant du second dépend entièrement du montant du premier.

Il n'existe pas, dans la loi ou la jurisprudence, de précédents mettant en application ce régime hybride.

Peut-on considérer pour autant qu'il s'agit d'une « anomalie » juridique, ce que laisse entendre la demande d'avis telle qu'elle est posée ?

La réponse ne peut être que négative.

D'abord parce qu'en pratique, cette distorsion entre l'entité qui prend en charge la rémunération et celle qui prend en charge le paiement des heures de délégation effectuées en dehors du temps de travail peut se retrouver dans d'autres situations, même si elle n'a jamais été directement soumise à la jurisprudence.

¹⁰ Courrier cité dans les conclusions de l'avocat général, M. Cavarroc, et le rapport du rapporteur de l'arrêt du 18 novembre 2008, Mme Pérony.

¹¹ « Le point sur la saisine pour avis », P. Chauvin, Communication, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 379, du 15 décembre 1993, p. 7 à 15.

Tel est le cas notamment des gérants non salariés des succursales des commerces de détail alimentaire¹² qui, bien que non salariés, peuvent exercer des mandats de délégués syndicaux au profit de la communauté des gérants de différents magasins. Tel est le cas également pour les salariés mis à disposition, dont on sait qu'ils peuvent exercer des mandats représentatifs au sein de l'entreprise utilisatrice lorsqu'ils sont intégrés à la communauté de travail de cette dernière. Assez logiquement, les heures effectuées en dehors du temps de travail pour le bon déroulement du mandat représentatif au profit de l'entreprise utilisatrice seront prises en charge par le bénéficiaire de ces heures, bien que la rémunération habituelle soit versée par l'entreprise sous-traitante.

Il est vrai qu'à ce jour, la chambre sociale s'est prononcée sur la légalité des mandats et la protection à laquelle pouvaient prétendre à ce titre les représentants du personnel ou les représentants syndicaux, mais qu'elle n'a jamais été saisie de la question de la prise en charge de leurs heures de délégation.

Ensuite parce que, juridiquement, si la Cour de cassation a estimé que les heures de délégation effectuées en sus du temps de travail devaient être payées par l'établissement privé, c'est parce que ces heures n'étaient pas incluses dans la rémunération normale prise en charge par l'État et qu'elles étaient accomplies exclusivement dans l'intérêt de la communauté de travail de l'établissement privé. La dissociation est donc fondée sur une différence de bénéficiaire.

Dès lors, les heures de délégation accomplies en dehors des heures de travail dans l'intérêt de l'établissement d'enseignement privé auraient, conformément au droit commun, la nature et les effets du salaire.

a) Si l'on admet cette solution, les réponses aux huit autres questions en découlent, par assimilation avec ce qui est admis pour les heures de délégation accomplies en dehors du temps de travail par tout salarié :

- c'est l'établissement privé qui doit établir la fiche de paie correspondante (question 2) ;
- la base de calcul correspond au montant des sommes perçues au titre des rémunérations versées par l'État (question 3) ;
- les heures de délégation accomplies par le maître de l'enseignement privé en dehors de son temps de travail doivent être, comme pour tout salarié, payées en heures supplémentaires (Soc., 20 mai 1992, *Bull.* 1992, V, n° 329), et elles en suivent entièrement le régime, y compris pour le repos compensateur et les jours de congés (questions 5, 7 et 8) ;
- le taux applicable est celui prévu par le code du travail, puisque, sans conteste, le mandat est de droit privé (question 6).

Deux questions appellent quelques développements spécifiques :

- l'assiette de calcul des cotisations sociales doit-il tenir compte du montant total perçu par le maître contractuel, ou seulement des sommes versées par l'établissement privé (question 4) ? On peut penser, dans la mesure où l'établissement n'est en charge que de cette partie de rémunération, que les cotisations doivent correspondre uniquement à ces sommes, mais un doute est permis ;
- le maître contractuel peut-il « *prétendre au paiement d'heures de délégation effectuées pendant la période où il n'exerce pas d'heures de présence devant les élèves, tout en étant rémunéré par l'État* » ? (question 9).

Cette question, en réalité, remet en cause le principe même de l'existence d'heures de délégation effectuées en dehors du temps de travail par un maître de l'enseignement privé. Plusieurs fois soulevée en doctrine, l'interrogation, en effet, porte sur le fait qu'il serait inconcevable pour un enseignant, qui, par hypothèse, accomplit une partie de son temps de travail (préparation des cours, correction des copies...) en dehors de l'établissement et à des horaires qu'il choisit lui-même, de justifier d'heures supplémentaires.

La chambre sociale, avant 2005, avait apporté un certain nombre de réponses pratiques à cette question, en rapportant notamment le temps de service « normal » d'un enseignant à celui, concret, de l'enseignant exerçant des fonctions représentatives, pour savoir si ce dernier avait pu accomplir ses heures de délégation pendant son temps de travail ou s'il avait été contraint de les effectuer en supplément. Ainsi, dans le dossier n° 09-67.198 qui a donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2010, le maître contractuel, délégué syndical, n'avait bénéficié d'aucune décharge de service et assurait, comme les autres maîtres de l'établissement, dix-huit heures de service d'enseignement devant les élèves. Par conséquent, les heures passées en délégation étaient nécessairement des heures accomplies en plus du temps de travail.

Cependant, cette ultime question ne semble pas directement dans le débat, puisqu'il n'apparaît pas que l'employeur de M. X... ait contesté que les heures de délégation dont le paiement était réclamé par ce dernier n'aient pas été accomplies en dehors du temps de travail.

b) Peut-on envisager d'autres solutions ?

Sauf à revenir sur les dispositions de la loi du 5 janvier 2005 prévoyant la possibilité pour les maîtres de l'enseignement privé, quoiqu'agents publics, d'exercer des mandats représentatifs de droit privé, il paraît difficile d'envisager une autre solution.

¹² Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-40.991 : « Mais attendu qu'il résulte des dispositions combinées des alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article premier de la Convention n° 135 de l'OIT relative à la protection des représentants des travailleurs et de l'article L. 782-7, recodifié L. 7322-1, du code du travail que le gérant non salarié, investi d'un mandat représentatif en application de l'article 37 de l'accord collectif national, qui précise les modalités d'application particulières, aux gérants non salariés de succursales, des dispositions légales relatives aux syndicats professionnels et aux institutions représentatives du personnel, doit être en mesure d'exprimer et de défendre librement les revendications de la collectivité des gérants qu'il représente et doit bénéficier, à ce titre, du régime protecteur prévu aux articles L. 2411-3 et L. 2411-8 du code du travail ».

Il n'appartient qu'au législateur - ou à l'État employeur directement - de décider que l'État devra prendre également en charge les heures de délégation accomplies dans les établissements privés. Mais, s'agissant de l'application du code du travail dans un établissement privé, il n'appartient pas à la jurisprudence judiciaire d'opérer un tel transfert de charges.

CONCLUSION

Il n'est pas contestable que le maintien dans la sphère du droit privé d'un volet extrêmement réduit du statut des maîtres de l'enseignement privé, celui des heures de délégation accomplies en dehors du temps de travail, alors que les maîtres de l'enseignement privé sont, depuis la loi du 5 janvier 2005, des agents publics, est facteur de complexité et, à ce titre, extrêmement regrettable.

Ce maintien est cependant la conséquence directe de l'application de l'article L. 442-5 du code de l'éducation, qui, dans son alinéa 3, dispose que, « *nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement* », les maîtres de l'enseignement privé bénéficient des institutions représentatives dans les conditions prévues par le code du travail.

Dès lors, la chambre sociale n'a pu qu'en déduire l'application des dispositions de droit privé sur les heures de délégation et, lorsque ces dernières sont exercées en dehors du temps de travail, leur imputabilité à l'établissement au profit duquel elles sont accomplies. Ce qui contraint l'établissement à payer à ce titre des rémunérations dont le statut ne peut qu'être, comme avant la loi de 2005, et plus encore désormais, totalement hybride.

Le législateur en a eu conscience : M. Censi, à l'origine de la loi du 5 janvier 2005, a déposé une proposition de loi n° 3282 aux termes de laquelle :

« La loi ne précisant pas les moyens susceptibles d'être accordés aux maîtres pour exercer leur mandat au titre de l'article L. 552-5 du code de l'éducation, les établissements risquent, dans le silence de la loi, de se voir contraints de rémunérer des heures supplémentaires, alors même qu'ils n'ont plus la qualité d'employeurs, la modification proposée corrigeant ce risque. »

La proposition de loi n'a pas à ce jour abouti. La demande d'avis soumise à la Cour a pour objet en conséquence de définir le statut juridique et comptable des heures de délégation accomplies par le maître de l'enseignement privé en dehors de son temps de travail.

Observations de M. Legoux

Premier avocat général

Le conseil de prud'hommes de Perpignan est saisi d'un litige entre, d'une part, M. Philippe X..., professeur, assimilé, pour sa rémunération, aux maîtres de l'enseignement public, qui devient délégué syndical et délégué du personnel, et, d'autre part, l'organisme de gestion de l'établissement catholique d'enseignement Notre-Dame de Bon Secours, établissement sous contrat d'association avec l'État. L'instance porte sur la question du paiement d'heures de délégation syndicale.

Dans un jugement du 16 décembre 2010, le conseil de prud'hommes sollicite l'avis de la Cour de cassation, formulant neuf questions rédigées dans les termes suivants :

« Le conseil saisit pour avis la Cour de cassation sur les questions suivantes :

1 - Alors que la loi et la Cour de cassation reconnaissent que le maître agent public de l'État n'a pas qualité de salarié de l'établissement, quelle est la qualification des sommes versées au titre du paiement des heures de délégation par les établissements scolaires : s'agit-il de salaire ou d'indemnités ?

2 - Qui de l'État, employeur du maître agent public, ou de l'établissement scolaire doit établir la fiche relative aux heures de délégation qui doit être annexée au bulletin de paie établi par l'État, étant rappelé que l'employeur exclusif du maître agent public est l'État ?

3 - Sur la base du traitement versé par l'État au maître agent public, quelle est l'assiette de calcul à prendre en considération pour procéder au paiement des heures de délégation ?

4 - Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaires, quelle est l'assiette de calcul des cotisations sociales à retenir ?

5 - Les heures de délégation du maître agent public doivent-elles, pour leur paiement par l'établissement, faire l'objet d'une majoration au titre du régime des heures supplémentaires, alors même que l'établissement ne rémunère pas à l'enseignant une activité donnant lieu à rémunération au taux normal ?

6 - Dans l'affirmative, quel serait le taux applicable (taux pratiqué par l'État ou taux prévu par le code du travail) ?

7 - Si le régime des heures supplémentaires est applicable aux heures de délégation effectuées par le maître agent public, ce dernier peut-il prétendre à un repos compensateur au titre de ces heures de délégation, et qui, de l'État ou de l'établissement scolaire, doit le prendre en charge ?

8 - Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaire, le maître agent public peut-il bénéficier de congés payés et, dans l'affirmative, sur quelle base de calcul et à quel taux ces congés payés doivent-ils être déterminés ?

9 - Le maître agent public peut-il prétendre au paiement d'heures de délégation effectuées pendant les périodes où il n'exerce pas d'heures de présence devant les élèves, tout en étant rémunéré par l'État ? »

Il sera rappelé, pour éclairer la question, les circonstances de fait et les éléments de la double procédure dont est saisie la Cour, avant l'examen des conditions de recevabilité de la présente demande d'avis et celui du fond.

Les faits de la cause et la double procédure

M. X... conclut avec le rectorat un contrat d'enseignement au service de l'établissement scolaire catholique Notre-Dame de Bon Secours, sous contrat d'association avec l'État.

Il accède au statut de professeur agrégé et devient délégué syndical SNPEFT-CGT et délégué du personnel.

Lorsqu'entre en vigueur la loi du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat, l'établissement cesse de payer les heures de délégation syndicale de l'enseignant, qui engage une procédure.

Il saisit le conseil de prud'hommes de Narbonne, qui se déclare compétent pour statuer sur l'affaire. La cour d'appel de Montpellier, saisie sur contredit, renvoie les parties à mieux se pourvoir, mais son arrêt est cassé par la Cour de cassation, qui déclare la juridiction prud'homale compétente et renvoie l'affaire devant la cour de Toulouse.

La cour d'appel de Toulouse, sur renvoi après cassation, déboute le demandeur de l'intégralité de ses demandes de paiement d'heures de délégation syndicale, au motif que la loi dite « CENSI » du 5 janvier 2005 dispose que les maîtres des établissements d'enseignement privé liés à l'État par contrat ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'État, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié.

