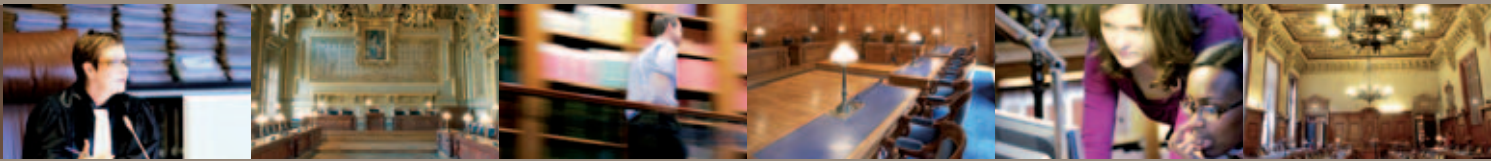


# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 744



*Publication  
bimensuelle*

*15 juin  
2011*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

# Consultez

sur

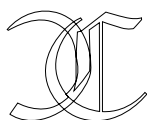
www.courdecassation.fr

*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 17 février 2011, la deuxième chambre civile (*infra*, n° 745) a jugé que « *Le recours incident contre la décision d'un bâtonnier rendue en matière de contestation d'honoraires peut être formé en tout état de cause, même à l'audience tenue par le premier président de la cour d'appel, la procédure étant orale.* »

Approuvant cette décision, présentée comme un revirement de jurisprudence, Bernard Travier et Romain Guichard (*JCP* 2011, éd. G., n° 341, p. 581 et s.) notent que celle-ci, au plan procédural, « *rétablit une véritable égalité entre les parties, la situation antérieure pouvant conduire le défendeur à former un recours de manière systématique, afin de préserver ses droits* » et, au fond, rappelle « *que le juge du fond va apprécier en premier lieu le caractère licite ou illicite d'une clause contenue dans une convention d'honoraires et décider ensuite [soverainement] d'annuler la totalité de la convention selon que la clause litigieuse aura, ou non, un caractère essentiel ou déterminant* ».

## Jurisprudence



Le même jour, la première chambre civile a jugé (*infra*, n° 775) qu' « *une cour d'appel qui relève que l'activité d'une société ayant créé un site internet se borne à structurer et classer les informations mises à la disposition du public pour faciliter l'usage de son service mais qu'elle n'est pas l'auteur des titres et des liens hypertextes, qu'elle ne détermine ni ne vérifie les contenus du site, en déduit exactement que la responsabilité de ce prestataire, fût-il le créateur de son site, qui ne joue pas de rôle actif de connaissance ou de contrôle des données stockées, relève du seul régime applicable aux hébergeurs* ».

Commentant cet arrêt, qu'il relie à décision du même jour concernant la plate-forme d'hébergement vidéo *Dailymotion* (*infra*, n° 774), Christophe Caron (*Communication, commerce électronique*, avril 2011, commentaire n° 32) note que « *C'est donc la notion de rôle actif qui permet de départager ceux qui sont soumis à la responsabilité de droit commun et ceux qui bénéficient de la responsabilité spécifique* ».

## Doctrine



Le 22 février, la chambre criminelle (*infra*, n° 764) a cassé l'arrêt de « la chambre de l'instruction qui, pour annuler la mise en examen d'une personne morale du chef de destruction involontaire du bien d'autrui par l'effet d'un incendie, retient qu'il ne résulte pas de la procédure qu'un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposé par la loi ou le règlement soit à l'origine de l'incendie, alors qu'elle avait relevé que de tels manquements pouvaient avoir effectivement contribué aux destructions résultant de la propagation de l'incendie ».

Commentant cet arrêt, Jean-Christophe Saint-Pau (*Gazette du Palais*, 30-31 mars 2011, *Jurisprudence*, p. 8 à 11) note que cette décision marque « l'avènement d'une responsabilité sans représentation - une responsabilité directe - des personnes morales », évitant ainsi « que l'organisation opaque d'une entreprise, masquant le processus de décision, ne permette d'assurer l'impunité de manquements à la sécurité et à la prudence ».

Enfin, par deux arrêts du 22 avril dernier, l'assemblée plénière a, d'une part, approuvé l'arrêt qui, « ayant relevé que le défendeur à l'instance ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole de cession d'actions dont l'exécution était poursuivie par les demanderesses mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité (...) en a déduit (...) qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle et qu'elle était irrecevable, faute d'avoir été faite à l'encontre des autres parties à l'acte, tiers à l'instance, dans les formes prévues par l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile », d'autre part, cassé, au visa des articles L. 1132-1 et L. 1235-3 du code de travail, « l'arrêt qui juge fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement notifié pendant une période d'arrêt de travail pour maladie à une gardienne d'immeuble dont le remplacement a été assuré par une entreprise prestataire de services ».

# Table des matières

## Jurisprudence

Cour de cassation (\*)

### I. - ARRÊTS PUBLIÉS INTÉGRALEMENT

*Arrêts du 22 avril 2011 rendus par l'assemblée plénière*

*Pages*

Procédure civile ..... 5

Contrat de travail, rupture ..... 30

Instruction ..... 765

Juridictions correctionnelles ..... 766

Lois et règlements ..... 767

Majeur protégé ..... 768-769

Procédure civile ..... 770

Professions médicales et paramédicales ..... 771 à 773

Propriété littéraire et artistique ..... 774-775

Protection des droits de la personne ..... 776

Régimes matrimoniaux ..... 777

Réglementation économique ..... 778

Représentation des salariés ..... 779

Responsabilité délictuelle  
ou quasi délictuelle ..... 780

Saisie immobilière ..... 781

Sécurité sociale, accident du travail ..... 782-783

Sécurité sociale, assurances sociales ..... 784-785

Sécurité sociale, contentieux ..... 786-787

Séparation des pouvoirs ..... 788-789

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

*Numéros*

Action civile ..... 767

Agent immobilier ..... 743

Aide juridictionnelle ..... 744

Avocat ..... 745

Bail commercial ..... 746

Bail d'habitation ..... 747

Cassation ..... 748

Chambre de l'instruction ..... 749-750

Circulation routière ..... 751

Communauté européenne ..... 752

Compétence ..... 753

Conflit de juridiction ..... 754

Contrat de travail, exécution ..... 756

Contrat de travail, rupture ..... 755-756

Convention européenne  
des droits de l'homme ..... 757

Conventions internationales ..... 758

Détention provisoire ..... 749-759

Etranger ..... 760-761

Exécution provisoire ..... 762

Hôpital ..... 771

Impôts et taxes ..... 763

Incendie volontaire ..... 764

4  
•

\* 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. - ARRÊTS PUBLIÉS INTÉGRALEMENT

#### A. - ARRÊT DU 22 AVRIL 2011 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 5
Arrêt	Page 5
Rapport	Page 8
Avis	Page 22

### Procédure civile

*Demande. - Demande reconventionnelle. - Définition. - Portée.*

Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire.

Par suite, ayant relevé que le défendeur à l'instance ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole de cession d'actions dont l'exécution était poursuivie par les demanderesses mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle et qu'elle était irrecevable, faute d'avoir été faite à l'encontre des autres parties à l'acte, tiers à l'instance, dans les formes prévues par l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile.

#### ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Jean-Pierre A..., domicilié (...), 42210 Montrond-les-Bains, contre l'arrêt rendu le 20 mai 2009 par la cour d'appel de Lyon (1<sup>re</sup> chambre civile A), dans le litige l'opposant à :

1<sup>o</sup>) Mme Marinette C..., épouse X...,

2<sup>o</sup>) Mme Marie-Christine X...,

domiciliées toutes deux (...), 38200 Vienne,

défenderesses à la cassation ;

M. A... s'est pourvu en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble (première chambre civile) en date du 8 janvier 2007 ;

Cet arrêt a été cassé le 13 mars 2008 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Lyon, qui, saisie de la même affaire, a statué, par arrêt du 20 mai 2009, dans le même sens que la cour d'appel de Grenoble, par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, par arrêt du 9 septembre 2010, décidé le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière ;

Le demandeur invoque, devant l'assemblée plénière, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de M. A... ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Ortscheidt, avocat de Mmes X... ;

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

(...)

Sur le rapport de M. Frouin, conseiller, assisté de Mme Cohen, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, de la SCP Ortscheidt, l'avis de M. Azibert, premier avocat général, auquel les parties invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 20 mai 2009), rendu sur renvoi après cassation (2<sup>e</sup> Civ., 13 mars 2008, pourvoi n<sup>o</sup> 07-12.597), que Jean X..., agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de porte-fort de cinq autres actionnaires dont Mmes Marinette et Marie-Christine X..., a, selon protocole en date du 18 décembre 1992, comportant une clause de garantie d'actif net, cédé à MM. A... et B... la quasi-totalité des titres représentatifs du capital de la société nouvelle Lacco ; qu'assigné par Mmes X... en paiement du prix des actions leur revenant personnellement aux termes de l'acte de cession, M. A... a soulevé la nullité de cet acte et a sollicité la condamnation des demandresses à lui rembourser une somme représentant le prix des actions qu'il avait déjà versé ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. A... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à voir déclarer caduque la cession d'actions, alors, selon le moyen :

1<sup>o</sup>) que les conclusions d'appel de M. A... faisaient valoir que le protocole d'accord du 18 décembre 1992 prévoyait, en son article 2, que la ratification de la promesse de porte-fort devait nécessairement être matérialisée par la signature des bordereaux de transfert des actions par les cinq actionnaires dont Jean X... s'était porté fort ; qu'en retenant qu'il importait peu que ces bordereaux de transfert ne soient pas versés aux débats, sans rechercher, ainsi qu'elle y était pourtant expressément invitée, si les parties n'avaient pas fait de la signature de ces bordereaux par les actionnaires dont Jean X... s'était porté fort une condition formelle de la ratification de la promesse, excluant toute possibilité de ratification tacite de celle-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1120 et 1134 du code civil ;

2<sup>o</sup>) que, subsidiairement, la ratification tacite de l'acte de porte-fort ne peut résulter que d'actes manifestant de manière certaine et sans équivoque la volonté de ratifier l'engagement pris par le porte-fort ; que la seule absence de protestation du tiers concerné ne peut être interprétée comme une ratification tacite, ce silence étant par définition équivoque ; qu'en déduisant en l'espèce la ratification tacite de la promesse de porte-fort par MM. Marcel X..., Jean Y... et Thierry Z... du fait que la société dont les actions devaient être cédées avait été gérée et administrée par les cessionnaires à compter du mois de janvier 1993 et que la feuille de présence à l'assemblée générale du 30 juin 1993 ne mentionnait pas MM. X..., Y... et Z... comme actionnaires - toutes circonstances impropres à démontrer la connaissance certaine par ces derniers de l'existence même de la promesse de porte-fort et *a fortiori* la ratification de celle-ci -, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1120 du code civil ;