C'est alors que deux procédures parallèles sont mises en œuvre et amènent la Cour de cassation à devoir statuer dans deux formations différentes sur la même question.

D'une part, le 10 mars 2010, le demandeur forme un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse rendu sur renvoi après cassation, qui est audiencé devant la chambre sociale de la Cour, en formation restreinte, le 5 avril 2011. C'est le pourvoi n° 10-14.121, dont le renvoi à une date ultérieure est sollicité par le parquet général.

Dans un moyen unique en cinq branches, il sollicite la cassation de l'arrêt au motif, en substance, que le paiement des heures de délégation des maîtres, prises en dehors de leur temps de travail, incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement, nonobstant l'absence de contrat de travail les liant à cet établissement.

Mais, d'autre part, le 21 janvier 2010, le demandeur venait encore de saisir un conseil de prud'hommes, celui de Perpignan (différent du précédent, qui était celui de Narbonne), d'une nouvelle demande en paiement concernant ses heures de délégation syndicale. C'est celle-ci qui a pour conséquence la présente saisine pour avis de la Cour de cassation, audience le 4 avril 2011.

Le conseil de prud'hommes demande notamment, comme nous l'avons vu, « *Qui de l'État, employeur du maître agent public, ou de l'établissement scolaire doit établir la fiche relative aux heures de délégation (...) étant rappelé que l'employeur exclusif du maître agent public est l'État ?* » C'est, en substance, la même question que celle du pourvoi.

La question de l'unicité de l'instance, qui ne me semble pas, en l'état, avoir été soulevée dans le pourvoi pourtant postérieur à la demande d'avis - encore que la jurisprudence de la chambre sociale la rende irrecevable à ce niveau - se pose naturellement dans la seconde procédure aboutissant à la demande d'avis. Le conseil de prud'hommes de Perpignan a cependant écarté cette règle prévue à l'article R. 1452-6 du code du travail, en considérant que la demande est née « *d'une interprétation divergente des instances de l'ordre judiciaire* » permettant, selon lui, de se fonder sur l'alinéa 2 de l'article susvisé, levant l'application de la règle lorsque « *le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes* ».

Cette appréciation juridique me paraît tout à fait contestable. Il n'y a pas en l'état de « divergence » d'interprétation des instances judiciaires, mais évolution d'une instance à plusieurs niveaux juridictionnels. La règle de l'unicité de l'instance me semble, dans le cas d'espèce, non dénuée de pertinence, mais elle est, cependant, délicate à mettre en œuvre pour une autre raison. Certes, le fondement de la saisine du premier conseil de prud'hommes (Narbonne) est le même que celui qui a motivé la saisine du second conseil de prud'hommes (Perpignan). C'est toujours le même paiement des mêmes heures de délégation.

Mais on doit considérer que le premier arrêt de cassation, qui est à l'origine du pourvoi qui doit être jugé le 5 avril par la formation restreinte de la chambre sociale, s'est déjà prononcé sur le caractère judiciaire de ce type de contentieux, et que la nature salariale du paiement des heures de délégation prises en dehors du temps de travail a déjà été jugée par la chambre sociale.

Or, ces jurisprudences ne préjudicient pas de la réponse qui sera rendue sur la saisine pour avis de la Cour le 4 avril, qui pourrait faire évoluer la jurisprudence sur ce dernier point.

Dans ces conditions, la règle du procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, me paraît devoir s'appliquer et conduire à écarter l'exception d'unicité de l'instance.

Pour la même raison, bien que la question posée soit la même dans la demande d'avis et dans le pourvoi en instance, il me semble que le caractère subsidiaire de la procédure d'avis par rapport à la procédure contentieuse, posé en principe, notamment dans l'avis rendu le 31 mai 1999 (*Bull.* 1999, Avis, n° 4), qui exclut, *a priori*, son exercice dans le seul but de favoriser un revirement de jurisprudence, doit être également écarté et que la Cour doit examiner la présente demande - sauf à envisager de renoncer à la procédure d'avis et orienter le pourvoi pendant devant la chambre sociale vers une plénière de Cour, hypothèse que je ne propose pas.

Il n'en demeure pas moins, malgré de compréhensibles hésitations procédurales, que c'est d'une même question sur l'application de la loi dite CENSI que la Cour est doublement saisie.

La recevabilité de la demande pour avis

Si l'on décide d'examiner les conditions proprement dites de la saisine pour avis, celles-ci doivent être considérées comme acquises.

La demande émane du conseil de prud'hommes de Perpignan - sur la suggestion proposée et acceptée des deux parties, et la procédure de demande d'avis a été suivie.

La question posée est une question de droit, et elle est précise. Elle est toujours nouvelle en ce sens qu'elle fait l'objet d'interprétations doctrinales controversées, malgré une jurisprudence de la chambre sociale qui n'a pas encore statué sur l'ensemble des difficultés posées par l'application de la loi de 2005.

La question est sérieuse dans la mesure où elle porte sur le statut des représentants syndicaux dans les établissements d'enseignement privé, alors que leur contrat d'enseignement est conclu avec l'État, qui donne lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond.

Cette question fait l'objet d'un contentieux nombreux auquel un avis de la Cour de cassation est susceptible de mettre un terme.

Enfin, la réponse à la question conditionne la solution du litige.

La Cour est donc valablement saisie pour avis.

Éléments de réponse

La loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, dite « loi Censi », a eu pour objet de clarifier le statut des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat en modifiant le code de l'éducation et le code rural.

L'article L. 442-5 du code de l'éducation ainsi modifié dispose : « ces derniers, en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'État, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié... ».

Mais, si le statut juridique de ces enseignants relève clairement du droit public, le législateur a entendu leur réserver un certain nombre de droits prévus par le code du travail. Ainsi, la loi indique que « *Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants mentionnés... sont, pour l'application (...) du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement... Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail...* ».

Dans le silence du texte sur ce sujet, la question s'est posée de savoir s'ils bénéficiaient également de la possibilité d'être désignés en qualité de délégué syndical. La Cour de cassation, appelée à trancher, a répondu positivement, en considérant que la loi n'avait pas entendu leur interdire cette faculté, et elle a suppléé à ce qu'elle a considéré comme un oubli de la loi, dans son avis du 15 janvier 2007 (*Bull.* 2007, Avis, n° 1), en affirmant que les maîtres de l'enseignement privé « *entrent dans le champ d'application des dispositions (...) du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux* ». Par voie de conséquence, la question s'est posée de savoir dans quelles conditions devaient être payées les heures de délégation syndicale qu'ils étaient ainsi susceptibles d'effectuer.

Mais cette jurisprudence soulève un certain nombre de difficultés d'application. Quelle est la juridiction compétente pour statuer sur le paiement de ces heures de délégation ? Quelle est l'assiette du paiement desdites heures, puisque, comme nous l'avons vu, ce n'est pas l'établissement qui rémunère l'agent public ? Comment, pour la même raison, devrait-il payer des heures de délégation au titre d'heures supplémentaires, c'est-à-dire en dehors des horaires de travail, alors qu'il n'est pas le payeur des heures normales ? Et à quel taux, celui de l'État ou celui du code du travail ? L'établissement doit-il établir un bulletin de salaire à ce titre, alors qu'il n'est pas employeur et qu'il n'a donc pas à en établir ? L'établissement doit-il également payer des charges sociales sur ces heures de délégation qu'il rémunère... ?

La chambre sociale a répondu pour partie à ces questions.

Dans un arrêt du 18 novembre 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 228), elle a affirmé la compétence judiciaire. Dans deux arrêts des 31 mars 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 101) et 13 octobre 2010 (pourvoi n° 09-67.198, en cours de publication), elle a affirmé que le paiement des heures de délégation effectuées en dehors du temps de travail incombe à l'établissement dans lequel les mandats syndicaux sont exercés.

Cette jurisprudence signifie que les heures de délégation doivent suivre deux statuts différents. Si elles sont effectuées dans le cadre de l'exercice normal de l'activité de l'enseignant, elles sont rémunérées, par la force des choses, par l'État, par le salaire versé au titre du temps normal de travail. Si elles sont effectuées en dehors de ce temps de travail, elles doivent être rémunérées par l'établissement privé d'enseignement.

Mme le conseiller rapporteur explique le raisonnement de la chambre sociale par l'application du principe constitutionnel de participation, énoncé à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et affirmé par le Conseil constitutionnel, qui considère que l'exercice des droits collectifs de représentation ne peut être limité aux seuls salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail.

Cette prise en charge par l'établissement privé est au demeurant confirmée par le ministre de l'éducation, qui, interrogé par le parquet général de la Cour de cassation à l'occasion d'un précédent pourvoi, a refusé d'ajouter ces charges à celles qu'il rémunère au titre des dispositions de la fonction publique.

Dès lors, ce point étant acquis, la question se pose de savoir quel est le régime juridique du paiement de ces heures de délégation par les établissements privés - s'agit-il du paiement d'un salaire ou de celui d'une indemnité ? - et c'est précisément le sens des questions posées à la Cour.

Jusqu'à présent, la chambre sociale a accordé aux heures de délégation prises en dehors du temps de travail le même statut qu'aux heures de délégation normales, mais c'était par un arrêt ancien, très antérieur à la loi Censi de janvier 2005 (Soc., 18 mai 1993, pourvoi n° 90-43.453).

Selon cette construction, les heures prises en dehors du temps de travail sont assimilées aux autres et doivent être payées par l'établissement, qui n'est pourtant pas employeur, comme une rémunération due à un salarié, mais sur le fondement du salaire versé par un autre, l'employeur véritable.

On peut, certes, soutenir que ce régime hybride se retrouve chez les gérants non-salariés des succursales des commerces alimentaires ou chez les salariés mis à disposition d'une autre entreprise utilisatrice, qui sont susceptibles d'exercer un mandat pour le compte de l'établissement utilisateur. Mais il ne faut pas perdre de vue que ceux-ci sont pleinement des salariés du secteur privé, soumis de plein droit à la totalité des règles du code du travail, ce qui n'est pas le cas des maîtres d'enseignement, qui sont des agents publics.

Si l'on poursuivait l'application pleine des règles du code du travail, les heures de délégation syndicale auraient la qualité de salaire proprement dit, avec toutes les conséquences qui en découlent. C'est l'établissement privé qui serait chargé d'établir un bulletin de salaire et de les rémunérer sur la base du salaire accordé par un tiers, l'État, alors qu'il ne participe pas à sa détermination. Il devrait, en plus, leur appliquer les majorations pour heures supplémentaires et faire bénéficier les délégués syndicaux, au titre de ce paiement, de repos compensateur et de congés payés, comme pour tout salarié soumis aux règles du code du travail.

Car il faut bien voir que toute heure de délégation syndicale devrait être payée au tarif des heures supplémentaires puisque, par définition, l'enseignant est tenu d'assurer son nombre normal d'heures de service devant ses élèves, pour le compte de son employeur, et que les heures de délégation sont effectuées en plus.

En l'état actuel des données acquises de la loi, de la jurisprudence, de la position affirmée des pouvoirs publics, on peut énoncer que le paiement des heures de délégation syndicale effectuées en plus des horaires de cours relève des établissements privés et non de l'État, et que seul le législateur serait susceptible de les faire prendre en charge par l'État.

Mais rien ne permet pour autant d'affirmer que ce paiement, destiné à des agents publics, doit être calqué sur les méthodes de rémunération de salariés privés liés à un employeur par un contrat de travail librement négocié entre eux, sinon par une construction de l'esprit ayant pour but d'accorder à un enseignant déjà bénéficiaire d'un statut d'agent public des avantages supplémentaires que lui accorderait un contrat de travail, pourtant inexistant, fondé sur l'ensemble des règles du code du travail.

Par définition, pour qu'il y ait paiement d'heures de délégation, il devrait exister un contrat de travail entre le titulaire du mandat et le débiteur du paiement des heures en cause. De plus, pour que ces heures soient payées en qualité d'heures supplémentaires, il faudrait également qu'elles soit effectuées pour le compte du même employeur que celui qui rémunère les heures normales. Comment peut-on imaginer un employeur privé non tenu par un contrat de travail, qui paye des heures supplémentaires sans payer d'heures normales préalablement ?

Certes, la chambre sociale a élaboré un raisonnement selon lequel ces heures sont effectuées dans l'intérêt de la communauté de travail et sur le fondement du droit à la représentation du personnel et à la représentation syndicale.

Mais ce raisonnement, qui, certes, ne peut être remis en cause par le biais d'une procédure d'avis, ne vaut que pour l'imputation de la charge du paiement desdites heures aux établissements privés. Elle ne préjudicie pas de leur nature. En effet, si la partie du code du travail relative au bénéfice de la représentation syndicale s'applique sans équivoque aux maîtres de l'enseignement, aucun texte ne permet d'étendre *de plano* à ces agents publics la totalité des règles du code du travail. De plus, l'avis de la Cour évoqué plus haut, étendant aux maîtres de l'enseignement le bénéfice des dispositions du code du travail relatives à la désignation de délégués syndicaux, a bien borné l'application du code du travail à ces agents publics aux seules règles relatives à la désignation des délégués syndicaux et n'a pas entendu leur étendre la totalité du code du travail.

Or, la construction intellectuelle voulant faire des heures de délégation des sommes qualifiées salaires et, au surplus, des heures supplémentaires revient à assimiler l'État et l'établissement privé comme un seul et unique employeur, tenu, à la fois, par les règles s'appliquant au statut des agents publics et, de plus, par la totalité de celles du code du travail, comme si celles-ci étaient de la même nature et pouvaient s'additionner.

On ne peut, à mon avis, tenir pour établies que trois choses : de par la jurisprudence, mais également par la volonté des pouvoirs publics, le paiement des heures de délégation syndicale doit être imputé aux établissements privés ; la partie du code du travail relative au droit syndical et aux règles concernant la représentation du personnel s'applique aux maîtres de l'enseignement bien qu'ils fassent partie des agents publics, comme l'affirment à la fois la loi et la jurisprudence ; en revanche, aucune évidence ne milite en faveur d'un caractère salarial des heures de délégation syndicale et, *a fortiori*, d'une qualification automatique en heures supplémentaires. Bien au contraire, en conséquence du raisonnement développé plus haut, celles-ci me semblent ne pas pouvoir bénéficier de telles qualifications.

Dès lors, nous avons l'honneur de conclure de la manière suivante :

il apparaît que les sommes versées en compensation des heures de délégation - certes payées par l'établissement - ne peuvent être qualifiées de créances salariales et qu'elles ont la nature d'indemnités. Non pas d'indemnités compensatrices de salaire ou d'indemnités réparant un quelconque préjudice, mais d'indemnités destinées à rembourser des dépenses liées à l'activité professionnelle principale, qui ne peuvent avoir la nature ni d'un salaire ni d'un accessoire du salaire. Et ceci est la réponse à la première question.

Il s'en déduit que l'établissement scolaire, qui n'est pas l'employeur, n'est pas tenu d'établir la fiche relative aux heures de délégation devant être annexée, comme l'indique la deuxième question, « *au bulletin de paie établi par l'État, étant rappelé que l'employeur exclusif du maître agent public est l'État* ». L'établissement ne doit être tenu que de communiquer à l'employeur les éléments soumis à sa connaissance permettant à celui-ci d'établir la fiche en question, sur le fondement de laquelle l'établissement versera les sommes dues.

Pour réponse à la troisième question, l'assiette de calcul à prendre en considération pour le paiement est fondée sur le traitement de base versé par l'État, et ceci ne concerne pas l'établissement.

Quant à la cinquième question, portant sur la question des heures supplémentaires, il convient de répondre qu'il n'appartient pas à l'établissement de calculer s'il y a eu dépassement de la durée légale du travail fixée par l'État et de déterminer en conséquence si les heures de délégation s'imputent sur la durée normale du travail ou si l'État doit leur appliquer une majoration pour le cas où la durée légale serait dépassée. Il doit se borner à établir un décompte des horaires de toute nature effectués.

Au regard des réponses précédemment apportées, les réponses aux questions 4, 6 et les autres sont sans objet ou ne relèvent pas de la compétence judiciaire.

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

N° 573

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de la construction et de l'habitation. - Article L. 112-16. - Charte de l'environnement. - Renvoi au Conseil constitutionnel. - Caractère nouveau.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« L'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution en ses articles 1 à 4 de la charte de l'environnement de 2004, intégrée au préambule de la Constitution de 1958 ? »

Attendu que l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation dispose que « les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales ou aéronautiques n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions » ;

Attendu que la disposition contestée est applicable au litige, lequel concerne l'instance engagée par des propriétaires pour qu'il soit mis fin à des troubles anormaux du voisinage causés par les clients d'un relais routier dont le parking est contigu à leur habitation ;

Qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu qu'au regard de l'article premier de la charte de l'environnement, la question, qui porte sur l'application d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de faire application, est nouvelle ;

Attendu qu'au regard des articles 2, 3 et 4 de la charte de l'environnement, la question posée, qui n'est pas nouvelle, présente un caractère sérieux en ce que le texte contesté, qui exonère, sous certaines conditions, l'auteur des dommages de toute responsabilité au titre des troubles anormaux du voisinage en raison de l'antériorité de son occupation, serait susceptible de méconnaître les droits et devoirs énoncés par la charte de l'environnement ;

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

Par ces motifs :

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

3^e Civ. - 27 janvier 2011.

RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 10-40.056. - TGI Troyes, 22 octobre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Nési, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén.

N° 574

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de la construction et de l'habitation. - Article L. 441-13. - Non-rétroactivité de la loi. - Égalité des citoyens devant la loi. - Intelligibilité et accessibilité de la loi. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel. - Caractère sérieux. - Défaut.

Attendu que la question transmise est la suivante :

« Les dispositions de l'article premier de la loi du 4 mars 1996 (codifié à l'article L. 441-13 du code de la construction et de l'habitation) et de l'article 14 de la même loi du 4 mars 1996 sont-elles conformes à la Constitution, au regard des principes de non-rétroactivité de la loi, d'égalité des citoyens devant la loi et d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ? »

Attendu que M. X... soutient que ces deux dispositions de la loi du 4 mars 1996 relative au supplément de loyer de solidarité, en imposant *a priori* aux locataires d'un appartement géré par une société d'économie mixte (SEM) de payer, en plus du loyer et des charges habituels, un supplément de loyer de solidarité (SLS), sans qu'aucune disposition ne soumette explicitement les SEM conventionnées ou non à l'aide personnalisée au logement au régime du SLS, et ce, de manière immédiate, sont équivoques, qu'elles bouleversent l'équilibre du contrat de bail conclu avant leur intervention et qu'elles créent des différences de traitement entre les locataires de logements sociaux strictement dans la même situation ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'article L. 441-13 du code de la construction et de l'habitation, qui étend les dispositions de la loi du 4 mars 1996 aux personnes morales autres que les organismes d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif leur appartenant et ouvrant droit à l'aide personnalisée au logement en application des 2^e et 3^e de l'article L. 351-2 du même code, n'est pas applicable au litige, lequel concerne la demande en paiement d'un supplément de loyer de solidarité par une société d'économie mixte bailleuse à son locataire, fondée sur l'article

L. 481-3, devenu L. 481-2, du code de la construction et de l'habitation et l'article L. 441-3 du même code, modifié par la loi du 4 mars 1996 ;

Attendu, en deuxième lieu, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ; et attendu, en troisième lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors, d'abord, que l'article 14 de la loi du 4 mars 1996 critiqué, qui prévoit que les dispositions de cette loi s'appliquent de plein droit, à la date de leur entrée en vigueur, aux baux en cours et aux bénéficiaires du droit au maintien dans les lieux, n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les locataires d'un logement entrant dans le champ d'application de cette loi et qui remplissent les conditions financières qu'elle définit, ensuite, qu'il répond à un motif d'intérêt général de justice sociale, enfin, que sa mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ;

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

Par ces motifs :

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

3^e Civ. - 11 janvier 2011.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 10-40.051. - TI Strasbourg, 12 octobre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 575

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de procédure pénale. - Articles 349, 350, 353 et 357. - Égalité devant la loi. - Égalité devant la justice. - Procès équitable. - Renvoi au Conseil constitutionnel. - Caractère nouveau.

Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« Les articles 349, 350, 353 et 357 du code de procédure pénale sont-ils contraires à la Constitution au regard des articles 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'aux principes du droit à une procédure juste et équitable, d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice, en ce qu'ils ne permettent pas de motiver et d'expliquer les raisons de la décision de la déclaration de culpabilité d'un accusé et le quantum de sa condamnation autrement que par des réponses affirmatives à des questions posées de façon abstraite, se bornant à rappeler chacune des infractions, objet de l'accusation et ses éléments constitutifs légaux, et ne faisant aucune référence au comportement et à la personnalité de l'accusé ? »

Attendu que les dispositions contestées sont applicables à la procédure, qu'elles n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans une décision du Conseil constitutionnel ; et attendu que la question, fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions susvisées, dont il se déduit l'absence de motivation des arrêts de cour d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique, présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ;

D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Crim. - 19 janvier 2011.

RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 10-85.159. - Cour d'assises du Haut-Rhin, 23 juin 2010.

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

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 17 février 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 447, note S. Lavric (« Motivation des arrêts d'assises : transmission de la QPC »), et n° 11, 17 mars 2011, Études et commentaires, p. 800 à 802, note Jean-Baptiste Perrier (« La motivation des arrêts d'assises (enfin) devant le Conseil constitutionnel ! »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 6, 7 février 2011, Jurisprudence, n° 141, p. 260 (« La motivation des arrêts d'assises devant le Conseil constitutionnel »).

N° 576

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de procédure pénale. - Articles 353 et 357. - Droits et libertés garantis par la Constitution. - Renvoi au Conseil constitutionnel. - Caractère nouveau.

Attendu que M. X... demande que soit transmise au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité tirée de ce que les dispositions des articles 353 et 357 du code de procédure pénale, selon lesquelles les arrêts rendus par les cours d'assises ne sont pas motivés, portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ;

Attendu que les dispositions contestées sont applicables à la procédure ;

Qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; et attendu que la question, fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions du code de procédure pénale, dont il se déduit l'absence de motivation des arrêts de cours d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique, présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ;

D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Crim. - 19 janvier 2011.

RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 10-85.305. - Cour d'assises de la Seine-et-Marne, 16 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Leprieur, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, Av.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 577

Agent commercial

Contrat. - Fin. - Indemnité au mandataire. - Conditions. - Demande dans le délai d'un an. - Délai. - Point de départ. - Détermination.

Aux termes de l'article L. 134-12 du code de commerce, l'agent commercial perd son droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits.

Viole dès lors l'article L. 134-12 du code de commerce la cour d'appel qui écarte la déchéance prévue par ce texte en retenant que la cessation effective des relations contractuelles correspond à la date à laquelle cette rupture aurait dû intervenir dans le respect du préavis contractuel, et non à la date à laquelle elle constatait que les parties avaient mis fin au contrat en cessant de l'exécuter.

Com. - 18 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-72.510. - CA Bordeaux, 14 octobre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Tréard, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 6, 10 février 2011, Actualité / droit des affaires, p. 371, note Éric Chevrier (« Agent commercial : déchéance de l'indemnité de cessation de contrat »). Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 3, mars 2011, commentaire n° 58, p. 20, note Nicolas Mathey (« Précision sur la date de rupture effective du contrat d'agent commercial »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 4/11, avril 2011, décision n° 305, p. 286-287.

N° 578

Arbitrage

Arbitrage international. - Définition. - Caractère international de l'opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État. - Portée.

Il suffit que le litige soumis à l'arbitre ait un caractère international au sens de l'article 1492 du code de procédure civile, qu'il porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral.

Par suite, caractérise un arbitrage international la cour d'appel qui relève que « le protocole d'accord » comportant une clause compromissoire conclu entre un établissement public à caractère scientifique et une fondation de droit privé norvégien avait pour objet de favoriser la réalisation d'un projet de construction en France d'un pôle de recherche en neurobiologie, qui était financé en majeure partie par la fondation, ce qui impliquait des mouvements de fonds de la fondation norvégienne au-delà des frontières.

1^{re} Civ. - 26 janvier 2011.

REJET

N° 09-10.198. - CA Paris, 13 novembre 2008.

M. Charruault, Pt. - M. Pluyette, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 5, 3 février 2011, Actualité / procédure civile et voie d'exécution, p. 312, note Xavier Delpech (« Critère de l'arbitrage international : définition économique »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 11, 17 mars 2011, Études et commentaires, n° 1219, p. 40 à 42, note Caroline Asfar Cazenave (« Définition de l'arbitrage international »).

N° 579

Bail rural

Bail à ferme. - Contrôle des structures. - Autorisation préalable d'exploiter. - Défaut. - Mise en demeure. - Mise en demeure de cesser l'exploitation. - Caractère définitif. - Effets. - Demande d'octroi du droit d'exploiter par toute personne intéressée par la mise en valeur du fonds. - Office du juge. - Étendue.

Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui accorde le droit d'exploiter prévu par l'article L. 331-10 sans rechercher, au besoin d'office, si la mise en demeure prévue par ce texte est devenue définitive.

3^e Civ. - 19 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-17.060. - CA Rennes, 13 novembre 2008.

M. Philippot, Pt (f.f.). - Mme Pic, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 391, mars 2011, commentaire n° 40, p. 36, note Samuel Crevel (« Bail forcé et office du juge »).

N° 580

Bail rural

Bail à ferme. - Reprise. - Conditions. - Contrôle des structures. - Autorisation préalable d'exploiter. - Dérogation. - Déclaration préalable. - Application. - Conditions. - Détermination.

Le régime de la déclaration, issu de la loi du 5 janvier 2006 et actuellement régi par le II de l'article L. 331-2 du code rural et de la pêche maritime et par l'article R. 331-7 du même code pris pour son application, est applicable, eu égard au caractère d'ordre public de la réglementation des structures, aux reprises portées par des congés qui, délivrés dans le cadre de baux en cours à la date d'entrée en vigueur de cette loi, prennent effet postérieurement.

3^e Civ. - 19 janvier 2011.

REJET

N° 09-71.248. - CA Amiens, 29 septembre 2009.

M. Philippot, Pt (f.f.). - M. Crevel, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, M^e Luc-Thaler, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 391, mars 2011, commentaire n° 38, p. 34-35, note Samuel Crevel (« Le régime de la déclaration s'applique aux baux en cours »). Voir également la Gazette du Palais, n° 75-76, 16-17 mars 2011, Chronique de jurisprudence - droit rural, p. 20, note Bernard Peignot et Jean-Baptiste Millard.

N° 581

Bail rural

Bail à ferme. - Résiliation. - Causes. - Sous-location. - Interdiction. - Autorisation du bailleur. - Modalités.

L'autorisation donnée au preneur de consentir une sous-location sur des bâtiments d'habitation doit faire l'objet d'un accord écrit fixant les modalités de cette sous-location.

3^e Civ. - 19 janvier 2011.

REJET

N° 09-72.507. - CA Lyon, 21 octobre 2009.

M. Philippot, Pt (f.f.). - Mme Fossaert, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Odent et Poulet, SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 391, mars 2011, commentaire n° 41, p. 36-37, note Samuel Crevel (« Pas de sous-location tacite pour les bâtiments à usage d'habitation »). Voir également la Gazette du Palais, n° 75-76, 16-17 mars 2011, Chronique de jurisprudence - droit rural, p. 21, note Bernard Peignot et Jean-Baptiste Millard.

N° 582

Banque

Chèque. - Provision. - Défaut. - Obligation d'information de la banque. - Étendue.

Tout refus de paiement d'un chèque pour défaut de provision doit être précédé de l'avertissement exigé par l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, peu important qu'un précédent refus ait donné lieu à un avertissement préalable.

Dès lors, prive sa décision de base légale la cour d'appel qui retient que les rejets des chèques suivant le premier rejet d'un chèque, lequel avait fait l'objet d'un courrier d'avertissement préalable, ne sont pas fautifs, sans avoir recherché si ces rejets avaient été précédé d'un avertissement précis visant chacun des chèques concernés.

Com. - 18 janvier 2011.

CASSATION

N° 10-10.259. - CA Nîmes, 31 mars 2009.

Mme Pinot, Pt (f.f.). - Mme Robert-Nicoud, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 6, 10 février 2011, Actualité / droit des affaires, p. 364, note Valérie Avena-Robardet (« Chèque sans provision : nécessité d'un avertissement précis avant rejet »). Voir également la Gazette du Palais, n° 56-57, 25-26 février 2011, Chronique de jurisprudence - droit bancaire, p. 21-22, note Myriam Roussille, et cette même revue, n° 75-76, 16-17 mars 2011, Jurisprudence, p. 14 à 16, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Obligation d'information du banquier en matière de chèque et interdiction de se contredire au détriment d'autrui »).

N° 583

Bornage

Action en bornage. - Ligne séparative. - Fixation. - Accord antérieur. - Implantation de bornes (non). - Portée.

Viola l'article 646 du code civil la cour d'appel qui, constatant que les limites séparatives entre les parcelles litigieuses matérialisées sur le procès-verbal de bornage amiable ont été acceptées, comme en témoignent les signatures apposées sur le document par les intéressés, déclare l'action en bornage judiciaire irrecevable, alors qu'une demande en bornage judiciaire n'est irrecevable, que si la limite divisoire fixée entre les fonds a été matérialisée par des bornes.

3^e Civ. - 19 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-71.207. - CA Saint-Denis de la Réunion, 23 mai 2008.

M. Philippot, Pt (f.f.). - Mme Feydeau, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Le Griel, Av.

N° 584

Cassation

Décisions susceptibles. - Décisions insusceptibles de pourvoi immédiat. - Décision ne tranchant pas une partie du principal. - Décision ordonnant une mesure d'instruction. - Décision nommant un expert.

Est recevable le pourvoi dirigé contre un arrêt qui ordonne une mesure d'instruction et tranche une partie du principal.

En revanche, n'est pas recevable le moyen dirigé contre le seul chef du dispositif de l'arrêt ordonnant une mesure d'instruction, lequel est insusceptible de pourvoi immédiat.

2^e Civ. - 20 janvier 2011.

REJET

N° 10-10.132. - CA Bordeaux, 20 octobre 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. André, Rap. - M. Azibert, P. Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 585

Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Demande de mise en liberté. - Appel d'une ordonnance de rejet. - Délai imparti pour statuer. - Circonstance imprévisible et insurmontable. - Défaut. - Effet.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 194 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction doit, en matière de

détention provisoire, se prononcer dans les plus brefs délais et, au plus tard, dans les quinze jours de l'appel prévu par l'article 186 du code de procédure pénale, ce délai étant prolongé de cinq jours, suivant l'article 199, dernier alinéa, dudit code, en cas de comparution personnelle de la personne concernée, faute de quoi celle-ci est remise d'office en liberté, sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées ou si des circonstances imprévisibles et insurmontables, extérieures au service de la justice, mettent obstacle au jugement de l'affaire dans le délai prévu.

Encourt la cassation l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour rejeter la demande de mise en liberté de la personne mise en examen, faute de décision ayant statué sur son appel dans le délai de vingt jours, relève qu'aucun texte ne prévoit un quelconque délai pour la transcription de l'acte d'appel sur le registre à ce prévu et que le mis en examen ne justifie d'aucun grief, alors qu'il lui appartenait de caractériser l'existence d'une circonstance imprévisible et insurmontable, extérieure au service de la justice, ayant différé la transcription de l'appel.

Crim. - 18 janvier 2011.

CASSATION SANS RENVOI

N° 10-87.525. - CA Douai, 29 septembre 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Finidori, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 3, mars 2011, commentaire n° 111, p. 55, note Jacques Buisson (« Détention provisoire »).

N° 586

1^o Communauté européenne

Travail. - Salariés. - Travailleurs détachés. - Travailleurs détachés pour effectuer une prestation de services. - Directive 96/71/CE. - Article 3. - Règles impératives de protection de protection minimale en vigueur dans le pays d'accueil. - Règles applicables à la rupture du contrat de travail. - Exclusion. - Portée.

2^o Conflit de lois

Contrat. - Contrat de travail. - Loi applicable. - Défaut de choix par les parties. - Convention de Rome du 19 juin 1980. - Article 6 § 2. - Critère. - Accomplissement habituel du travail dans un même pays. - Portée.

1^o Si l'article 3 de la Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996, concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, dont l'article L. 1262-4 du code du travail est la transposition, désigne les conditions de travail et d'emploi applicables à la relation de travail dont les travailleurs détachés ne peuvent être privés dans l'État membre où la prestation de travail est exécutée, celle-ci n'exclut pas l'application de la loi désignée par la Convention de Rome pour les règles applicables à la rupture du contrat de travail qui ne font pas partie des règles impératives de protection minimale en vigueur dans le pays d'accueil.

Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel affirme que la Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 ne permettait pas de déterminer la loi applicable à la rupture du contrat de travail litigieux.

2^o Selon l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi : a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ;

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement

qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

Il en résulte que la cour d'appel qui, pour dire que la loi française est applicable à la rupture du contrat, a relevé que le salarié avait été détaché par une entreprise établie en Grande-Bretagne pour être mis temporairement à la disposition d'une société qui exerçait son activité en France, ce dont elle aurait dû déduire qu'il n'y avait pas accompli habituellement son travail, a violé par fausse application l'article 6 § 2 a de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

Soc. - 18 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-43.190. - CA Toulouse, 4 septembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 3, mars 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 336 à 338, note Jean-Philippe Lhernould. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 376, p. 338 à 340.

N° 587

Commune

Créance contre une commune. - Prescription quadriennale. - Fin de non-recevoir. - Proposition par l'avocat constitué. - Décision expresse et spéciale du maire. - Nécessité (non).

Aucune disposition de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 n'exige la production d'une décision expresse et spéciale de l'autorité ayant la qualité d'ordonnateur principal de la personne de droit public débitrice.

En conséquence, l'avocat constitué par la commune agissant en la personne de son maire a le pouvoir de la représenter en première instance pour les actes de procédure et d'opposer toute fin de non-recevoir, notamment la prescription.

3^e Civ. - 19 janvier 2011.

REJET

N° 09-17.032. - CA Saint-Denis de la Réunion, 19 juin 2009.

M. Philippot, Pt (f.f.). - Mme Fossaert, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Delvolvé, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

N° 588

Conflit collectif du travail

Grève. - Droit de grève. - Exercice. - Exercice illicite. - Exclusion. - Arrêts de travail courts et répétés. - Perte importante et anormale de production. - Portée.

Des arrêts de travail courts et répétés, quelque dommageables qu'ils soient pour la production, ne peuvent, en principe, être considérés comme un exercice illicite du droit de grève.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt qui établit que de tels arrêts de travail survenus dans l'entreprise et qui ont entraîné une perte importante et anormale de production constituent une grève perlée illicite.

Soc. - 25 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-69.030. - CA Nouméa, 30 avril 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Mansion, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 363, p. 333.

N° 589

I° Contrat de travail, exécution

Employeur. - Détermination. - Pluralité d'employeurs. - Appréciation. - Qualification de coemployeurs. - Critères. - Application.

2° Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Motif économique. - Appréciation. - Cadre. - Détermination.

1° Une cour d'appel qui constate qu'une filiale est sous la totale dépendance d'un groupe qui absorbe 80 % de sa production et détermine les prix, que la société holding de ce groupe détient la quasi-totalité de son capital, qu'elle gère son personnel, dicte ses choix stratégiques et intervient constamment dans la gestion financière et sociale de la cessation d'activité de la filiale, en assurant la direction opérationnelle et la gestion administrative de celle-ci, peut en déduire qu'il existe entre la société mère et sa filiale une confusion d'intérêts, d'activités et de direction caractérisant l'existence de coemployeurs.

2° Lorsque plusieurs entités appartenant à un même groupe ont la qualité de coemployeurs, la cessation des activités de l'une d'elles ne constitue une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui, pour juger que le licenciement motivé par la fermeture de l'entreprise est sans cause réelle et sérieuse, constate que cette cessation d'activité n'était pas justifiée par une raison économique, au niveau du secteur d'activité du groupe dont relevaient les coemployeurs.

Soc. - 18 janvier 2011.

REJET

N° 09-69.199. - CA Paris, 25 juin 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, M^e Foussard, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 6, 7 février 2011, *Jurisprudence*, n° 149, p. 269-270, note Nathalie Dedessus-le-Moustier (« Reconnaissance de la qualité de coemployeur et appréciation de la cause économique des licenciements »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 6, 8 février 2011, *Jurisprudence*, n° 1065, p. 33 à 37, note Patrick Morvan (« Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses »), également publiée dans La Semaine juridique, édition générale, n° 11-12, 14 mars 2011, *Jurisprudence*, n° 312, p. 536 à 539, la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/11, mars 2011, décision n° 207, p. 199 à 201, la Gazette du Palais, n° 63-64, 4-5 mars 2011, *Chronique de jurisprudence - droit du travail et de la protection sociale*, p. 41-42, note Bernard Boubli, le Bulletin Joly Sociétés, n° 3, mars 2011, *Jurisprudence*, n° 117, p. 215 à 219, note Patrick Movan (« La mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale dans un groupe »), également publiée dans La Semaine juridique, édition générale, n° 10, 7 mars 2011, *Libres propos*, n° 254, p. 458-459, la Revue des sociétés, n° 3, mars 2011, *Jurisprudence*, p. 154 à 159, note Alain Couret (« La cessation d'activité d'une filiale : le droit des sociétés à l'épreuve du droit social »), la Revue de droit

du travail, n° 3, mars 2011, *Etudes*, p. 168 à 174, note Frédéric Géa (« La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements ? »), et la revue Droit social, n° 4, avril 2011, p. 372 à 381, note Gérard Couturier (« La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés »).