Mais attendu que la ratification de la promesse de porte-fort peut être tacite ; que l'arrêt relève qu'à compter de janvier 1993, la société a été administrée par les cessionnaires, M. A... en devenant le dirigeant, et qu'il ressort tant du procès-verbal de délibération de l'assemblée générale du 30 juin 1993 que de la feuille de présence à cette assemblée que MM. A... et B... en sont devenus les principaux actionnaires, de sorte que les titres de la société leur ont été transférés par les cinq autres actionnaires, avec toutes les prérogatives qui y étaient attachées ; qu'en l'état de ces constatations, desquelles il ressort que ces actionnaires ont tacitement ratifié la promesse de porte-fort souscrite par Jean X..., la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses quatre premières branches :

Attendu que M. A... fait grief à l'arrêt de juger irrecevable la « *demande reconventionnelle en nullité de l'acte de cession d'actions* », alors, selon le moyen :

1<sup>o</sup>) qu'en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation à intervenir sur le premier moyen relatif à la ratification de la promesse de porte-fort entraînera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ce qu'il a déclaré irrecevable la « demande » en nullité formée par M. A..., ainsi que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, cette irrecevabilité étant fondée sur l'existence d'une ratification de la promesse de porte-fort ;

2<sup>o</sup>) que, subsidiairement, constitue une défense au fond et non une demande incidente reconventionnelle, quelle que soit la qualification employée par les parties, tout moyen par lequel le défendeur prétend obtenir le rejet de la demande adverse ; qu'en tant qu'elle tend au rejet de l'action en paiement engagée contre lui par Mmes X..., la « demande » en nullité de l'acte formée par M. A... constitue à ce titre une défense au fond non soumise aux dispositions de l'article 68 du code de procédure civile, relatif aux demandes incidentes ; qu'en déclarant cependant irrecevables « *la demande en nullité de l'acte de cession d'actions présentée par M. A... (...) de même que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net* », la cour d'appel a violé les articles 68, 71 et 72 du code de procédure civile ;

3<sup>o</sup>) que, subsidiairement, aucune règle n'impose au défendeur qui, poursuivi en exécution partielle d'un contrat par certaines parties seulement pour la fraction les concernant, leur oppose la nullité de ce contrat d'appeler



en la cause les autres parties dès lors qu'il n'en déduit de conséquence qu'envers les demandeurs ; que, saisie par Mmes X... d'une demande en paiement du prix de leurs seules actions incluses dans la cession, la cour d'appel ne pouvait dire M. A... irrecevable à leur opposer la nullité de la cession pour faire échec à cette action en paiement sans violer les articles 71 et 72 du code de procédure civile ;

4°) que, plus subsidiairement encore, le principe selon lequel l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté joue exclusivement lorsque le délai de prescription de la nullité de l'acte critiqué est écoulé ; qu'en l'espèce, ainsi que le faisait valoir M. A..., le dol fondant le moyen tiré de la nullité du protocole du 18 décembre 1992 ayant été découvert le 19 mars 1998, le délai de prescription de cinq ans de cette nullité relative n'était pas écoulé lorsque M. A... l'a invoquée par voie d'exception dans des conclusions signifiées le 4 décembre 2002 ; qu'en décidant cependant que l'exécution partielle du protocole litigieux faisait obstacle à l'exception de nullité soulevée par M. A... sans constater que l'action en nullité du protocole était prescrite, la cour d'appel a violé l'article 1304 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que le premier moyen ayant été rejeté, la première branche du moyen, qui invoque la cassation par voie de conséquence, est devenue sans objet ;

Attendu, en second lieu, que constitue une demande reconventionnelle, en vertu de l'article 64 du code de procédure civile, la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ; qu'ayant relevé que le cessionnaire ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité en sollicitant la remise des parties dans l'état antérieur à la signature de l'acte et la condamnation des demanderesses à lui payer une certaine somme en restitution du prix déjà payé, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle et qu'elle était irrecevable, faute d'avoir été faite à l'encontre des autres parties à l'acte, tiers à l'instance, dans les formes prévues par l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa cinquième branche, et le troisième moyen, réunis :

Attendu que M. A... fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net et de le condamner à payer certaines sommes respectivement à Marie-Christine et à Marinette X..., alors, selon le moyen :

1°) que l'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ; que M. A... faisait valoir que la clause de garantie d'actif net stipulait qu' « en cas de diminution de l'actif net d'un montant supérieur à 200 000 francs, l'écart négatif au-delà de 200 000 francs viendra diminuer d'autant le prix de cession des titres » et que, dans la mesure où il était également prévu « qu'au cas où la clause de réduction de prix viendrait à s'appliquer, celle-ci n'affectera que Jean X... » , il était fondé, en l'état de la valeur réelle de l'actif net de la société, à opposer à Mmes X..., en leur qualité d'héritières de feu Jean X..., la réduction du prix de cession à zéro ; qu'en retenant, pour déclarer irrecevable la demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, que celle-ci était indivisible et nécessitait la mise en cause de tous les cédants, cependant que cette garantie ne pesait que sur Jean X... et, par conséquent, sur ses héritières, la cour d'appel a violé les articles 1122 et 1134 du code civil ;

2°) que la clause de garantie d'actif net stipulait que « le bilan au 31 décembre 1992 ou la situation comptable arrêtée au jour de la cession des titres, en cas de dépassement important du délai de régularisation des cessions, sera établi par le cabinet comptable de M. E... précité, dans le délai de soixante jours de la date de cession des titres » ; que cette première étape formelle de la procédure de mise en œuvre de la clause de garantie n'a pu être respectée, M. E... ayant refusé d'arrêter les comptes en raison des irrégularités comptables résultant des agissements frauduleux de Jean X... ; qu'il ne saurait donc être reproché à M. A... de ne pas avoir, de son côté, respecté les étapes subséquentes dans la mise en œuvre de la garantie ; qu'en retenant cependant, pour refuser de faire jouer la clause de garantie d'actif net, que M. A... « n'établit pas avoir procédé au contrôle de l'exactitude des comptes dans le délai imparti et ne produit pas l'arrêté contradictoire qui devait être effectué », la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'abstraction faite du motif surabondant critiqué par le premier grief du moyen, la cour d'appel, qui a relevé que le cessionnaire ne justifiait pas avoir procédé à un contrôle de l'exactitude des comptes et s'était abstenu de produire un arrêté contradictoire des comptes, peu important la carence de l'expert-comptable à établir un bilan comptable, n'a fait qu'appliquer les stipulations du protocole du 18 décembre 1992 en décidant qu'il n'était pas fondé à se prévaloir de la clause de garantie d'actif net ; que le moyen n'est pas fondé ;

#### PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

**Ass. Plén., 22 avril 2011.**

REJET

**N° 09-16.008. - CA Lyon, 20 mai 2009**

M. Lamanda, P. Pt. - M. Frouin, Rap., assisté de Mme Cohen, auditeur - M. Azibert, P. Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Ortscheidt, Av.

# Rapport de M. Frouin

## Conseiller rapporteur

Le pourvoi renvoyé devant l'assemblée plénière de Cour pose principalement la question de savoir si la nullité du contrat invoquée par le défendeur à une action en exécution de ce contrat constitue une demande reconventionnelle ou un moyen de défense au fond.

Subsidiairement, il invite à se demander si une exception de nullité d'un acte juridique peut être valablement soulevée, nonobstant l'exécution totale ou partielle de l'acte, quand le délai de prescription de l'action n'est pas encore écoulé.

Les faits et la procédure se présentent de la manière suivante :

selon un protocole en date du 18 décembre 1992, comportant une clause dite de « *révision du prix et de garantie d'actif net* », Jean X..., actionnaire majoritaire de la société nouvelle Lacco, agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de porte-fort de cinq autres actionnaires, dont Mmes Marinette X... et Marie-Christine X...<sup>1</sup>, a cédé à M. A... et à M. B... la quasi-totalité des actions composant le capital de la société nouvelle Lacco moyennant le prix de 400 000 francs, réglé le 13 janvier 1993 à hauteur de 300 000 francs.

Assigné par Mmes Marinette et Marie-Christine X... en paiement du prix des actions leur revenant personnellement, M. A... a, notamment, soulevé la nullité de l'acte de cession, conclu au rejet de la demande et sollicité la condamnation des demanderesses, en leur qualité d'héritières de Jean X..., à lui payer une somme en restitution du prix déjà versé.

Par jugement du 18 février 2004, le tribunal de grande instance de Vienne a prononcé l'annulation du protocole d'accord du 18 décembre 1992 et condamné Mmes X... à payer à M. A... une certaine somme, à concurrence de leur quote-part respective dans la succession de Jean X...

L'arrêt de la cour d'appel de Grenoble en date du 8 janvier 2007, qui, infirmant le jugement, avait déclaré irrecevable les demandes en nullité et de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net de M. A..., en retenant qu'il appartenait à celui-ci de mettre en cause l'ensemble des cédants, a été cassé, au visa des articles 71 et 72 du code de procédure civile, au motif que la prétention de M. A... constituait une défense au fond.

Par arrêt du 20 mai 2009, la cour d'appel de Lyon, désignée comme cour de renvoi, infirmant le jugement du Tribunal de grande instance de Vienne, a :

- rejeté la demande de M. A... tendant à voir dire que la cession d'actions de la nouvelle société Lacco était caduque ;
- déclaré irrecevable la demande reconventionnelle de M. A... en nullité de l'acte de cession d'actions ainsi que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net ;
- condamné M. A... à payer à Mmes X... une certaine somme, représentant le montant du prix de leurs actions.

Un pourvoi en cassation a été formé par M. A... le 30 juillet 2009.

Le mémoire ampliatif a été déposé le 5 novembre 2009, avec demande en paiement de la somme de 4 000 euros, en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le mémoire en défense a été déposé le 5 janvier 2009, avec demande en paiement de la somme de 3 000 euros, en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt en date du 9 septembre 2010, la deuxième chambre civile, à laquelle avait été transmis le dossier par la chambre commerciale, initialement saisie, a ordonné le renvoi du pourvoi devant l'assemblée plénière de Cour.

**Le pourvoi de M. A... comporte trois moyens**, qui critiquent, respectivement, chacun des trois chefs de l'arrêt attaqué :

**Le premier moyen**, qui critique le chef de l'arrêt attaqué ayant débouté M. A... de sa demande tendant à voir déclarer caduque la cession d'actions de la société nouvelle Lacco, fait d'abord valoir qu'il était soutenu par M. A..., dans ses conclusions d'appel, qu'aux termes du protocole d'accord, la ratification de la promesse de porte-fort devait être matérialisée par la signature des bordereaux de transfert des actions par les actionnaires dont Jean X... s'était porté fort et qu'en conséquence, en s'abstenant de rechercher si les parties n'avaient pas entendu ainsi faire d'une telle signature une condition formelle de la ratification de la promesse, exclusive de toute ratification tacite, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1120 et 1134 du code civil. Subsidiairement, le moyen soutient que la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale en déduisant la ratification tacite de la promesse de porte-fort par MM. Marcel X..., Jean Y... et Thierry Z... d'actes ne manifestant pas de manière certaine et non équivoque leur volonté de ratifier l'engagement pris par le porte-fort.

<sup>1</sup> Les trois autres, non parties à la présente instance, étant Marcel X..., Jean Y..., et Thierry Z....

**Le deuxième moyen** critique le chef de l'arrêt attaqué qui a décidé que la nullité de l'acte de cession invoquée par M. A... était une demande reconventionnelle, donc irrecevable, et que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net était également irrecevable.

Il comporte cinq griefs :

- le premier grief soutient que la cassation à intervenir sur le premier moyen entraînera cassation par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, du chef de l'irrecevabilité de la demande en nullité formée par M. A... et de sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net ;

- subsidiairement, les deuxième et troisième griefs font valoir, d'une part, que la demande en nullité de l'acte de cession formée par M. A... constitue une défense au fond au sens de l'article 71 du code de procédure civile, non soumise par voie de conséquence aux dispositions de l'article 68, alinéa 2 du code de procédure civile, relatif aux demandes incidentes, de sorte qu'en déclarant cette demande irrecevable, la cour d'appel a violé les articles 68, 71 et 72 du code de procédure civile ; d'autre part, qu'aucune règle n'impose au défendeur, poursuivi en exécution partielle d'un contrat par certaines parties seulement pour la fraction les concernant, et qui leur oppose la nullité de ce contrat, d'appeler en la cause les autres parties dès lors qu'il n'en déduit de conséquence qu'envers les demandeurs, de sorte qu'en déclarant irrecevable l'exception de nullité soulevée par M. A... pour faire échec à l'action en paiement, la cour d'appel a encore violé les articles 71 et 72 du code de procédure civile ;

- plus subsidiairement, le quatrième grief allègue qu'en énonçant que l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté, sans constater que l'action en nullité du protocole était prescrite, la cour d'appel a violé l'article 1304 du code civil, dès lors que la règle retenue ne joue que lorsque le délai de prescription de la nullité de l'acte critiqué est écoulé, et que tel n'était pas le cas, en l'espèce, du dol invoqué par M. A... ;

- plus subsidiairement encore, le cinquième grief invoque que la cour d'appel a violé les articles 1122 et 1134 du code civil en retenant, pour déclarer irrecevable la demande de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, que cette clause était indivisible et impliquait la mise en cause de tous les cédants, alors que la garantie ne pesait que sur Jean X... et, par suite, ses héritières, le contrat stipulant « *qu'au cas où la clause de réduction de prix viendrait à s'appliquer, celle-ci n'affectera que M. Jean X...* ».

**Le troisième moyen** critique le chef de l'arrêt attaqué qui a condamné M. A... à payer à Mmes X... une somme représentant le prix de leurs actions, après avoir écarté le moyen de défense tiré de la mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net prévue par le contrat de cession.

Il soutient qu'en refusant de faire jouer cette clause aux motifs que M. A... n'établissait pas avoir procédé au contrôle de l'exactitude des comptes dans le délai imparti et ne produisait pas l'arrêté contradictoire qui devait être effectué, alors que la clause de garantie d'actif net disposait qu'un bilan serait établi par un cabinet comptable dans les soixante jours de la date de cession d'actifs et que ledit cabinet s'en était abstenu en raison d'irrégularité comptables, en sorte que sa carence à faire procéder aux étapes subséquentes ne pouvait être reprochée à M. A..., la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil.

## Discussion

Chacun des moyens critiquant des motifs distincts énoncés selon une séquence précise de l'arrêt attaqué, il importe de les examiner successivement dans le cadre de la discussion, même si c'est le deuxième moyen qui a justifié le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière de Cour et retiendra davantage l'attention.

### 1. - Sur le premier moyen

Il pose la question des modalités de la ratification d'une promesse de porte-fort, la cour d'appel ayant retenu, pour écarter le moyen tiré de la caducité de la cession soulevé par M. A... au motif de l'absence de ratification, une ratification tacite par les cinq actionnaires - dont s'était porté fort M. X... - de la promesse de porte-fort de celui-ci.

Le mécanisme de la promesse de porte-fort (article 1120 du code civil) est bien connu : par un tel acte, une personne promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard (1<sup>re</sup> Civ., 25 janvier 2005, *Bull.* 2005, I, n° 43). L'engagement demeure personnel à son auteur, ce n'est pas une promesse pour autrui (en général impossible, article 1119 du code civil), c'est la promesse du fait d'autrui. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien le tiers ne ratifie pas la promesse, il ne sera alors jamais engagé mais le cocontractant aura un recours contre le promettant dans la mesure du préjudice que lui a causé le refus du tiers, ou bien le tiers ratifie, et il est alors engagé rétroactivement du jour de la promesse de porte-fort (1<sup>re</sup> Civ., 30 janvier 1957, *RTD civ.* 1957, obs. Mazeaud ; 3<sup>e</sup> Civ., 20 décembre 1971, *Bull.* 1971, III, n° 653).

Quelle forme emprunte la ratification ? Il est admis qu'elle n'est soumise à aucun formalisme particulier et que, du reste, elle peut être expresse ou tacite<sup>2</sup>. D'ailleurs, la Cour de cassation censure pour manque de base légale les décisions qui retiennent l'absence de ratification sans rechercher, comme il leur était demandé, s'il n'y avait pas eu de ratification tacite (1<sup>re</sup> Civ., 8 décembre 1998, pourvoi n° 96-22.779 ; Com., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-12.521).

Se peut-il que les parties conviennent, dans l'acte contenant la promesse de porte-fort, que la ratification de la promesse de porte-fort ne pourra résulter que de la réalisation d'une condition qu'elles déterminent ?

<sup>2</sup> J. Mestre, « De la condition de porte-fort », *RTD civ.* 1987, p. 306 et s. ; M. Storck, *Juris-Classeur civil*, article 1120, fascicule unique, promesse de porte-fort, not. n° 30.

Rien ne paraît s'y opposer, ce qui exclut alors toute possibilité de ratification tacite<sup>3</sup>.

- C'est le premier grief du moyen, selon lequel il était soutenu devant les juges du fond que les parties au protocole d'accord avaient fait de la signature des bordereaux de transfert des titres par tous les actionnaires une condition formelle de la ratification de la promesse de porte-fort.

La cour d'appel a écarté implicitement mais de manière certaine l'argument, en constatant que les droits attachés à la propriété des titres avaient été effectivement transférés aux cessionnaires par l'ensemble des actionnaires, nonobstant l'absence de production des bordereaux de transfert des actions.

A-t-elle privé sa décision de base légale, faute d'avoir recherché si le protocole ne faisait pas de la signature des bordereaux de transfert des titres une condition de la ratification de la promesse de porte-fort, comme le soutient le grief du moyen ?

L'article 2 du protocole d'accord disposait : « *la prise de possession des cessionnaires coïncidera avec le transfert de propriété des actions qui sera réalisé au vu d'ordres de mouvement régulièrement signés par les cédants. Les ordres de mouvement devront être transcrits sur le registre des mouvements de la société société nouvelle Lacco* ».

Au vu de ces dispositions, par un motif non argué de dénaturation, la cour d'appel a statué ainsi qu'il vient d'être indiqué, considérant par là même (par une interprétation de la volonté des parties) que les parties n'avaient pas fait de la signature des bordereaux une condition formelle de la ratification.

- Cela étant, la cour d'appel a-t-elle suffisamment caractérisé l'existence d'une ratification tacite de la promesse de porte-fort par les actionnaires dont s'était porté Jean X..., et notamment par ceux des actionnaires qui ne sont pas présents à l'instance (MM. Marcel X..., Y... et Z...) ?

C'est ce qui est discuté par le second grief du moyen, la cour d'appel ayant déduit une telle ratification - selon le grief - de circonstances ne matérialisant pas la connaissance qu'avaient les intéressés de la promesse ni, par suite, la ratification de celle-ci.

La question de la ratification (tacite) étant essentiellement une question de preuve (la preuve d'une volonté réelle et certaine de ratifier), elle relève normalement de l'appréciation souveraine des juges du fond (en ce sens, *cf.* Com., 26 janvier 1970, *Bull.* 1970, IV, n° 31 ; 1<sup>re</sup> Civ., 7 janvier 1992, pourvoi n° 90-12.070)<sup>4</sup>.

Cependant, d'abord, la Cour de cassation exerce, comme sur toute question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, un contrôle de motivation, lequel la conduit à censurer les décisions des juges du fond qui retiennent une ratification tacite sans dire par quels actes cette ratification se serait manifestée (1<sup>re</sup> Civ., 26 novembre 1975, *Bull.* 1975, I, n° 351)<sup>5</sup>.

Ensuite, la Cour de cassation va ici au-delà d'un simple contrôle de motivation, censurant les décisions des juges du fond qui retiennent une ratification tacite sans qu'il se déduise de leurs constatations « *une volonté certaine<sup>6</sup> et non équivoque de ratification* » (1<sup>re</sup> Civ., 26 novembre 1975, *op. cit.* ; 3<sup>e</sup> Civ., 23 juin 2004, *Bull.* 2004, III, n° 130 ; Com., 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-69.305)<sup>7</sup>.

En réalité, la ratification tacite, qui suppose donc un engagement réel et non équivoque, est admise lorsqu'il apparaît que le tiers concerné avait connaissance du contrat et (ou) a adopté un comportement conforme à l'exécution de la promesse de porte-fort (Com., 22 juillet 1986, *RTD civ.* 1987, obs. J. Mestre, p. 306 ; Soc., 24 février 2004, pourvoi n° 01-47.108).

En l'espèce, pour retenir une ratification tacite de la promesse de porte-fort faite par Jean X..., la cour d'appel, après avoir énoncé que la ratification de la promesse de porte-fort n'impose aucun formalisme et qu'elle peut être tacite dès lors qu'elle n'est pas équivoque, a retenu, d'une part, qu'à compter de la moitié du mois de janvier 1993, la société Lacco a été gérée et administrée par les cessionnaires, M. A... en étant le président-directeur général, d'autre part, qu'il ressort tant du procès-verbal de délibération de l'assemblée générale du 30 juin 1993 que de la feuille de présence à ladite assemblée que les actionnaires de la société étaient, notamment, M. A... et M. B..., détenteurs de l'essentiel du capital social. Et elle a ajouté qu'en procédant à la cession de leurs parts sociales, MM. Marcel X..., Y... et Z... ont nécessairement consenti au protocole d'accord.

Il conviendra de déterminer si ces constatations et énonciations suffisent à caractériser une ratification tacite de la promesse de porte-fort et, notamment, s'il s'en déduit un comportement propre à matérialiser l'intention de ratifier.

## 2. - Sur le deuxième moyen

C'est donc ce deuxième moyen qui a justifié le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière de Cour.

<sup>3</sup> Des conditions légales d'engagement peuvent caractériser une telle condition formelle et exclure toute ratification tacite : Com., 27 février 2001, pourvoi n° 98-14.502.

<sup>4</sup> « *Tout d'abord, il faudra savoir quand existe une volonté certaine de ratifier ; c'est là un problème de preuve et d'interprétation de l'intention de l'auteur de l'acte, qui est soumis à l'appréciation souveraine des seuls juges du fond : la preuve de cet acte peut se faire par tous moyens* », M. Storck, *op.cit.* n° 30.