N° 590

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Discrimination entre salariés. - Discrimination fondée sur l'état de santé ou le handicap. - Prohibition. - Portée.

En vertu de l'article L. 5134-103 du code du travail, le contrat relatif à des activités d'adultes-relais est un contrat de travail de droit privé à durée indéterminée ou à durée déterminée conclu en application du 1° de l'article L. 1242-3 dans la limite d'une durée de trois ans renouvelable une fois ; selon l'article L. 1132-1 du même code, aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de renouvellement de contrat, en raison de son état de santé ; aux termes de l'article L. 1133-3, les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées. Il résulte de ce dernier texte qu'il ne s'applique qu'en cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail conformément aux dispositions de l'article R. 4624-31 du code du travail.

Par suite, viole ces textes la cour d'appel qui, pour rejeter la demande à titre de dommages-intérêts pour discrimination fondée sur l'état de santé, retient que les réserves émises par le médecin du travail sur l'aptitude du salarié constituaient des réserves objectives, nécessaires et appropriées de ne pas renouveler son contrat, sans constater qu'un avis d'inaptitude avait été régulièrement émis par le médecin du travail, ce dont il résultait que l'article L. 1133-3 du code du travail n'était pas applicable et que le salarié avait fait l'objet d'une mesure discriminatoire directe en matière de renouvellement de contrat en raison de son état de santé.

Soc. - 25 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-72.834. - CA Orléans, 26 mars 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 319, p. 297-298.

N° 591

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir disciplinaire. - Sanction. - Conditions. - Faute du salarié. - Prescription. - Délai. - Interruption. - Acte d'engagement des poursuites. - Convocation à l'entretien préalable.

Les poursuites disciplinaires se trouvent engagées à la date à laquelle le salarié concerné est convoqué à un entretien préalable à une sanction disciplinaire.

Soc. - 18 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-43.079. - CA Paris, 2 juillet 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Agostini, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Odent et Poulet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 6, 7 février 2011, *Jurisprudence*, n° 150, p. 270-271, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Prescription de la faute disciplinaire »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 327, p. 303-304.

N° 592

1° Contrat de travail, exécution

Harcèlement. - Harcèlement moral. - Existence. - Faits établis par le salarié la faisant présumer. - Effets. - Preuve à rapporter par la partie défenderesse.

2° Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Maladie ou accident non professionnel. - Arrêt de travail. - Visite de reprise. - Initiative de l'examen. - Détermination.

1° En application des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail, lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Doit être cassé l'arrêt qui déboute un salarié de sa demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral alors qu'il lui appartenait de se prononcer sur l'ensemble des éléments retenus afin de dire s'ils laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, d'apprécier les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que les mesures en cause étaient étrangères à tout harcèlement moral.

2° Dès lors que le salarié informe son employeur de son classement en invalidité deuxième catégorie sans manifester la volonté de ne pas reprendre le travail, il appartient à celui-ci de prendre l'initiative de faire procéder à une visite de reprise, laquelle met fin à la suspension du contrat de travail.

Doit être approuvé l'arrêt qui, après avoir relevé que le salarié avait demandé à son employeur de l'informer des perspectives qu'il envisageait au mieux de ses intérêts à la suite de sa mise en invalidité deuxième catégorie, a constaté que celui-ci s'était borné à l'inviter à prendre rendez-vous auprès de la médecine du travail sans organiser lui-même les visites de reprise auprès du médecin du travail et a décidé que le retard dans l'organisation de ces visites était imputable à l'employeur.

Soc. - 25 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-42.766. - CA Montpellier, 6 mai 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Trédez, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 7, 14 février 2011, *Jurisprudence*, n° 179, p. 319, note Nathalie Dedessus-le-Moustier (« Appréciation judiciaire des faits de harcèlement moral »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 314, p. 291 à 293, La Semaine juridique, édition social, n° 13, 29 mars 2011, *Jurisprudence*, n° 1152, p. 33 à 36, note Céline Leborgne-Ingelaere (« Visite de reprise et harcèlement moral au travail : une attention soutenue des juges »), et La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 13, 31 mars 2011, *Etudes et commentaires*, n° 1273,

p. 39 à 42, note Patricia Pochet (« Conditions dans lesquelles l'employeur doit provoquer la visite médicale de reprise du travail du salarié déclaré inapte »).

N° 593

Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Inaptitude au travail. - Obligation de reclassement. - Impossibilité. - Effets. - Indemnités. - Étendue.

Il résulte des articles L. 1226-10, L. 1226-14, L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail que l'employeur est tenu de verser au salarié, déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension provoquées par un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'emploi occupé précédemment et dont le contrat de travail a été rompu, une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-1 du code du travail. Le salarié ne peut donc prétendre au paiement de l'indemnité conventionnelle de préavis prévue par la convention collective applicable à l'entreprise.

Doit être cassé en conséquence l'arrêt qui condamne un employeur à payer une indemnité compensatrice en tenant compte de la convention collective nationale des industries chimiques applicable en l'espèce et prévoyant, pour un salarié au coefficient 190, handicapé à la suite d'un accident du travail, un préavis de quatre mois.

Soc. - 26 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-68.544. - CA Agen, 2 juin 2009.

M. Trédez, Pt (f.f. et Rap.). - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 320, p. 299-300.

N° 594

1° Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Maladie ou accident non professionnel. - Suspension du contrat. - Effets. - Rémunération. - Avantage en nature. - Maintien. - Cas.

2° Contrat de travail, exécution

Maladie du salarié. - Maladie ou accident non professionnel. - Inaptitude au travail. - Inaptitude consécutive à la maladie. - Reclassement du salarié. - Proposition d'un emploi adapté. - Proposition entraînant une modification du contrat de travail. - Refus du salarié. - Portée.

1° Le logement attribué à titre gratuit à un salarié pour l'exercice de ses fonctions, qui est l'accessoire du contrat de travail et dont il bénéficie dans sa vie personnelle, ne peut lui être retiré ou donner lieu au versement d'un loyer pendant une période de suspension du contrat de travail pour maladie.

Doit être cassé l'arrêt qui condamne le salarié à payer une somme à titre de loyer et de ses accessoires pour le logement de fonction au motif qu'il n'est plus en mesure d'effectuer les permanences en raison de son arrêt de travail pour maladie.

2° Ne peut constituer en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement le refus par le salarié du poste de reclassement proposé par l'employeur en application de l'article L. 1226-2 du code du travail lorsque la proposition de reclassement emporte modification du contrat de travail ou des conditions de travail ; il appartient à l'employeur de tirer les conséquences du

refus du salarié soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de l'intéressé aux motifs de l'inaptitude et de l'impossibilité du reclassement.

Doit être cassé l'arrêt qui déboute un salarié de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse après avoir constaté que le salarié avait été licencié pour avoir refusé le poste de reclassement proposé à la suite d'un avis d'inaptitude partielle.

Soc. - 26 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-43.193. - CA Angers, 8 septembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Trédez, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - M^e Blanc, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 17 février 2011, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 452, note B. Ines (« Suspension du contrat de travail : sort du logement de fonction »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 286, p. 270-271, La Semaine juridique, édition social, n° 13, 29 mars 2011, Jurisprudence, n° 1150, p. 28 à 31, note Danielle Corrigan-Carsin (« Maintien du logement de fonction en dépit de la suspension du contrat de travail »), et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 4/11, avril 2011, décision n° 296, p. 281-282.

N° 595

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Défaut. - Applications diverses. - Maladie du salarié. - Nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent le fonctionnement de l'entreprise. - Remplacement par voie de mutation interne. - Conditions. - Remplacement total et définitif du salarié muté. - Caractérisation. - Absence.

Le remplacement définitif du salarié dont l'absence pour maladie perturbe l'entreprise ne peut intervenir par voie de mutation interne et par « cascade » que si l'employeur procède au recrutement d'un salarié par contrat à durée indéterminée, pour occuper les fonctions du salarié muté en interne et selon un horaire mensuel représentant son temps de travail.

Manque de base légale l'arrêt qui ne vérifie pas si le recrutement d'un salarié à temps partiel pour occuper le poste laissé vacant est de nature à caractériser un remplacement total et définitif du salarié muté en interne.

Soc. - 26 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-67.073. - CA Rouen, 14 avril 2009.

M. Trédez, Pt (f.f.). - Mme Wurtz, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 316, p. 293-294.

N° 596

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Formalités légales. - Lettre de licenciement. - Signature. - Qualité du signataire. - Délégation de pouvoir. - Délégation écrite. - Nécessité (non).

Si la société par actions simplifiée (SAS) est représentée, à l'égard des tiers, par son président et, si ses statuts le

prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés, tels que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise. Aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit, celle-ci pouvant être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement.

Doit, en conséquence, être cassé, pour violation de l'article L. 227-6 du code de commerce, ensemble des articles L. 1232-6 du code du travail, 1984 et 1998 du code civil, l'arrêt qui, pour condamner une société par actions simplifiée à payer à un salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, retient que la lettre de licenciement avait été signée par une personne qui venait le jour même de perdre ses fonctions de représentant légal de la société par actions simplifiée pour en devenir directeur général, que les pouvoirs de celle-ci en matière de licenciement étaient désormais subordonnés à l'accord du nouveau président et qu'elle ne bénéficiait d'aucune délégation pour procéder à un licenciement, alors qu'il résultait de ses constatations que la lettre de licenciement avait été signée par la personne exerçant les fonctions de directeur général et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier.

Soc. - 26 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-43.475. - CA Versailles, 24 juin 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Ludet, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - M^e Foussard, M^e Bertrand, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 6, 10 février 2011, Actualité / droit civil, p. 375, note Alain Lienhard (« SAS : délégation tacite du pouvoir de licencier »). Voir également la revue Droit des sociétés, n° 4, avril 2011, commentaire n° 73, p. 26, note Dorothee Gallois-Cochet (« Délégation de pouvoirs dans les SAS »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 288, p. 274-275.

N° 597

Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Cause. - Changement d'actionnariat. - Clause de changement de contrôle. - Validité. - Condition.

La clause contractuelle qui permet au salarié de rompre son contrat de travail en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction, et qui stipule que la rupture est imputable à l'employeur, est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties.

Soc. - 26 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-71.271. - CA Versailles, 17 septembre 2009.

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

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 9, 3 mars 2011, Etudes et commentaires, n° 1185, p. 49 à 51, note Stéphane Béal et Pauline Klein (« Validité de la clause de conscience en cas de changement de contrôle de la société »). Voir également la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2011, Chroniques, p. 175-176, note Jean Pélissier (« Une clause contractuelle bouleversant les règles de rupture du contrat de

travail »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 287, p. 271 à 274, et la revue Droit social, n° 4, avril 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 465 à 468, note Antoine Mazeaud.

N° 598

Contrats et obligations conventionnelles

Consentement. - Accord des parties. - Acceptation tacite. - Silence. - Silence circonstancié. - Portée.

Si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation.

Ainsi, une cour d'appel peut déduire des circonstances de l'espèce, s'agissant de l'engagement personnel pris par un dirigeant pour permettre à sa société de présenter un plan crédible à l'homologation du tribunal, que le silence de cette dernière, à l'offre qu'il lui avait faite, lui donnait la signification d'une acceptation, de sorte que l'accord était valablement formé entre eux.

Com. - 18 janvier 2011.

REJET

N° 09-69.831. - CA Montpellier, 23 juin 2009.

Mme Pinot, Pt (f.f.). - M. Arbellot, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4153, p. 11-12, note Alexandre Paulin (« Valeur juridique du silence : élargissement des dérogations au principe »). Voir également la Revue des procédures collectives, n° 2, mars-avril 2011, commentaire n° 46, p. 52-53, note J.-J. Fraimout (« Offre d'apport en compte courant d'un actionnaire destiné à financer le plan de continuation ultérieurement résolu : le silence circonstancié du destinataire de l'offre vaut acceptation »).

N° 599

Contrats et obligations conventionnelles

Exécution. - Clause pénale. - Définition. - Faculté de dédit. - Distinction. - Portée.

La clause pénale, qui a pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de l'obligation, se distingue de la faculté de dédit, qui lui permet de se soustraire à cette exécution.