<sup>5</sup> « *Il résulte de ce caractère informel de la ratification qu'il appartient aux juges du fond de relever son existence* » : G. Virassamy, « L'inexécution par le tiers, dont le fait avait été promis de l'intégralité des termes d'un engagement, doit être analysée en une absence de ratification dudit engagement », *JCP*, éd. E, n° 50, 14 décembre 2000, p. 2005.

<sup>6</sup> Il ne peut y avoir de volonté certaine s'il n'y pas de (...) volonté de ratifier, c'est-à-dire d'acte matérialisant une intention de ratifier : « *la cour d'appel, qui n'a pas constaté que Mme X... avait ratifié la prorogation de délai (...), n'a pas donné de base légale à sa décision* » : Com., 25 janvier 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 34 ; dans le même sens, 3<sup>e</sup> Civ., 8 novembre 1978, *Bull.* 1978, III, n° 339.

<sup>7</sup> La rigueur de la jurisprudence dans l'admission de la ratification tacite d'une promesse de porte-fort est critiquée par une partie de la doctrine : J. Hauser, « Acte juridique et déclaration d'incapacité : trop tôt ou trop tard ? », *RTD civ.* 2004, p. 485 ; également, G. Virassamy, *op. cit.*

Il pose essentiellement la question de la qualification, au regard de la distinction défense au fond/demande reconventionnelle, du moyen tiré de la nullité du protocole d'accord opposé par M. A... à la demande en paiement du prix de leurs actions - et, partant, en exécution de ce protocole - présentée par Mmes Marinette X... et Marie-Christine X... (I).

Subsidiairement, si la qualification de défense au fond devait être retenue, il soulève la question des conditions d'application de l'exception de nullité (II).

## **I. - La distinction défense au fond/demande reconventionnelle**

Avant de s'arrêter sur le contenu et le critère de la distinction (B) et d'étudier son application au moyen tiré de la nullité d'un acte juridique opposé à une demande d'exécution de cet acte (C), il importe de rappeler l'intérêt pratique, en l'espèce, de la distinction (A).

### **A. - L'intérêt pratique de la distinction**

Il tient évidemment à ce que le régime juridique des deux voies procédurales n'est pas le même<sup>8</sup>, plus particulièrement à ce que la défense au fond peut être opposée en tout état de cause, présentée à tout moment, et par voie de simples conclusions, ce qui n'est pas (nécessairement) le cas de la demande reconventionnelle.

Plus précisément, car c'est ici l'intérêt de la distinction, tandis que l'article 72 du code de procédure civile dispose que « *les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause* » (sans autre précision ou exigence), l'article 68 du même code énonce, d'abord (alinéa premier), que « *les demandes incidentes [dont les demandes reconventionnelles] sont formées à l'encontre des parties à l'instance de la même manière que sont présentés les moyens de défense* », mais ajoute (alinéa 2) qu' « *elles sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance. En appel, elles le sont par voie d'assignation* ».

En l'espèce, lors de la première instance d'appel devant les juges du fond, la question de la qualification du moyen de nullité soulevée par M. A... au regard de l'alternative défense au fond/demande reconventionnelle n'était pas expressément soumise à la cour d'appel par les parties, et la cour d'appel avait déclaré irrecevable la demande en nullité de l'acte sur la seule considération qu'à raison « *de l'indivisibilité de cette demande, il appartenait à M. A... de mettre en cause l'ensemble des cédants* », en particulier ceux des cédants non parties à l'instance dont Jean X... s'était porté fort, à savoir MM. Marcel X..., Jean Y... et Thierry Z...

C'est ce motif qui a été cassé, le 13 mars 2008, par la deuxième chambre civile, au visa des articles 71 et 72 du code de procédure civile, la deuxième chambre civile retenant que la cour d'appel avait violé ces textes dès lors que « *la prétention de M. A... constituait une défense au fond* ».

Devant la cour d'appel de renvoi, les demanderesses initiales à l'instance ont expressément fait valoir l'application de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile pour conclure que le moyen de nullité qui leur était opposé était irrecevable, dans la mesure où, s'agissant d'une demande reconventionnelle, le texte imposait à M. A... d'appeler à la cause l'ensemble des cédants, et notamment les trois autres actionnaires dont M. X... s'était porté fort dans l'acte de cession.

Et c'est cette argumentation qui a été retenue par la cour d'appel et qui est critiquée par le moyen : après avoir rappelé les dispositions de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile, selon lesquelles les demandes incidentes « *sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance* » et, « *en appel, le sont par voie d'assignation* », la cour d'appel de renvoi, dans l'arrêt attaqué, a qualifié expressément de demande reconventionnelle le moyen de nullité du protocole d'accord soulevé par M. A... ; et, constatant que celui-ci devait appeler à la cause, en application de l'article 68, alinéa 2, ceux des actionnaires non parties à la procédure et qu'il ne l'avait pas fait, elle en a déduit que la demande reconventionnelle en nullité de M. A... était irrecevable.

La Cour est donc directement saisie, par la critique de ce motif, formulée dans la deuxième branche<sup>9</sup> du deuxième moyen, de la qualification, au regard de l'alternative défense au fond/demande reconventionnelle, du moyen tiré de la nullité du protocole d'accord opposé à la demande initiale par M. A..., étant ici précisé que seule est critiquée la qualification de demande reconventionnelle, et non les conséquences juridiques qui en sont déduites au regard de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile.

### **B. - Le contenu (et le critère) de la distinction défense au fond/demande reconventionnelle**

#### *Définitions*

Ces voies procédurales sont ainsi définies par le code de procédure civile :

- constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire (article 71) ;
- constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire (article 64).

Au regard de ces définitions, la distinction est, d'apparence, assez simple : la défense au fond n'a d'autre objet ou finalité que d'obtenir le rejet, comme non fondée, de la prétention adverse, en déniait le droit

<sup>8</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, et C. Chaisnais, *Procédure civile*, Dalloz, 2010, 30<sup>e</sup> édition, n° 304. « *La distinction n'est pas platonique, il s'y attache un certain nombre d'enjeux* », L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec 2009, n° 460, note 101.

<sup>9</sup> La première branche du deuxième moyen, faisant valoir une cassation par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le premier moyen, n'appelle pas en elle-même d'observation.

prétendu de l'adversaire. C'est « un moyen directement dirigé à l'encontre de la prétention du demandeur, pour établir qu'elle est injustifiée, non fondée »<sup>10</sup> ; tandis que la demande reconventionnelle, même si elle est formée en réponse à celle du demandeur, tend à l'obtention d'un avantage particulier qui ne se résout pas dans le seul rejet de la prétention du demandeur. C'est du reste pourquoi elle est qualifiée de *demande*.

Au travers de la distinction ainsi faite, on comprend bien la différence de régime procédural dans la présente affaire : c'est « parce qu'elles s'en prennent au cœur même de la prétention de l'adversaire que les défenses au fond peuvent toujours être présentées facilement (...) c'est ce qui explique qu'elles puissent être proposées en tout état de cause »<sup>11</sup>. Et c'est parce qu'elle consiste en une demande distincte sur laquelle il va être statué que, si la demande reconventionnelle est formée en principe de la même manière que sont présentés les moyens de défense, elle doit être faite à l'encontre des parties défaillante, en première instance, dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance et, en appel, par voie d'assignation, pour qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits de la défense.

#### *Demande reconventionnelle pure et simple et demande reconventionnelle hybride*

Cela étant, la distinction entre défense au fond et demande reconventionnelle est moins simple qu'il n'y paraît dans ses applications pratiques.

Sans doute n'y a-t-il pas de difficulté en ce qui concerne une catégorie de demandes reconventionnelles que la doctrine qualifie de « pures » ou de « pures et simples » et qui ne peuvent se confondre avec une défense au fond, tout simplement parce qu'elles ont un objet propre et n'exercent aucune influence sur le sort de la demande principale. C'est en ce sens qu'elles sont dites pures, ou pures et simples : ainsi, à propos d'une demande reconventionnelle en communication des résultats d'une analyse médicale formée par le client d'un laboratoire auquel celui-ci demandait le paiement d'une facture (1<sup>re</sup> Civ., 4 octobre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 306) ; ou d'une demande reconventionnelle en divorce pour faute en réponse à une demande principale en divorce pour faute, dès lors qu'il n'existe aucune relation entre les deux catégories de fautes.

Mais, le plus souvent, les demandes reconventionnelles sont des demandes hybrides, comme on a pu les qualifier<sup>12</sup>, en ce sens qu'elles mêlent défense et demande, constituent à la fois une défense et une demande, ce qui a pour conséquence de brouiller la distinction entre défense au fond et demande reconventionnelle : « La demande reconventionnelle (hybride) participe à la fois de la notion de défense au fond et de la notion de demande en justice. En effet, dans la mesure où elle tend à neutraliser la demande initiale, à la priver de sens en s'attaquant au fondement même de la prétention adverse, elle s'apparente à la défense au fond, voire même à une fin de non-recevoir. Mais la demande reconventionnelle a également pour objet, ce qui la caractérise, de procurer à son auteur un avantage particulier »<sup>13</sup>. Ainsi en est-il de la demande en dommages-intérêts opposée par le défendeur poursuivi par le demandeur en paiement d'une créance ou de la demande en nullité ou résolution de contrat opposée par le défendeur poursuivi en exécution forcée d'un contrat.

La demande reconventionnelle hybride ne cesse pas d'être, de par sa nature, une demande reconventionnelle. Le cas type en est la compensation judiciaire (Com., 26 mai 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 172) : « La demande en compensation est une défense, puisque, si elle est admise, il y aura rejet de la demande initiale ; mais elle est judiciaire, et c'est la fonction d'attaque, car, à l'occasion de sa défense, le défendeur devra soumettre au juge un autre rapport d'obligation dont il tire argument pour ne pas payer sa dette ; en opportunité, on comprend qu'il soit logique de relier les deux rapports d'obligation pour, éventuellement, les compenser. Mais juridiquement, le second rapport d'obligation devra passer par une demande reconventionnelle »<sup>14</sup>.

#### *Moyens de défense de qualification incertaine*

Encore convient-il qu'on soit en présence d'une véritable demande reconventionnelle, et non d'une simple défense au fond qui a pu être présentée comme une demande (reconventionnelle) par le défendeur ou que le juge a pris pour une demande reconventionnelle quand elle n'était qu'une défense au fond.

La jurisprudence fourmille d'exemples dans lesquels une demande faussement qualifiée de demande reconventionnelle est requalifiée par la Cour de cassation en défense au fond : ainsi, dans une hypothèse où le défendeur, qui était poursuivi par une association, mise en liquidation judiciaire, en restitution de salaires indus au motif que son contrat de travail apparent était fictif, opposait au liquidateur l'existence d'un mandat qui l'avait lié à l'association pour s'opposer à la restitution, il a été jugé que « ne constituent pas une demande reconventionnelle, mais une simple défense au fond, les conclusions par lesquelles il est soutenu qu'une rémunération qualifiée à l'origine de salaire et perçue avant le jugement d'ouverture de la procédure collective trouve sa cause dans un contrat de mandat » (Com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-15.928). De même, alors qu'un employeur, pour s'opposer à la réclamation de salariés à titre d'indemnité complémentaire de congés payés, faisait valoir qu'on devait appliquer la règle du 1/12<sup>e</sup> sur le total des heures travaillées prévue par la convention collective, a-t-il été jugé « que la prétendue demande reconventionnelle de l'employeur s'opposait à la demande principale du syndicat et des salariés, qui réclamaient le paiement de l'indemnité complémentaire de congés payés sur la base du 1/10<sup>e</sup> du montant de la prime conventionnelle ; que cette demande ne constituait donc en réalité qu'une défense au fond » (Soc., 4 décembre 1996, pourvoi n° 93-40.339).