Cette faculté exclut le pouvoir du juge de diminuer ou supprimer l'indemnité convenue.

Com. - 18 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-16.863. - CA Bordeaux, 10 juillet 2009.

Mme Pinot, Pt (f.f.). - M. Arbellot, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, M^e Ricard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4155, p. 12-13, note Alexandre Paulin (« Clause de dédit : l'article 1152 du code civil reste applicable »).

N° 600

Contrats et obligations conventionnelles

Exécution. - Clause pénale. - Définition. - Vente. - Cas.

Viole les articles 1152 et 1226 du code civil la cour d'appel qui, après avoir relevé que l'acte de vente stipulait que, lors de la résolution, toutes les sommes versées par l'acquéreur et toutes améliorations apportées à l'immeuble vendu seront de plein droit définitivement acquises au vendeur à titre de dommages-intérêts et d'indemnité forfaitaire, retient que le vendeur ne peut se prévaloir d'une clause pénale, alors que constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'exécution de l'obligation contractée.

3^e Civ. - 26 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-10.376. - CA Aix-en-Provence, 15 octobre 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Gabet, Rap. - SCP Bouilloche, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Le Bret-Desaché, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 11-12, 14 mars 2011, Chronique - Droit des biens, n° 323, p. 556 à 561, spéc. n° 15, p. 561, note Hugues Perinet-Marquet.

N° 601

Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention internationale du travail n° 180. - Articles 3, 4 et 5. - Applicabilité directe. - Effet.

Il résulte des articles 3, 4 et 5 de la Convention n° 180 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires, ratifiée le 27 avril 2004, d'application directe en droit interne, que la durée du travail pour les gens de mer comme pour les autres travailleurs est en principe de huit heures par jour avec un jour de repos par semaine, plus le repos correspondant aux jours fériés.

La cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un salarié en paiement d'heures supplémentaires, a retenu que son contrat de travail était soumis au code du travail maritime, régi par les dispositions de l'article 104 du code du travail maritime, qui excluent l'application au capitaine des dispositions des articles 26 à 30, relatives à la durée du travail, notamment celles concernant les heures supplémentaires, a méconnu les dispositions de la Convention internationale précitée.

Soc. - 18 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-40.094. - CA Rennes, 27 mai et 15 octobre 2008.

Mme Mazars, Pt (f.f.). - M. Ludet, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 377, p. 340-341. Voir également la revue Droit social, n° 4, avril 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 462 à 465, note Patrick Chaumette.

N° 602

1^o Cour d'assises

Appel. - Recevabilité. - Juridiction compétente pour apprécier la recevabilité de l'appel.

2° Cour d'assises

Arrêts. - Condamnation. - Condamnation par contumace avant le 1^{er} octobre 2004. - Portée.

3° Cour d'assises

Personnes condamnées par contumace avant le 1^{er} octobre 2004. - Procédure de défaut criminel. - Application. - Portée.

1° Il résulte de l'article 380-14 du code de procédure pénale qu'une cour d'assises n'est compétente pour statuer sur la recevabilité d'un appel en matière criminelle que si elle a été désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation pour statuer en appel.

2° Aux termes de l'article 209 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, les personnes condamnées par contumace avant l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la procédure de défaut criminel sont considérées comme condamnées par défaut.

3° Selon l'article 379-4 du code de procédure pénale, si l'accusé condamné selon la procédure de défaut criminel se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par la prescription, l'arrêt de la cour d'assises est non avenu dans toutes ses dispositions et il est procédé à son égard à un nouvel examen de son affaire par la cour d'assises.

Encourt la cassation l'arrêt de la cour d'assises qui déclare irrecevable l'appel formé par l'accusé d'un arrêt de contumace rendu avant le 1^{er} octobre 2004, alors que ladite cour d'assises, qui n'était pas désignée par la chambre criminelle pour statuer en appel, devait, en raison de l'arrestation de l'accusé et en application de l'article 379-4 du code de procédure pénale, procéder à un nouvel examen de l'affaire conformément aux dispositions des articles 269 à 379-3 du même code.

Crim. - 19 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-88.363. - Cour d'assises de la Guyane, 21 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Lazerges, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Monod et Colin, Av.

N° 603

1° Crimes et délits flagrants

Flagrance. - Définition. - Indice apparent d'un comportement délictueux révélant l'existence d'infractions répondant à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale. - Constatation préalable par l'officier de police judiciaire. - Cas.

2° Ministère public

Autorité judiciaire. - Article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. - Exclusion.

3° Officier de police judiciaire

Compétence. - Dessaisissement par le procureur de la République. - Mise en œuvre. - Modalités.

1° Il résulte de l'article 53 du code de procédure pénale que, pour pouvoir agir en enquête de flagrance, les officiers de police judiciaire doivent avoir eu connaissance, au préalable, d'indices apparents d'un comportement révélant l'existence d'une infraction en train de se commettre ou qui vient d'être commise.

Est justifiée au regard de ce texte la décision de la chambre de l'instruction qui, pour rejeter la demande de nullité d'une procédure incidente menée en flagrance à l'encontre d'une

personne interpellée en vue de la mise à exécution d'un mandat d'arrêt au moment où cette dernière pénétrait dans son véhicule, relève qu'après avoir reconnu que le mandat la concernait, ladite personne avait spontanément déclaré aux fonctionnaires de police qu'elle transportait des stupéfiants, puis avait ouvert le coffre de sa voiture et désigné aux enquêteurs les sacs contenant ces produits.

2° S'il est vrai que le magistrat du ministère public, ne présentant pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises, n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, aucune nullité ne saurait résulter du contrôle de la garde à vue effectué par ses soins, dès lors que la personne concernée par la mesure a été présentée à un magistrat du siège dans un délai compatible avec les dispositions de ce texte.

3° Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour rejeter la demande de nullité présentée par un mis en examen au motif que les fonctionnaires de police chargés de l'enquête, avisés par le procureur de la République qu'ils étaient dessaisis au profit d'un autre service, avaient néanmoins procédé aux formalités de prélèvement biologique et d'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques ainsi qu'à la mise sous scellés d'objets placés sous main de justice, retient que ces actes ont été exécutés, sans opposition du ministère public, alors que la personne intéressée était encore sous la contrainte de la mesure de garde à vue prise par les fonctionnaires initialement saisis et avant la remise de la personne concernée au second service désigné.

Crim. - 18 janvier 2011.

REJET

N° 10-84.980. - CA Aix-en-Provence, 10 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 3, mars 2011, commentaire n° 114, p. 56, note Jacques Buisson (« Garde à vue »).

N° 604

Élections professionnelles

Délégués du personnel. - Nombre. - Détermination. - Effectif de l'entreprise. - Calcul. - Salariés pris en compte. - Salariés mis à disposition. - Conditions. - Portée.

Selon l'article L. 1111-2 du code du travail, qui détermine les salariés pris en compte dans l'effectif d'une entreprise pour toutes les dispositions de ce code qui se réfèrent à une condition d'effectif, les salariés d'une entreprise extérieure mis à disposition présents depuis plus de douze mois dans l'entreprise sont compris dans ce décompte.

Il en résulte que les salariés mis à disposition d'une entreprise qui remplissent cette condition doivent être pris en compte pour déterminer l'effectif d'une entreprise tenue, en application de l'article L. 2312-2 du code du travail, de procéder à l'élection de délégués du personnel, peu important que tout ou partie d'entre eux aient choisi, en application des dispositions de l'article L. 2314-18-1 du même code, d'être électeur dans l'entreprise qui les emploie.

Soc. - 19 janvier 2011.

REJET

N° 10-60.296. - TI Nice, 11 juin 2010.

Mme Morin, Pt (f.f. et Rap.). - M. Aldigé, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 63-64, 4-5 mars 2011, Chronique de jurisprudence - droit du travail et de la protection sociale, p. 45-46, note Bernard Boubli (« Les salariés mis à disposition de l'entreprise d'accueil font partie de son effectif »). Voir également

la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 337, p. 313, la revue Droit social, n° 4, avril 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 470-471, note Franck Petit, et La Semaine juridique, édition social, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1172, p. 45-46, note Yannick Pagnerre (« Prise en compte des salariés mis à disposition dans l'entreprise d'accueil »).

N° 605

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Redressement judiciaire. - Patrimoine. - Période suspecte. - Action en nullité. - Qualité. - Exclusion. - Débiteur cédé.

La tierce opposition n'est pas ouverte, faute de qualité à agir, au débiteur cédé qui prétend critiquer le jugement ayant rejeté la demande du liquidateur judiciaire du cédant tendant à l'annulation de la cession de créance et rendu à la suite d'une action dont l'article L. 621-110 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, réserve l'exercice à certaines personnes et dont il n'est pas titulaire.

Com. - 18 janvier 2011.
CASSATION

N° 09-71.071. - CA Colmar, 5 mai 2009.

Mme Pinot, Pt (f.f.). - M. Espel, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Gaschignard, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 5, 3 février 2011, Actualité / droit des affaires, p. 302, note Alain Lienhard (« Nullité de la période suspecte : tierce opposition du débiteur cédé »). Voir également la revue Procédures, n° 3, mars 2011, commentaire n° 105, p. 51, note Blandine Rolland (« Difficultés des entreprises : nullité de la période suspecte et tierce opposition »).

N° 606

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de cession. - Effets. - Contrats d'assurance « indemnités de fin de carrière ». - Sorts des sommes disponibles détenues par l'assureur.

Bien que les contrats d'assurance souscrits par des employeurs et ayant pour objet de garantir à leurs salariés le paiement d'indemnités de fin de carrière ne confèrent aucun droit direct sur leur provision mathématique aux salariés bénéficiaires des indemnités de fin de carrière, le produit des cotisations versées par l'employeur, augmenté des résultats nets de la gestion financière de l'assureur, est exclusivement destiné au remboursement des indemnités payées à ses salariés par l'employeur, sans que celui-ci puisse en obtenir restitution, même en cas de résiliation des contrats.

En conséquence, une cour d'appel, ayant justement constaté que la charge future du paiement des indemnités aux salariés repris dans le cadre d'un plan de cession pesait légalement sur le cessionnaire, en déduit exactement que les sommes disponibles entre les mains de l'assureur doivent être conservées par lui et gérées à cette fin pour le compte du cessionnaire.

Com. - 18 janvier 2011.
REJET

N° 10-12.005. - CA Versailles, 3 décembre 2009.

Mme Pinot, Pt (f.f.). - M. Rémy, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Le Griel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 3/11, mars 2011, décision n° 260, p. 245 à 247. Voir également, dans ce même numéro, un extrait du rapport du conseiller rapporteur, rubrique Etudes et doctrine, p. 195 à 200, La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 13, 31 mars 2011, Chronique - sociétés et procédures collectives, n° 1263, p. 15 à 20, spéc. n° 4, p. 17, note Philippe Pétel (« Le bénéfice d'un contrat d'assurance destiné à garantir le paiement des indemnités de fin de carrière des salariés se transmet de plein droit au repreneur »), et la Revue des procédures collectives, n° 2, mars-avril 2011, commentaire n° 51, p. 56-57, note J.-J. Fraimout (« Transfert au cessionnaire de la charge des indemnités de fin de carrière dues au salarié repris et sort des droits acquis par l'employeur cédant sur les contrats d'assurance garantissant le paiement de ces indemnités »).

N° 607

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Placement en rétention. - Choix du centre de rétention par le préfet dans la décision administrative. - Appréciation de la légalité par le juge judiciaire. - Décision entachée d'excès de pouvoir.

Le juge judiciaire saisi en application de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur la légalité de la décision administrative désignant le centre de rétention administrative dans lequel l'étranger sera maintenu.

1^{er} Civ. - 26 janvier 2011.

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-12.665. - CA Toulouse, 19 mars 2009.

M. Charrault, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue juridique Personnes et famille, n° 4, avril 2011, p. 13, note Emmanuel Putman (« Même pour faire respecter les droits de la défense, le juge judiciaire ne doit pas transgresser la séparation des pouvoirs »).

N° 608

Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Fixation. - Procédure. - Péremption de l'instance. - Conditions. - Exclusion. - Cas.

Les parties qui ont déposé leurs écritures dans les délais impartis par l'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique n'ont plus de diligences à accomplir de nature à faire progresser l'instance ; elles perdent la direction de la procédure, le greffe devant convoquer les parties après la fixation par le président de la chambre des expropriations de la date d'audience.