<sup>10</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, et C. Chaisnais, *op. cit.*, n° 317.

<sup>11</sup> Y. Desdevises, Les moyens de défense, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 128, n° 56.

<sup>12</sup> J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Domat, Coll. Montchrestien, 2010, n° 110.

<sup>13</sup> R. Génin-Méric, *Juris-Classeur procédure civile*, Demandes reconventionnelles, fasc. 132, n° 3.

<sup>14</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, et C. Chaisnais, *op. cit.*, n° 304, note 2.

La situation en sens contraire, de demandes reconventionnelles inexactement qualifiées de défenses au fond, se rencontre également<sup>15</sup>, « *signe de la difficulté, parfois, de distinguer demande reconventionnelle et défense au fond* »<sup>16</sup> (par ex. : 3<sup>e</sup> Civ., 18 décembre 1991, *Bull.* 1991, III, n° 320 ; 1<sup>re</sup> Civ., 3 décembre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 298), ce qui invite à se demander, dans les hypothèses où le doute est permis, quel est le critère décisif ou déterminant qui permet de discriminer défense au fond et demande reconventionnelle hybride.

#### *Critère de la distinction*

À cet égard, il a été jugé que « *la demande est caractérisée exclusivement par son objet, et non par les moyens invoqués ; que la prétendue demande reconventionnelle de la société..., fondée sur une argumentation s'opposant à celle présentée à l'appui des demandes principales, ne constitue qu'une défense au fond* » (Soc., 15 juin 1995, pourvoi n° 92-40.078).

En d'autres termes, quand la prétention du défendeur n'a pour objet que de contredire directement le droit invoqué par le demandeur pour obtenir le rejet de sa demande, la « demande » du défendeur constitue une défense au fond, quand bien même il l'aurait mal qualifiée ou prétendrait qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle.

Dans le même ordre d'idées, d'autres décisions, s'appuyant sur la définition même de la demande reconventionnelle, retiennent que la prétention du défendeur constituait une défense au fond « *dès lors qu'elle ne tendait pour le défendeur à aucun autre avantage que le simple rejet de la prétention adverse* » (3<sup>e</sup> Civ., 3 mai 2001, *Bull.* 2001, III, n° 57 ; Soc., 10 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.694).

C'est du reste ce dernier critère qui paraît (logiquement) décisif à la Cour de cassation (3<sup>e</sup> Civ., 18 mai 2004, pourvoi n° 03-11.920)<sup>17</sup>, aussi bien qu'à l'ensemble de la doctrine : « La recherche, par le défendeur, d'un avantage distinct du rejet de la demande principale caractérise la demande reconventionnelle »<sup>18</sup> ; « même lorsqu'il advient, par coïncidence, qu'une demande reconventionnelle constitue *une défense à l'action principale*, de telles variations ne brouillent pas la définition de la demande reconventionnelle, dont le trait spécifique est de procurer à son auteur un profit autre que le simple rejet de la demande principale »<sup>19</sup> ; « *ce qui est certain*<sup>20</sup>, c'est que, pour qu'il y ait demande reconventionnelle, il faut que la demande présentée ajoute « *un avantage* » au simple rejet de la demande initiale. Si le défendeur, en se défendant, présente une demande qui, si elle est acceptée, n'ajoute rien au rejet de la prétention adverse, il y a défense au fond »<sup>21</sup>.

#### *Influence de la forme de la demande sur sa qualification juridique*

Est-ce à dire que la manière dont est formulé le moyen de défense ou la *demande* en défense est indifférente à sa qualification au regard de la distinction défense au fond/demande reconventionnelle ?

C'est la position défendue par M. Guinchard, qui observe : « *le seul débouté du demandeur est le signe manifeste qu'il y a défense au fond, quelle que soit, par ailleurs, la manière dont le défendeur présente sa défense* »<sup>22</sup>.

Ce n'est pas toutefois la position de la Cour de cassation.

Encore convient-il (semble-t-il) de distinguer : un moyen de défense qui ne comporte pas de demande, formalisée comme telle, notamment aux fins d'indemnisation, ne peut être regardé comme induisant une demande reconventionnelle de compensation judiciaire. Ainsi a-t-il été jugé, dans une affaire où un bailleur avait assigné un preneur, après son départ des lieux, en paiement de sommes au titre de travaux de réfection et où, tandis que le preneur sollicitait une réduction de la somme due, le jugement avait retenu, pour réduire à une certaine somme l'indemnisation sollicitée, « *que la défense au fond induit une demande reconventionnelle de compensation judiciaire* ». La Cour de cassation a censuré la décision pour modification de l'objet du litige (3<sup>e</sup> Civ., 22 février 2005, pourvoi n° 03-19.960).

Mais ce n'est pas la solution qui est adoptée dans la situation inverse. En réalité, là où la distinction entre défense au fond et demande reconventionnelle est d'appréciation délicate, c'est dans l'hypothèse où, pour tenir en échec une demande en paiement d'une créance présentée contre lui, le défendeur met en cause la responsabilité du demandeur dans l'exécution de ses obligations : s'agit-il d'une défense au fond ou d'une demande reconventionnelle ?

La position de la jurisprudence semble être la suivante :

- si le défendeur ne demande qu'à être déchargé de son obligation, sa prétention constitue, selon la jurisprudence, une défense au fond, et non une demande reconventionnelle (ainsi jugé dans un arrêt de cassation au visa des articles 64 et 71 du code de procédure civile : 3<sup>e</sup> Civ., 3 mai 2001, *Bull.* 2001, III, n° 57 ; dans le même sens, 2<sup>e</sup> Civ., 9 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.675).

<sup>15</sup> « *Envisagée in abstracto, la notion de défense au fond paraît simple. Envisagée in concreto, elle peut sembler d'un maniement plus malaisé. En effet, certaines demandes reconventionnelles présentent un lien si étroit avec la demande de leur adversaire qu'elles peuvent faire penser à une défense au fond* », J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.* n° 128.

<sup>16</sup> L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, note 101.

<sup>17</sup> L'arrêt est d'une parfaite clarté à cet égard : « *La cour d'appel a exactement retenu que la demande par laquelle Mme X... prétendait obtenir un avantage, soit l'annulation du bail, autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire, soit la nullité du congé, constituait, au sens de l'article 64 du code de procédure civile, une demande reconventionnelle, et non une défense au fond tendant à faire rejeter, comme non justifiée, la prétention de l'adversaire* ».

<sup>18</sup> R. Génin-Méric, *op. cit.*, n° 2.

<sup>19</sup> G. Cornu, *Procédure civile*, Thémis, PUF, p. 381. L'auteur cite le cas du bailleur l'emportant sur le preneur qui contestait son droit de reprise en obtenant par voie reconventionnelle la résolution du bail.

<sup>20</sup> Les italiques sont de l'auteur.

<sup>21</sup> S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chaisnais, *op. cit.* n° 304.

<sup>22</sup> *Idem*.

- en revanche, si la prétention du défendeur tend à lui faire reconnaître un droit à indemnisation même d'un montant rigoureusement identique à la somme qui lui est réclamée et, par conséquent, se matérialise dans une demande formelle de dommages-intérêts, elle ne constitue pas une défense au fond, mais une demande reconventionnelle (Com., 26 mai 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 172 ; Com., 16 mars 1999, pourvoi n° 97-13.836 ; 2<sup>e</sup> Civ., 8 mars 2007, *Bull.* 2007, II, n° 60).

Ainsi est-il jugé, en matière de cautionnement, qu'une prétention ayant le même objet - le rejet de la prétention de l'adversaire - peut recevoir deux qualifications différentes selon la manière dont elle présentée ou formulée : « *La caution qui demande à être déchargée de son obligation en raison de la faute commise par le créancier à l'encontre du débiteur principal peut, ou bien, sans prétendre obtenir un avantage autre que le rejet de la prétention de son adversaire, procéder par voie de défense au fond, ou bien, par voie de demande reconventionnelle, demander à être déchargée indirectement, en sollicitant des dommages-intérêts puis la compensation entre le montant de sa dette et celui de ces dommages-intérêts* (Com., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, IV, n° 182 ; 1<sup>re</sup> Civ., 4 octobre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 233 ; confirmé par la chambre mixte du 21 février 2003, *Bull.* 2003, Ch. mixte, n° 3)<sup>23</sup>.

Par conséquent, si le critère déterminant de la distinction entre défense au fond et demande reconventionnelle réside dans la recherche par le défendeur d'un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire, en sorte que le moyen qui n'a d'autre objet que le rejet de la demande principale constitue normalement une défense au fond quelle que soit la manière dont il est présenté ou soutenu, la formalisation par le défendeur de ses prétentions sous la forme d'une demande précisée et surtout chiffrée (i.e. d'une demande reconventionnelle) constitue toujours une demande reconventionnelle, lors même qu'elle ne tendrait, sous une forme indirecte, qu'au rejet de la demande principale<sup>24</sup>.

### **C. - Application de la distinction défense au fond/demande reconventionnelle au moyen tiré de la nullité d'un acte opposé à une demande d'exécution de cet acte**

Le moyen tiré de la nullité d'un acte juridique opposé en défense à une demande d'exécution de cet acte est un peu un cas d'école pour l'illustration de la distinction défense au fond/demande reconventionnelle et de sa relative incertitude. C'est, du reste, souvent celui pris pour exemple par les auteurs pour rendre compte de cette distinction<sup>25</sup>.

#### *Principe de la distinction*

En apparence, là encore, les choses sont simples. Comme l'a résumé un auteur qui a parfaitement posé les termes de l'alternative, de deux choses l'une :

- « *ou bien le défendeur invoque la nullité comme un simple moyen destiné à saper l'un des présupposés de la demande en exécution adverse. Rien ne lui interdit, alors même que le contrat aurait été partiellement exécuté, de limiter sa contestation au fait que la convention ne soit pas légalement formée au sens de l'article 1134, alinéa premier, du code civil. Ce faisant, il contredit directement la prétention du demandeur, qui tend à faire admettre la force obligatoire du contrat, et conclut à ce qu'elle soit dite mal fondée. Soulevant une pure défense au fond (article 71 du code de procédure civile), il ne requiert seulement du juge qu'il refuse de collaborer à l'exécution du contrat (...)* ;

- *ou bien le défendeur élève une véritable prétention et réclame, au-delà de la seule prise en considération de l'illicéité du contrat, que le juge ordonne le prononcé de la nullité et un retour concret au statu quo ante. L'exception de nullité se transforme alors en une véritable demande reconventionnelle (article 64 du code de procédure civile), parce qu'il prétend obtenir du juge un avantage autre que le simple rejet de la prétention adverse : la destruction rétroactive de l'acte juridique »<sup>26</sup>.*

En somme, soit le défendeur se borne à opposer au demandeur à l'exécution d'un contrat la nullité de celui-ci pour conclure au rejet de sa demande, et le moyen ainsi soulevé est une défense au fond, soit, il demande au juge de prononcer la nullité de l'acte invoqué par l'adversaire et dont l'exécution est réclamée par celui-ci, et la demande (en nullité) est une demande reconventionnelle. C'est d'ailleurs le type même de la demande reconventionnelle hybride, qui vise à la fois à faire rejeter la demande initiale et à faire reconnaître un avantage distinct, qui fonde le rejet, comme le notent des auteurs, citant précisément comme exemple « *le défendeur*

<sup>23</sup> Cette position est critiquée par la doctrine, car elle revient gommer la spécificité de la demande reconventionnelle et à brouiller la distinction entre demande reconventionnelle et défense au fond, puisqu'un moyen de défense ayant in fine le même objet peut emprunter les deux voies procédurales. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chaisnais, *op. cit.*, n° 304 ; L. Cadet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 460, note 102 ; J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, n° 128.