En conséquence, viole les articles 386 du code de procédure civile, R. 13-49 et R. 13-51 du code susvisé la cour d'appel qui, pour constater la péremption de l'instance introduite par une partie, retient que même si les textes ne mettaient pas à sa charge une obligation spécifique, il lui appartenait d'accomplir, avant l'expiration du délai de péremption, toute diligence manifestant sa volonté de faire progresser l'affaire.

3^e Civ. - 26 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-71.734. - CA Rennes, 26 juin 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Mas, Rap. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Didier et Pinet, Av.

N° 609

Garde à vue

Droits de la personne gardée à vue. - Assistance effective de l'avocat. - Défaut. - Preuve. - Portée.

Si c'est à tort que la cour d'appel a prononcé, en raison de l'absence d'assistance effective d'un avocat, la nullité d'une garde à vue avant 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, en l'absence de cette loi, avant le 1^{er} juillet 2011, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors qu'il a eu pour seule conséquence que les actes annulés n'ont pas constitué des éléments de preuve fondant la décision de culpabilité du prévenu.

Crim. - 18 janvier 2011.

REJET

N° 10-83.750. - CA Angers, 6 mai 2010.

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

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 2, février 2011, Jurisprudence, p. 83-84, note Jean Danet (« Garde à vue : précisions d'importance ! »).

N° 610

Impôts et taxes

Impôt de solidarité sur la fortune. - Assiette. - Exclusion. - Biens professionnels. - Qualification. - Parts de fonds commun de placement d'entreprise (non).

Le contribuable qui détient des parts de fonds commun de placement d'entreprise dépositaire d'actions de la société dans laquelle il exerce son activité principale ne détient pas d'actions de cette société, et le fonds commun de placement, n'ayant pas la personnalité morale, ne peut être considéré comme une société interposée au sens de l'article 885 O *bis* du code général des impôts.

En conséquence, ce contribuable ne peut bénéficier, au titre de cette détention, de l'exonération de l'assiette de l'impôt sur la fortune prévue par ce texte.

Com. - 18 janvier 2011.

REJET

N° 10-11.941. - CA Douai, 7 décembre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit des sociétés, n° 4, avril 2011, commentaire n° 81, p. 42 à 44, note Jean-Luc Pierre (« Biens professionnels exonérés »).

N° 611

1^o Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Visites domiciliaires (article L. 16 B). - Déroulement des opérations. - Pièces appréhendées. - Entrée dans le cadre de l'autorisation donnée. - Modalités de vérification.

2^o Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Visites domiciliaires (article L. 16 B). - Déroulement des opérations. - Pièces conservées par l'administration. - Provenance de la saisie. - Contrôle au regard de l'inventaire.

1^o L'article L. 16 B du livre des procédures fiscales n'impose pas qu'il puisse être vérifié, à la seule lecture de l'inventaire, que les pièces appréhendées entrent dans le cadre de l'autorisation donnée, le contrôle exercé à cet effet par le premier président, en cas de contestation, s'exerçant par la confrontation de l'ordonnance d'autorisation et des pièces saisies.

Viola dès lors les dispositions de ce texte le premier président qui, pour annuler des opérations de visite et de saisie, retient que les pièces, certes compostées, avec la référence de leur numéro, ne sont pas décrites et sont en réalité regroupées, soit en fonction de leur contenant, soit suivant un intitulé général, que la nature précise des fichiers informatiques saisis ne peut être connue immédiatement à la lecture du procès-verbal et que cette manière de procéder ne permet pas au juge de contrôler que les pièces saisies rentrent bien dans le cadre de l'autorisation donnée.

2^o Prive sa décision de base légale au regard de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales le premier président qui, après avoir énoncé que l'inventaire doit permettre de vérifier que les pièces sur lesquelles l'administration fiscale pourra fonder éventuellement des redressements ont bien été obtenues dans le cadre de l'opération de visite et de saisie, annule les opérations, sans rechercher, par une confrontation des pièces détenues par l'administration avec les énonciations de l'inventaire, si les modalités retenues permettaient de vérifier que ces pièces provenaient de la saisie.

Com. - 18 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-70.397. - CA Metz, 25 septembre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Farhouat-Danon, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M^e Foussard, M^e Haas, Av.

N° 612

Intérêts

Intérêts au taux légal majoré de cinq points. - Dette d'une somme d'argent. - Sommes détenues en vertu d'une décision de justice exécutoire. - Droit à restitution. - Arrêt de cassation.

L'arrêt de cassation constituant une décision de justice faisant naître un droit à restitution de la somme versée en exécution de la décision cassée, les dispositions de l'article L. 313-3 du code monétaire et financier sont applicables à la créance de restitution née après signification de cet arrêt.

2^e Civ. - 20 janvier 2011.

REJET

N° 10-11.904. - CA Nancy, 7 décembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - Mme Leroy-Gissingner, Rap. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 3, mars 2011, commentaire n° 87, p. 40-41, note Roger Perrot (« Somme versée en exécution d'une décision cassée »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 14, 4 avril 2011, Jurisprudence, n° 377, p. 640-641, note Jean-Jacques Barbiéri (« De la majoration des intérêts assortissant la restitution découlant d'une cassation »), et la revue Droit et procédures, n° 4, avril 2011, Jurisprudence commentée, p. 99 à 102, note Ludovic Lauvergnat.

N° 613

Jugements et arrêts

Notification. - Signification à partie. - Régularité. - Contestation. - Procédure de relevé de forclusion. - Application (non).

N° 616

La procédure de relevé de forclusion résultant de l'expiration du délai imparti pour faire appel est inapplicable en cas de contestation de la régularité de la signification du jugement.

2^e Civ. - 20 janvier 2011.
CASSATION

N° 09-72.180. - CA Paris, 1^{er} octobre 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Boval, Rap. - M. Azibert, P. Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

N° 614

Juridiction de proximité

Citation. - Enonciations. - Titulaire du certificat d'immatriculation déclaré redevable pécuniairement. - Mention de l'article L. 121-3 du code de la route. - Nécessité (non).

Lorsque qu'il n'est pas démontré que le titulaire du certificat d'immatriculation, cité devant la juridiction de proximité du chef d'excès de vitesse, était au volant du véhicule lors de la commission de l'infraction, celui-ci doit, après avoir été mis en mesure de se défendre, être déclaré pécuniairement redevable de l'amende encourue s'il n'établit pas qu'il ne pouvait être le conducteur du véhicule, ce même si une telle déclaration ne constitue pas une condamnation pénale.

Crim. - 25 janvier 2011.
REJET

N° 10-85.626. - Juridiction de proximité de Montpellier, 21 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Radenne, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 3, mars 2011, Jurisprudence, p. 135, note E. A. (« La redevabilité pécuniaire n'est pas la responsabilité pénale »).

N° 615

Mariage

Devoirs et droits respectifs des époux. - Droits sur le logement de la famille. - Acte de disposition. - Acte pris par un époux. - Consentement du conjoint. - Défaut. - Effets. - Nullité. - Domaine d'application. - Vente réalisée avant la dissolution du mariage.

Le logement de la famille ne perd pas cette qualité lorsque sa jouissance a été attribuée, à titre provisoire, par l'ordonnance de non-conciliation, à l'un des époux pour la durée de l'instance en divorce, et la vente du bien réalisée sans le consentement du conjoint alors que la dissolution du mariage n'est pas encore intervenue encourt la nullité édictée par l'article 215, alinéa 3, du code civil.

1^{re} Civ. - 26 janvier 2011.
REJET

N° 09-13.138. - CA Montpellier, 6 mai 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Chardonnet, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Ancel et Couturier-Heller, SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Carbonnier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 5, 4 février 2011, Jurisprudence, n° 186, p. 8 (« Pas de recel successoral sans obligation au rapport et réduction »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4183, p. 51-52, note Julie Gallois (« Logement de la famille : l'instance en divorce ne lui fait pas perdre cette qualité »).

Procédures civiles d'exécution

Mesures d'exécution forcée. - Saisie-attribution. - Contestation. - Dénonciation à l'huissier poursuivant.

Viole les dispositions des articles 125 du code de procédure civile et 66 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 la cour d'appel qui valide la procédure de saisie-attribution pratiquée par une trésorerie municipale à l'encontre d'une société pour le recouvrement d'une créance communale et déboute la société de sa contestation, alors que, tenue de vérifier, fût-ce d'office, la régularité de sa saisine, elle relevait que la contestation devant le juge de l'exécution n'était pas recevable, faute de dénonciation de la contestation à l'huissier de justice instrumentaire.

2^e Civ. - 20 janvier 2011.

CASSATION SANS RENVOI

N° 10-10.768. - CA Pau, 10 novembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - Mme Renault-Malignac, Rap. - M. Azibert, P. Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 617

Professions médicales et paramédicales

Médecin. - Acte médical. - Aléa thérapeutique. - Définition.

Viole l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique la cour d'appel qui retient l'existence d'un aléa thérapeutique sans constater la survenance d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé.

1^{re} Civ. - 20 janvier 2011.

CASSATION

N° 10-17.357. - Juridiction de proximité de Tarbes, 13 octobre 2009.

M. Bargue, Pt (f.f.). - M. Lafargue, Rap. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 6, 10 février 2011, Actualité / droit civil, p. 376, note Inès Gallmeister (« Responsabilité médicale : aléa thérapeutique »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4167, p. 25-26, note Jean-Philippe Bugnicourt (« Retour aux racines de la responsabilité médicale »).

N° 618

Protection des consommateurs

Pratiques commerciales réglementées. - Utilisation de biens à temps partagé. - Jouissance d'immeuble. - Contrat. - Offre. - Conformité aux exigences légales. - Défaut. - Nullité.

Est nul tout contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé qui ne résulte pas de l'acceptation par le consommateur d'une offre de contracter conforme aux exigences légales.

3^e Civ. - 26 janvier 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-71.836. - CA Poitiers, 3 septembre 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Jacques, Rap. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 7, 17 février 2011, Actualité / droit des affaires, p. 438, note Xavier Delpech (« Jouissance d'immeuble à temps partagé : formalisme de l'offre »). Voir également la revue Droit des

sociétés, n° 4, avril 2011, commentaire n° 68, p. 20, note Henri Hovasse (« La cession de parts d'une société civile d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé »).

N° 619

Protection des consommateurs

Surendettement. - Commission de surendettement. - Mesures recommandées. - Effets. - Suspension des procédures d'exécution. - Portée.

La suspension des poursuites résultant de l'adoption d'un plan de surendettement, pendant la durée d'exécution de celui-ci, n'est pas opposable au syndicat des copropriétaires, créancier ayant déclaré une créance incluse dans le plan, pour le recouvrement des charges de copropriété postérieures aux recommandations homologuées par le juge de l'exécution.

2^e Civ. - 20 janvier 2011.

REJET

N° 09-72.828. - CA Paris, 15 octobre 2009.

M. Loriferne, Pt. - Mme Bardy, Rap. - SCP Boutet, SCP Capron, Av.

N° 620

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Attributions. - Attributions consultatives. - Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise. - Procédure d'alerte. - Faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise. - Caractérisation.

Aux termes de l'article L. 2323-78 du code du travail, lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de façon préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications et, si les réponses de celui-ci sont insuffisantes, établir un rapport, qu'il lui transmet.

Par suite, est légalement justifié l'arrêt qui, pour valider l'exercice du droit d'alerte et la désignation d'un expert par un comité d'entreprise, retient, d'une part, que la réorganisation de l'entreprise, qui concernait son activité ingénierie au niveau mondial, était de nature à affecter la situation de l'entreprise et, d'autre part, après avoir constaté que les réponses de la direction aux questions du comité étaient contradictoires, insuffisantes ou incohérentes, estime que le comité a sans abus décidé d'exercer ce droit.

Soc. - 18 janvier 2011.

REJET

N° 10-30.126. - CA Paris, 5 novembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 3, mars 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 342 à 344, note Gérard Couturier. Voir également la Gazette du Palais, n° 63-64, 4-5 mars 2011, Chronique de jurisprudence - droit du travail et de la protection sociale, p. 48-49, note Bernard Boubli, la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 344, p. 317-318, et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 4/11, avril 2011, décision n° 321, p. 306-307.

N° 621

Servitude

Servitude conventionnelle. - Passage. - Assiette. - Déplacement. - Prescription (non). - Portée.

Viola les articles 706 et 691 du code civil la cour d'appel qui, constatant que l'assiette de la servitude conventionnelle de passage a été déplacée de fait et que celle établie conventionnellement a cessé d'être utilisée, retient que la servitude n'est pas éteinte par le non-usage pendant trente ans, alors que le propriétaire d'un fonds bénéficiant d'une servitude conventionnelle de passage ne peut prescrire une assiette différente de celle convenue.