<sup>24</sup> En bonne logique, ce qui pourrait distinguer la défense au fond de la demande reconventionnelle dans les hypothèses qui précèdent, c'est la question de savoir si la créance alléguée par le défendeur sur le demandeur initial implique ou non une décision du juge sur son principe et sur son montant. Dans l'affirmative, le moyen de défense tiré d'une telle créance serait une demande reconventionnelle ; dans la négative, il serait une simple défense au fond. Le problème, c'est que, dans la pratique, ce n'est pas toujours simple. Ainsi, en matière de cautionnement, est-il sûr, comme le soutient M. Guinchard (« Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *Mélanges Terré*, PUF 1999, p. 761), que la créance de la caution de l'emprunteur sur son propre créancier (le banquier prêteur) ne nécessite aucune évaluation par le juge ? Si la caution invoque à l'encontre de son créancier la violation d'obligations que la loi ne met à sa charge qu'envers la caution elle-même, peut-être. Mais si la caution invoque des fautes commises par la banque à l'égard du débiteur principal, rien n'est moins sûr : « *Faire échec à l'action en paiement du créancier en se prévalant de la faute commise par ce dernier à l'égard du débiteur (et non pas de la caution), n'est-ce pas, en fait, chercher à faire juger, sans le dire, que la dette résultant de cette faute libère d'autant la caution de son propre engagement, à la manière d'une compensation : c'est bien un avantage autre que le simple rejet de la prétention adverse* ». L. Cadet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 460, note 102 ; dans le même sens, J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, n° 128.

<sup>25</sup> J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, n° 109.

<sup>26</sup> Y.-M. Serinet, « Spécificités du contentieux contractuel », *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> octobre 2009, n° 4, p. 1516.



qui répond par une demande (reconventionnelle) en nullité à une demande initiale en exécution du contrat ; s'il réussit, il fait coup double : rejet de la demande en exécution, et - avantage supplémentaire - nullité du contrat »<sup>27</sup>.

Il suffirait donc d'avoir égard à la forme procédurale dans laquelle est présenté le moyen de défense tiré de la nullité de l'acte juridique dont l'exécution est réclamée pour déterminer s'il s'agit d'une défense au fond ou d'une demande reconventionnelle.

#### Interrogations sur l'application du principe de distinction

En réalité, ce n'est pas aussi simple que cela.

D'abord, il est permis de se demander si tout moyen de nullité de l'acte juridique en cause opposé à la demande d'exécution de cet acte n'inclut pas par lui-même une demande (reconventionnelle ?) en nullité dudit acte. Un auteur se l'est demandé<sup>28</sup>, citant en ce sens H. Solus et R. Perrot : « En réalité, même si le défendeur ne le dit pas formellement dans ses conclusions, il s'agit d'une véritable demande reconventionnelle, dès lors que le moyen allégué tend à faire porter la contestation sur la validité ou l'existence du contrat »<sup>29</sup>. Un autre auteur l'affirme avec force et conviction en utilisant toutefois le conditionnel : « L'exception de nullité élargit donc la saisine du juge, qui, outre le bien-fondé de la demande d'exécution, doit examiner la validité de l'acte. Il ne s'agirait pas, à proprement parler, d'une défense au fond par laquelle le défendeur se contente de demander le rejet de la demande initiale, dans la mesure où, pour se voir dispenser de l'exécution, il doit obtenir la nullité de l'acte. En ce sens, l'exception constituerait une véritable demande reconventionnelle, c'est-à-dire une demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire et, plus précisément, une demande reconventionnelle hybride qui constitue à la fois une défense et une demande »<sup>30</sup> ; et le même auteur d'ajouter, citant H.-L. et J. Mazeaud et F. Chabas<sup>31</sup> : « Finalement, l'exception de nullité n'est rien d'autre qu'une action en nullité soulevée en défense ».

Ce n'est toutefois pas là la position retenue par la Cour de cassation, laquelle décide depuis longtemps et de manière tout à fait constante que « le moyen tiré de la nullité de l'acte sur lequel était fondée la demande constituait une défense au fond » au sens des articles 71 et 72 du code de procédure civile (1<sup>re</sup> Civ., 6 janvier 1976, *Bull.* 1976, I, n° 5 ; 2<sup>e</sup> Civ., 11 mars 1998, *Bull.* 1998, II, n° 77 ; Com., 26 novembre 2002, pourvoi n° 99-12.611 ; 2<sup>e</sup> Civ., 16 décembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 525 ; 3<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2010, *Bull.* 2010, III, n° 63)<sup>32</sup>.

Par ailleurs, il a été rappelé plus haut que la Cour de cassation n'admet pas normalement le juge du fond à induire d'un moyen de défense une demande qui ne lui a pas été présentée (3<sup>e</sup> Civ., 22 février 2005, *op. cit.*).

Par conséquent, il ne paraît guère douteux que le moyen de nullité, opposé comme une *simple exception*<sup>33</sup> à l'effet de priver de fondement juridique la demande principale pour conclure à son rejet, est une défense au fond<sup>34</sup>.

Est-ce à dire, en sens inverse, que le moyen tiré de la nullité de l'acte sur lequel est fondée la demande constitue (nécessairement) une demande reconventionnelle quand il est formalisé comme une demande tendant au prononcé de la nullité de l'acte, ou (ce qui revient au même) quand il est présenté sous la forme d'une telle demande ?

On pourrait le supposer : nonobstant l'apparente proximité des situations juridiques (moyen ou exception de nullité/demande en nullité), l'enjeu n'est pas le même : dans un cas, il s'agit de faire rejeter l'action en exécution de l'acte intentée par le demandeur, en raison du vice affectant la validité même de l'acte dont l'exécution est réclamée ; dans l'autre, il est demandé au juge de prononcer la nullité *erga omnes* de l'acte invoqué par l'adversaire<sup>35</sup>. Dans la première hypothèse, même si l'acte en cause est réputé invalide dans les motifs de la décision, il subsiste, car il n'est statué dans le dispositif de la décision que sur le bien-fondé de la demande d'exécution ; dans la deuxième hypothèse, la nullité de l'acte est prononcée dans le dispositif de la décision et l'acte disparaît, en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision sur ce point.

On conçoit donc que le moyen tiré de la nullité de l'acte assorti d'une *demande* en nullité de l'acte constitue une demande reconventionnelle, et non une simple défense au fond. Au demeurant, le prononcé de la nullité de l'acte est de nature à caractériser l'*avantage autre* (que le simple rejet de la prétention de son adversaire)

<sup>27</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, et C. Chaisnais, *op. cit.*, n° 304. Dans le même sens, Y. Desdevises, *op. cit.*, n° 5 : « Il ne s'agit pas de nier qu'en fait, les demandes reconventionnelles jouent en certaines circonstances le rôle d'un moyen de défense destiné pour l'essentiel à faire échec à la demande principale. Mais la forme procédurale de la demande reconventionnelle lui donne une portée particulière. Ainsi, le défendeur qui, assigné en exécution d'un contrat, en réclame reconventionnellement la nullité cherche essentiellement à repousser la prétention du demandeur. Mais en formant une demande reconventionnelle, il obtiendra une décision statuant précisément sur la prétendue nullité du contrat ».

<sup>28</sup> « Si le défendeur se contentait d'opposer la nullité sans rien réclamer d'autre, le moyen pourrait s'analyser en une pure défense au fond, sauf à considérer que dans ce cas, même si les conclusions ne le disent pas formellement, le moyen tend à faire statuer sur la validité ou l'existence du contrat », Y. Desdevises, *idem*.

<sup>29</sup> *Droit judiciaire privé*, Sirey, tome II, n° 458, p. 510, note 2.

<sup>30</sup> D. Vich-Y. Llado, « L'exception de nullité », *Répertoire Defrénois* 2000, n° 22, p. 1265.

<sup>31</sup> *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998, p. 320, n° 326.

<sup>32</sup> Certes, dans toutes ces hypothèses, il ne s'agissait pas d'opposer la qualification de défense au fond donnée au moyen à celle de demande reconventionnelle, mais de l'opposer à celle d'exception de procédure ou de dire que le moyen tiré de la nullité de l'acte sur lequel était fondé la demande ne constituait pas une demande nouvelle, irrecevable comme telle en appel, ce qui, sur ce dernier point, revient au même, sous réserve que, le moyen, eût-il été qualifié de demande reconventionnelle, n'aurait pas été nécessairement irrecevable, dès lors que la demande se rattachait par un lien suffisant aux prétentions originaires (article 567 du code de procédure civile).

<sup>33</sup> L'expression de *simple exception* est utilisée dans un arrêt Com., 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-20.288.

<sup>34</sup> C'est du reste la position de la majorité de la doctrine, L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 473.

<sup>35</sup> M. Storck, « L'exception de nullité en droit privé », *Dalloz* 1987, chr. p. 67 et s.

qui constitue la critère de la demande reconventionnelle, comme le notent des auteurs<sup>36</sup>, dont on a vu plus haut qu'ils citent comme exemple type de demande reconventionnelle hybride « *le défendeur qui répond par une demande reconventionnelle en nullité à une demande initiale en exécution du contrat* »<sup>37</sup>. Dans son ensemble, la doctrine paraît en ce sens : « *Au sens plein, la demande reconventionnelle est l'action du défendeur, puisqu'elle ne peut émaner que de lui, d'où son nom, et qu'il la déclenche en tant qu'auteur d'une prétention, au sens de l'article 30, alinéa premier. Les conditions d'exercice du droit d'action alors mis en œuvre seront, du point de vue subjectif, appréciées exactement de la même manière que si le défendeur avait été demandeur initial, les rôles se trouvant en quelque sorte inversés. Ainsi, le plaideur qui ne se contenterait pas de soulever l'exception de nullité relative mais tendrait à faire procéder à l'anéantissement du contrat devrait justifier de son titre à agir comme s'il avait dénoncé l'illicéité a priori* »<sup>38</sup>.

#### *Éléments de solution*

Cependant, comme le relève justement ce dernier auteur au terme de son propos, la jurisprudence ne distingue pas toujours entre les deux hypothèses d'exception de nullité/défense au fond et de demande en nullité/demande reconventionnelle.

Il faut dire que, le plus souvent, le moyen de défense tiré de la nullité de l'acte sur lequel est fondée la demande est formulé de manière imprécise, en ce sens que s'il n'est pas douteux que le moyen fait valoir la nullité de l'acte dont l'adversaire sollicite l'exécution, il est parfois malaisé de déterminer si c'est une *simple* exception de nullité qui est invoquée en défense ou s'il s'agit d'une véritable demande tendant au prononcé de la nullité de l'acte.

Dans ces hypothèses, c'est généralement la qualification de défense au fond qui est retenue par la Cour de cassation, ce qui est logique car une *demande* ne peut être qualifiée telle que pour autant... qu'elle existe vraiment. Par ailleurs, des considérations d'opportunité peuvent venir en soutien de cette solution, puisque, à chaque fois ou presque, elle a pour conséquence la censure, au visa de l'article 564 du code de procédure civile, d'une décision qui avait déclaré irrecevable comme nouvelle un moyen de nullité soulevé pour la première fois en appel.

Cependant, il semble bien que certaines fois, même quand une véritable demande en nullité d'un acte juridique paraissait présentée par le défendeur à une demande d'exécution de l'acte, il a pu être jugé que la *demande* constituait en réalité une défense au fond. Ainsi un auteur note-t-il, à propos des demandes qui, destinées à faire écarter les prétentions adverses, sont jugées recevables au regard de l'article 564 du code de procédure civile (lequel prohibe les demandes nouvelles en appel) : « *L'exemple le plus classique est sans doute constitué par la demande en nullité du contrat dont l'adversaire réclame l'exécution, d'autant plus recevable qu'à ce stade de la procédure, même expressément formulée comme une demande, elle dégénère en moyen* »<sup>39</sup>.

Les arrêts cités par cet auteur pour illustrer son propos ne sont pas absolument déterminants (2<sup>e</sup> Civ., 11 mars 1998, *Bull.* 1998, II, n° 77, et 16 décembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 525), dans la mesure où il n'en résulte pas de manière certaine que le moyen de défense tiré de la nullité était formulé comme une demande. Certes, dans l'un et l'autre cas, le moyen était soulevé en appel par l'appelant et pouvait apparaître ainsi comme une demande, mais il n'en résultait pas nécessairement que c'était une demande tendant au prononcé de la nullité qui était présentée, car, comme on l'a justement relevé, « *la qualité de défendeur originaire du demandeur à la reconvention est conservée devant la cour d'appel, qu'il soit intimé ou appelant* »<sup>40</sup>.

Cela étant, il a été précisément jugé, au moins dans une espèce, que la « *demande en annulation du contrat, qui tendait à faire écarter la prétention adverse en paiement de la peine stipulée par ce contrat* », n'avait pas le caractère d'une *demande*, qu'il s'agissait donc (même si l'arrêt ne le dit pas) d'une défense au fond (1<sup>re</sup> Civ., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-14.212).

La solution peut d'autant plus surprendre qu'eût-elle été qualifiée de demande reconventionnelle, la demande en annulation du contrat n'était pas irrecevable pour autant, dès lors qu'elle se rattachait aux prétentions originaires par un lien suffisant et qu'il résulte de l'article 567 du code de procédure civile que les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel.

Ainsi, même quand une demande en nullité d'un acte, formulée comme telle, est opposée en défense à une demande d'exécution dudit acte, il y a lieu, semble-t-il, de rechercher si, par-delà la formulation adoptée, la *demande* n'est pas en réalité une simple exception de nullité qui tend seulement à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire, c'est-à-dire une défense au fond (au sens de l'article 71 du code de procédure civile).

Reste que la solution est différente quand le défendeur ne se borne pas à opposer à son adversaire la nullité de l'acte sur lequel celui-ci se fonde, mais entend tirer toutes les conséquences de cette nullité en sollicitant la restitution de ce qui a pu être versé en application de l'acte juridique en cause : « *La prétention du défendeur*

<sup>36</sup> *Op. cit.*, n° 304, note 3.

<sup>37</sup> Dans le même sens, P. Hoonakker, « Demandes additionnelle et reconventionnelle », n° 311, in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2009/2010. L'auteur cite également comme exemple de demande reconventionnelle hybride « *le défendeur poursuivi en exécution forcée d'un contrat qui demande reconventionnellement sa nullité ou sa résolution* ».

<sup>38</sup> Y.-M. Serinet, « la qualité du défendeur », *RTD civ.* 2003, p. 103. Voir également, L. Cadiet et E. Jeuland : « *Il est vrai que la demande reconventionnelle peut parfois jouer le rôle d'un véritable moyen de défense : il n'est que de songer au débiteur qui, assigné en paiement d'une dette contractuelle, agit reconventionnellement en nullité de la convention ; s'il obtient gain de cause, la demande initiale sera ipso facto jugée mal fondée. La demande reconventionnelle n'emprunte pas pour autant la nature d'un moyen de défense ; elle est et demeure toujours une variété de demande incidente...* » : *op. cit.*, n° 472.

<sup>39</sup> Y. Petel-Teyssié, *Répertoire de procédure civile*, demandes nouvelles, janvier 2008, n° 63.

<sup>40</sup> R. Génin-Méric, *op. cit.*, n° 17.

va alors au-delà d'une simple défense. Non seulement il soutient qu'il ne doit pas fournir la prestation que lui réclame le défendeur, mais encore, il sollicite autre chose du juge : la restitution de ce qu'il a versé auparavant en vertu du contrat. Le défendeur a formé une demande reconventionnelle »<sup>41</sup>.

En d'autres termes, si l'on peut hésiter sur la qualification, au regard de la distinction défense au fond/demande reconventionnelle, du moyen de défense tiré de la nullité d'un acte juridique même apparemment qualifié de demande en nullité, il ne paraît plus y avoir de doute quand le moyen est assorti d'une demande de restitution de ce qui avait été payé sur le fondement de cet acte juridique : d'abord, parce qu'une telle demande paraît caractériser l'avantage autre (que le simple rejet de la demande principale), qui constitue le critère de la demande reconventionnelle ; ensuite, parce que le moyen de défense tiré de la nullité caractérise nécessairement une demande (reconventionnelle) en nullité, dès lors qu'il faut passer par une décision sur la validité de l'acte en cause pour qu'il puisse être statué sur la demande en restitution : « *Le défendeur qui, assigné en exécution d'un contrat, en réclame reconventionnellement la nullité cherche essentiellement à repousser la prétention du demandeur. Mais, en formant une demande reconventionnelle, il obtiendra une décision statuant précisément sur la prétendue nullité du contrat ; une telle décision lui serait indispensable s'il voulait par exemple obtenir la restitution de ce qu'il a versé en vertu du contrat* »<sup>42</sup>.

Ainsi a-t-il été jugé, dans une espèce où les demandeurs au pourvoi faisaient valoir la méconnaissance par l'arrêt attaqué de la règle du caractère perpétuel de l'exception de nullité, « *que l'arrêt ayant constaté que la demande formée par MM. X..., qui invoquaient la nullité de la convention du 18 septembre 1987, était une demande reconventionnelle, puisqu'ils sollicitaient la condamnation de M. Y... à leur rembourser les sommes versées au titre de cette convention, comme conséquence de la nullité invoquée, et que cette demande ne constituait dès lors pas une simple exception ayant pour objet de faire écarter la demande principale* » (Com., 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-20.288)<sup>43</sup>.

Il suit de ces éléments qu'une demande de restitution, de remise en état dont est assorti le moyen de défense tiré de la nullité d'un acte aurait pour effet d'ancrer inéluctablement un tel moyen de défense dans la demande reconventionnelle.

Il faut toutefois prendre en compte la règle posée par la Cour selon laquelle « *la nullité, qu'elle soit invoquée par voie d'action ou par voie d'exception, emporte, en principe, l'effacement rétroactif du contrat* » (1<sup>re</sup> Civ., 16 juillet 1998, Bull. 1998, I, n° 251)<sup>44</sup>.

Si la nullité, même invoquée par voie d'exception, emporte disparition rétroactive de l'acte argué de nullité, il en résulte une relative incertitude entre l'exception de nullité et la demande reconventionnelle en nullité<sup>45</sup> dès lors que l'une et l'autre emportent des effets analogues : anéantissement rétroactif de l'acte et restitution des prestations exécutées.

En particulier, le fait pour le défendeur d'invoquer la nullité de l'acte dont l'exécution est poursuivie et d'y ajouter une demande de restitution de sommes versées en application de l'acte nul ne paraît plus décisif pour la qualification de demande reconventionnelle de la prétention du défendeur dès lors que l'exception de nullité en elle-même - simple défense au fond - peut porter les mêmes effets.

Cela signifie-t-il que toute demande reconventionnelle en nullité s'absorbe dans une défense au fond ?

Ce qui est vrai, c'est qu'il n'est plus aussi évident que le demandeur reconventionnel en nullité poursuit l'obtention d'un avantage autre que le rejet de la prétention adverse, si l'exception de nullité lui procure le même résultat.

Mais on peut aussi considérer que, nonobstant une certaine identité d'effets<sup>46</sup>, les deux voies procédurales demeurent essentiellement distinctes et tributaires de l'objet de la demande. Ainsi, une demande reconventionnelle, présentée et formée comme telle, *a fortiori* quand elle est assortie d'une demande de restitutions, ne perdrait pas sa nature juridique de demande reconventionnelle<sup>47</sup> et ne cesserait pas d'être une demande reconventionnelle par cela seul qu'une exception de nullité emporte, en principe, effacement rétroactif de l'acte et d'éventuelles restitutions.

On serait en quelque sorte dans une situation proche de celle précédemment évoquée en matière de cautionnement : le défendeur qui invoque la nullité de l'acte dont l'exécution est poursuivie pourrait procéder par voie de défense au fond (exception de nullité) ou par voie de demande reconventionnelle en nullité<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, n° 110. Dans le même sens, L. Cadiet et T. Jeuland, *op. cit.*, n° 472.

<sup>42</sup> Y. Desdevises, *op. cit.*, n° 5.

<sup>43</sup> Il a pu cependant être jugé, dans une affaire, que le moyen tiré de la nullité du mandat de recherche donné à un agent immobilier, qui tendait au rejet de la demande en paiement par celui-ci du solde de sa commission, constituait une défense au fond, tandis que la demande en remboursement de la somme déjà versée à titre de commission constituait une demande reconventionnelle : 1<sup>re</sup> Civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 00-16.191.

<sup>44</sup> J.-L. Aubert, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », *Études J. Ghestin*, p. 19 et s.

<sup>45</sup> Et même, comme il a été relevé, une confusion inévitable, O. Leroy, « La contestation du contrat », *Cahiers du droit de l'entreprise* 1999, p. 29 et s.

<sup>46</sup> Ainsi, une décision a semblé étendre à une demande reconventionnelle en nullité le caractère perpétuel de l'exception de nullité (Com., 25 mars 1998, Bull. 1998, IV, n° 74).