3^e Civ. - 19 janvier 2011.

CASSATION

N° 10-10.528. - CA Nîmes, 10 novembre 2009.

M. Philippot, Pt (f.f.). - Mme Bellamy, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 11-12, 14 mars 2011, Chronique - Droit des biens, n° 323, p. 556 à 561, spéc. n° 16, p. 561, note Hugues Perinet-Marquet.

N° 622

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des ouvriers de travaux publics du 15 décembre 1992. - Article 12-2. - Classification des emplois. - Critères. - Accomplissement d'une tâche. - Condition d'attribution de l'emploi (non).

L'accomplissement de tâches d'animation n'est pas une condition de l'attribution du niveau II, position 2, de la classification de la convention collective des ouvriers de travaux publics.

Soc. - 26 janvier 2011.

REJET

N° 09-42.931. - CA Caen, 5 juin 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M^e Le Prado, Av.

N° 623

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Métallurgie. - Convention collective régionale des industries métallurgiques, mécaniques et connexes de la région parisienne. - Annexe IV. - Conditions de déplacement des mensuels. - Accord du 13 avril 1976. - Régime des grands déplacements. - Article 3-5.1. - Indemnité de séjour. - Nature. - Portée.

Aux termes de l'article 3-5.1 de l'annexe IV de l'avenant « mensuels » de la convention collective de la métallurgie de la région parisienne, le salarié en grand déplacement perçoit une indemnité de séjour qui ne peut être confondue avec les salaires et appointements. Cette indemnité est versée pour tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, d'exécution normale de la mission, ce dont il résulte que l'indemnité est due, pendant la période du grand déplacement, les samedis, dimanches, jours fériés et jours de repos, au titre de la réduction du temps de travail.

Viola ce texte la cour d'appel qui décide que le salarié n'est pas fondé à solliciter le paiement de cette indemnité au titre de

ceux-ci au motif qu'il ne justifie ni même n'allègue que ces jours correspondaient à des périodes d'exécution de sa prestation de travail.

Soc. - 26 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-40.505. - CA Versailles, 20 novembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Rovinski, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Blondel, Av.

N° 624

Succession

Conjoint successible. - Droit à pension. - Délai de réclamation. - Prolongation en cas d'indivision. - Conditions. - Droits du conjoint successible dans l'indivision.

Les dispositions de l'article 767 du code civil, selon lesquelles, en cas d'indivision, le délai d'un an imparti au conjoint successible pour réclamer une pension à la succession de l'époux prédécédé se prolonge jusqu'à l'achèvement du partage, ne s'appliquent que si le conjoint successible a des droits dans l'indivision.

Doit, dès lors, être approuvé l'arrêt qui, après avoir relevé que le conjoint successible avait été exhéredé de tous ses droits par son époux prédécédé, décide que sa demande de pension, formée plus d'un an après le décès de celui-ci ainsi que plus d'un an après la date à laquelle les héritiers avaient cessé d'acquiescer les prestations qu'ils lui fournissaient, était irrecevable, peu important tant le partage intervenu entre les autres héritiers que l'action en rescision dudit partage.

1^{re} Civ. - 26 janvier 2011.

REJET

N° 09-71.840. - CA Paris, 13 novembre 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Auroy, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Odent et Poulet, SCP Ghestin, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4184, p. 52-53, note Julie Gallois (« L'échec de la demande de pension alimentaire à la succession par l'exhéredation du conjoint demandeur »). Voir également la Revue juridique Personnes et famille, n° 4, avril 2011, p. 29, note Stéphane Valory (« Seul le conjoint survivant ayant des droits dans l'indivision peut bénéficier de la prolongation du délai d'un an dans lequel il peut réclamer des aliments à la succession du prédécédé »).

N° 625

Succession

Recel. - Domaine d'application. - Cas. - Donation rapportable et susceptible d'être réductible.

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.

1^{re} Civ. - 26 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-68.368. - CA Aix-en-Provence, 12 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Auroy, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 5, 4 février 2011, Jurisprudence, n° 186, p. 8 (« Pas de recel successoral sans obligation au rapport et réduction »). Voir également la revue

Droit de la famille, n° 3, mars 2011, commentaire n° 38, p. 35, note Bernard Beignier (« Recel successoral »), la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4185, p. 53, note Julie Gallois (« Pour être recelé, l'effet doit être rapportable ou réductible, tel n'est pas le cas du legs universel ! »), la revue Actualité juridique Famille, n° 3, mars 2011, Jurisprudence, p. 165, note Christophe Vernières (« La dissimulation d'une donation ni rapportable ni réductible ne peut être qualifiée de recel successoral »), et la Revue juridique Personnes et famille, n° 4, avril 2011, p. 27-28, note Jean-Baptiste Donnier (« La dissimulation, par un légataire à titre universel, d'une libéralité qui n'est ni rapportable ni réductible ne peut être qualifiée de recel successoral »).

N° 626

Suspicion légitime

Cas. - Partialité. - Défaut. - Applications diverses.

La circonstance que des magistrats d'une cour d'appel aient déjà statué sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'une entreprise n'est pas, en soi, de nature à faire peser sur eux un soupçon légitime de partialité leur interdisant de connaître du jugement qui a converti le redressement judiciaire de la même entreprise en liquidation judiciaire dans le cadre d'une procédure collective.

2^e Civ. - 27 janvier 2011.

REJET DE LA REQUÊTE

N° 10-01.182. - CA Grenoble, 8 décembre 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Renault-Malignac, Rap. - M. Azibert, P. Av. Gén.

N° 627

Travail réglementation, durée du travail

Heures supplémentaires. - Repos compensateur. - Calcul. - Entreprise de transport routier de marchandises. - Décret n° 2005-306 du 31 mars 2005. - Annulation par le Conseil d'État. - Portée.

L'annulation d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'être jamais intervenu.

Il en résulte qu'à la suite de l'annulation, par le conseil d'État, du décret n° 2005-306 du 31 mars 2005, seules sont applicables, pour la période allant de la date d'entrée en vigueur de ce texte à celle d'entrée en vigueur du décret n° 2007-13 du 4 janvier 2007, les dispositions du décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 dans sa rédaction issue du décret n° 2002-622 du 25 avril 2002, irrégulièrement abrogées par les articles 4 à 11 de l'acte annulé.

Soc. - 26 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-42.658 à 09-42.663. - CPH Chalon-sur-Saône, 28 avril 2009.

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

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 378, p. 341. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1165, p. 31-32, note Stéphane Brissy (« Variations sur le droit à repos compensateur »).

N° 628

Travail réglementation, durée du travail

Repos et congés. - Jours fériés légaux. - Jour férié légal travaillé ou coïncidant avec le jour de repos hebdomadaire. - Repos compensateur. - Dispositions conventionnelles le prévoyant. - Portée.

Les articles 23 et 23 bis de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 prévoient, pour le premier, que le personnel bénéficiera du repos des jours fériés et fêtes légales : 1^{er} janvier, lundi de Pâques, 1^{er} et 8 mai, Ascension, lundi de Pentecôte, 14 juillet, 15 août, Toussaint, 11 novembre, Noël, sans que ce repos entraîne aucune diminution de salaire, et, pour le second, qu'en cas de modulation ou d'annualisation, le salarié qui a travaillé un jour férié légal bénéficie d'un repos d'égale durée ; il résulte de l'ensemble de ces dispositions que les jours fériés légaux sont chômés et payés.

Dès lors, fait une exacte application des dispositions conventionnelles le conseil de prud'hommes qui retient que les jours fériés, visés par les articles 23 et 23 bis de la convention collective, qui n'ont pas le caractère de jours ouvrables, ne peuvent être imputés sur les congés payés.

Soc. - 26 janvier 2011.
REJET

N° 09-68.309. - CPH Nancy, 24 juin 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 629

Travail réglementation, durée du travail

Travail à temps partiel. - Formalités légales. - Contrat écrit. - Mentions obligatoires. - Répartition de la durée du travail. - Précision. - Défaut. - Portée.

La clause contractuelle par laquelle le salarié à temps partiel a la faculté de refuser les missions qui lui sont confiées est sans effet sur les exigences légales relatives à la mention dans le contrat de travail de la durée de travail et de sa répartition, et, en l'absence de celle-ci, sur l'obligation pour l'employeur de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte convenue et, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

Soc. - 26 janvier 2011.
REJET

N° 09-71.349. - CA Orléans, 24 septembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 7, 14 février 2011, Jurisprudence, n° 178, p. 319, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Requalification d'un CDD à temps partiel en CDI à temps plein »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 379, p. 341 à 343.

N° 630

Travail réglementation, rémunération

Salaires. - Paiement. - Retenue opérée par l'employeur. - Calcul. - Modalités de décompte. - Détermination. - Portée.

La retenue de salaire doit correspondre au temps exact de la cessation de travail.

Doit par suite être cassé le jugement d'un conseil de prud'hommes qui, pour calculer la retenue de salaire en raison d'un samedi de repos et d'un dimanche non travaillé, se fonde sur le délai de carence prévu par la convention d'entreprise pour le complément de salaire en cas de maladie ou d'accident, alors que ce délai était sans incidence sur les modalités de décompte de ladite retenue.

Soc. - 26 janvier 2011.
CASSATION

N° 08-45.204. - CPH Quimper, 24 septembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 328, p. 304-305. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1166, p. 32-33, note Catherine Puigelier (« Incidence du délai de carence sur la retenue sur salaire »).

N° 631

Union européenne

Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000. - Article 5 § 3. - Compétence spéciale en matière délictuelle ou quasi délictuelle. - Tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit. - Applications diverses.

Le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage, en vertu de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, la responsabilité délictuelle de son auteur.

Dès lors, encourt la cassation pour violation de ce texte, ensemble l'article 5 § 3 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, un arrêt d'une cour d'appel, statuant sur contredit, qui a retenu qu'une demande d'indemnisation du préjudice résultant la rupture brutale de relations commerciales établies relève de la matière contractuelle au sens de l'article 5 § 1 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001.

Com. - 18 janvier 2011.
CASSATION

N° 10-11.885. - CA Versailles, 10 décembre 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 6, 10 février 2011, Actualité/droit des affaires, p. 366, note Xavier Delpech (« Rupture d'une relation commerciale établie »).

clause attributive de juridiction »). Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 3, mars 2011, commentaire n° 64, p. 25-26, note Nicolas Mathy (« Conflit de juridictions et rupture brutale de relations commerciales établies »), la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4162, p. 21, note Jean-Philippe Bugnicourt (« Mise au point sur la rupture des relations commerciales établies à caractère international »), et La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 9, 3 mars 2011, Études et commentaires, n° 1179, p. 35 à 38, note Diego De Lammerville et Nicolas Aynès (« La nature délictuelle de la responsabilité découlant de la rupture d'une relation commerciale établie n'exclut pas, en matière internationale, l'applicabilité d'une clause attributive de compétence »).

N° 632

Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Acquéreur. - Faculté de rétractation. - Conditions d'information. - Notification de l'acte. - Formes. - Détermination. - Portée.

La remise de l'acte en main propre, même en l'étude notariale, non constatée par un acte ayant date certaine, ne répond pas aux exigences de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation dans sa rédaction issue de la loi du 13 décembre 2000 et ne peut faire courir le délai de rétractation.

3^e Civ. - 26 janvier 2011.

CASSATION

N° 09-69.899. - CA Aix-en-Provence, 24 mars 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Gabet, Rap. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Carbonnier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4154, p. 12, note Alexandre Paulin (« Point de départ du délai de rétractation et remise en main propre de l'acte »).

N° 633

Vente

Résolution. - Clause résolutoire. - Caractère obligatoire. - Défaut. - Constatations. - Portée.

Une cour d'appel qui n'a pas fait application d'une clause résolutoire de plein droit mais qui a constaté la possibilité donnée au vendeur de résoudre la vente dans l'hypothèse où l'acquéreur ne respecterait pas les obligations relatives à son projet de construction mises à sa charge par le contrat a pu en déduire, en l'absence de toute contestation quant à la gravité du manquement, que le dépôt de la demande de permis de construire étant intervenu après l'expiration du délai prévu par la mise en demeure, la résolution de la vente devait être prononcée.

3^e Civ. - 26 janvier 2011.

REJET

N° 08-21.781. - CA Montpellier, 21 octobre 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Nési, Rap. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 80, mars 2011, Actualités, n° 4160, p. 15-16, note Alexandre Paulin (« Précisions sur le pouvoir du juge en matière de résolution judiciaire »).

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **104,70 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **19 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2010, frais de port inclus.

191117420-000511



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