<sup>47</sup> « *S'il est vrai que la demande reconventionnelle peut parfois jouer le rôle d'un moyen de défense (...), elle n'emprunte pas pour autant la nature d'un moyen de défense* », L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 472.

<sup>48</sup> Mais il est vrai que cette situation est contestée, comme l'est également le risque de confusion entre action (en nullité) et exception (de nullité) : O. Leroy, *op. cit.*

## Conclusion

Dans la présente affaire soumise à l'assemblée plénière, pour juger par le motif critiqué par les deuxième et troisième branches du moyen que *la demande en nullité de l'acte de cession d'actions présentée par M. A..., s'agissant d'une demande incidente reconventionnelle, était irrecevable* comme ne respectant pas les exigences de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile, la cour d'appel a retenu :

*« que M. A..., qui sollicite la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré recevable et bien fondée la demande reconventionnelle d'annulation du protocole d'accord du 18 décembre 1992, entend voir tirer les conséquences de cette nullité, puisqu'il demande à la cour d'ordonner la remise des parties dans l'état antérieur, à sa signature et qu'il sollicite la condamnation de Mmes X..., dans la proportion de leurs droits à succession, à lui payer la somme de 45 734,70 euros (300 000 F), créditée au compte courant d'associé de Jean X... ; que cette demande ne constitue pas une simple exception ayant pour objet de faire écarter la demande principale, mais qu'elle constitue une demande reconventionnelle ».*

Il appartiendra à l'assemblée plénière de déterminer si ce motif encourt la critique au vu des éléments qui précèdent.

## II. - Exception de nullité d'un acte juridique et exécution dudit acte

*Intérêt d'une discussion sur le quatrième grief du deuxième moyen*

Tout en retenant que le moyen de nullité du protocole d'accord soulevé par M. A... constitue une demande reconventionnelle, irrecevable comme telle, par application de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile, faute qu'aient été mis en cause certains des cédants, l'arrêt attaqué ajoute, par un motif surabondant en quelque sorte, que, *« se limiterait-elle à une défense au fond, l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté »*, et que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que les droits attachés à la propriété des actions ont été transférés et que 75 % du prix a été payé.

Ce motif surabondant est critiqué par la quatrième branche du moyen du pourvoi, laquelle fait valoir que la règle dont l'arrêt fait application ne joue que lorsque le délai de prescription de la nullité de l'acte contesté est écoulé, ce qu'il revenait à la cour d'appel de constater.

Il importe d'observer ici de manière liminaire que, contrairement à ce qui est allégué par le mémoire en défense, le grief n'est pas nouveau et - comme tel - irrecevable. Il résulte, en effet, des conclusions récapitulatives de M. A... (page 9) que *« si l'exception de nullité, qui est perpétuelle, ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté, fût-ce partiellement, cette règle ne saurait tenir en échec l'action en nullité relative qui reste ouverte pendant le temps de la prescription, que l'acte argué de nullité ait reçu exécution ou non pendant ce temps »*. Le grief était donc soutenu devant la cour d'appel de Lyon et, par suite, n'est pas nouveau.

Dès lors, si l'assemblée plénière devait considérer que le moyen de défense tiré de la nullité soulevé par M. A... n'avait pas la nature juridique d'une demande reconventionnelle mais constituait une défense au fond et qu'il n'était donc pas irrecevable, il y aurait lieu d'examiner la pertinence de ce grief.

*Position du problème*

Pour appréhender le sens et la portée du grief, il faut partir de la règle traditionnelle, dégagée depuis longtemps de manière prétorienne, selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle<sup>49</sup>. Plus précisément, la règle, exprimée dans la formule latine *« quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum »*, énonce que si les actions (notamment en nullité) sont prescriptibles, les exceptions sont perpétuelles<sup>50</sup>. Par conséquent, le moyen de défense tiré de la nullité d'un contrat ou de tout autre acte juridique peut être opposé à une demande d'exécution de cet acte après l'écoulement du délai de prescription de l'action en nullité.

Cependant, il résulte d'une jurisprudence désormais constante que l'application de la règle (du caractère perpétuel de l'exception de nullité) implique que le contrat n'a pas, même partiellement, été exécuté<sup>51</sup>.

Cette condition d'application de la règle, reprise par toutes les chambres de la Cour sous la formule invariable *« l'exception de nullité peut seulement jouer (ne peut être invoquée que) pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté »* (3<sup>e</sup> Civ., 10 mai 2001, *Bull.* 2001, III, n° 61 ; Com., 6 juin 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 113 ; 2<sup>e</sup> Civ., 19 octobre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 276 ; Soc., 29 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 362 ; 1<sup>re</sup> Civ., 13 février 2007, *Bull.* 2007, I, n° 58), vient encore d'être réaffirmée dans un arrêt récent (1<sup>re</sup> Civ., 17 juin 2010, *Bull.* 2010, I, n° 136).

C'est de cette jurisprudence dont a entendu manifestement faire application la cour d'appel dans l'arrêt attaqué, en retenant que l'exception de nullité (se limitant à opposer un moyen de défense tiré de la nullité de l'acte) ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté et en constatant que, dans l'espèce, elle ne pouvait (donc) être valablement invoquée dès lors que le protocole d'accord avait reçu exécution.

<sup>49</sup> La règle est énoncée dans les arrêts de cassation sous le visa : *« Vu le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle »*, 3<sup>e</sup> Civ., 10 mai 2001, *Bull.* 2001, III, n° 61.

<sup>50</sup> P. Malaurie, L. Eynès, P.-O. Stofferl-Munck, *Les Obligations*, Defrénois, 2009, n° 708.

<sup>51</sup> Cette condition d'application de la règle a été posée pour la première fois par un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1998 (*Bull.* 1998, I, n° 338) ; mais, pour un auteur, cet arrêt marque un retour à une orthodoxie ancienne, un temps oubliée : R. Libchaber, *« Une exception de nullité qui peine à trouver un régime juridique satisfaisant »*, *Revue des sociétés* 2010, p. 99.

Or la question posée par le quatrième grief du moyen est celle de savoir si la condition d'application ainsi énoncée par la jurisprudence (acte juridique qui n'a pas encore été exécuté) *subordonne l'exception de nullité en elle-même ou son caractère perpétuel*.

Le moyen soutient, en effet, qu'elle n'affecte que le caractère perpétuel de l'exception de nullité, et non l'hypothèse où l'exception de nullité est invoquée dans le délai de prescription, comme, est-il ajouté, c'était le cas de l'espèce. L'exception de nullité pourrait donc être invoquée, nonobstant l'exécution de l'acte juridique, dès lors que le délai de prescription n'est pas écoulé.

#### *Éléments de solution*

La réponse à la question dépend essentiellement du fondement juridique de la règle énoncée par la Cour selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté :

- si l'idée qui préside à la règle est qu'il peut être considéré que toute exécution de l'acte serait une forme de confirmation de l'acte nul, alors la condition tenant à ce que l'acte n'a pas encore été exécuté concerne l'exception de nullité en elle-même et est indépendante du point de savoir si la prescription est acquise ou non. En d'autres termes, si l'acte a reçu exécution, peu important qu'on soit encore dans le délai de prescription de l'action, l'exception de nullité ne peut plus être soulevée.

Mais il est discuté par les auteurs que l'exécution de l'acte puisse être regardée (en elle-même) comme une confirmation de l'acte nul. Car « *la confirmation ne se présume pas. Elle doit être expresse ou tacite (article 1338, alinéa 2, du code civil). Lorsqu'elle est tacite, il ne doit pas y avoir de doute sur la volonté de confirmer l'acte, ce qui suppose notamment la connaissance du vice qui l'entache* »<sup>52</sup>. Le rapporteur d'un arrêt cité plus haut et sur lequel on reviendra (1<sup>re</sup> Civ., 17 juin 2010, *Bull.* 2010, I, n° 136) s'exprime dans le même sens : « *Si la confirmation tacite peut résulter de l'exécution du contrat, il faut prouver en outre que cette exécution est effectuée en connaissance de cause* »<sup>53</sup> ;

- si la condition d'application de l'exception de nullité tirée de la non-exécution de l'acte posée par la jurisprudence trouve sa justification non pas dans la théorie des nullités mais, comme il a été soutenu, dans une « *forme d'équité jurisprudentielle* »<sup>54</sup>, elle paraît alors concerner non pas l'exception de nullité en elle-même, mais plutôt son caractère perpétuel et a vocation à jouer seulement au-delà de la prescription. C'est parce que la nullité d'un acte *non exécuté* ne pourrait plus être invoquée en défense à une demande d'exécution de cet acte, après que la prescription est acquise, et compte tenu du caractère inéquitable de la situation, qui pourrait permettre de donner vie à un acte jamais exécuté et peut-être vicié depuis l'origine, qu'est admis le caractère perpétuel de l'exception de nullité : « *Si, en effet, l'exception de nullité pouvait jouer en cas d'exécution du contrat, pratiquement en cas d'exécution partielle, elle priverait la prescription d'une partie de sa portée, en permettant de remettre en cause un contrat dûment exécuté et contre lequel l'action en nullité ne pourrait pourtant pas être admise pour être prescrite* »<sup>55</sup>.

#### *Position de la jurisprudence et de la doctrine*

Relativement à cette alternative et à la question posée par le moyen, si un arrêt pouvait laisser supposer que, peu important la prescription applicable et donc qu'elle soit acquise ou non, « *l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté* » (3<sup>e</sup> Civ., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-11.763), des arrêts récents ont pris position en sens contraire.

Ainsi a-t-il été jugé que « *la nullité (...) est une nullité absolue qui, soulevée par voie d'exception pendant le délai de la prescription trentenaire, est recevable nonobstant l'exécution du contrat de prêt* » (Com., 25 avril 2006, pourvoi n° 05-12.734) ; puis que « *La nullité fondée sur les dispositions de l'article L. 113-8 du code des assurances peut être soulevée par voie d'exception pendant le délai de la prescription biennale nonobstant l'exécution du contrat d'assurance* » (2<sup>e</sup> Civ., 4 décembre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 256).

Et c'est la même solution qui paraît adoptée dans l'arrêt déjà cité (1<sup>re</sup> Civ., 17 juin 2010, *Bull.* 2010, I, n° 136), ainsi motivé : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu que l'acte litigieux était entaché de nullité, que le délai de prescription de l'action était expiré et que le contrat avait été exécuté, en a déduit à bon droit que cette nullité ne pouvait pas **non plus** être invoquée par voie d'exception* ». C'est parce que le délai de prescription était expiré et que le contrat avait été exécuté que la nullité ne pouvait *non plus* être invoquée (après le délai de prescription) par voie d'exception (compte tenu de l'exécution du contrat).

C'est du reste ainsi qu'est comprise la jurisprudence récente : « *Il faut bien comprendre que c'est la seule perpétuité de l'exception de nullité, déduite de l'adage "quae temporalia", que l'exécution partielle interdit, selon une jurisprudence désormais bien assise, mais non la faculté même de faire valoir cette nullité en défense. Rien ne paraît s'opposer, en conséquence, à ce que le moyen tiré de la nullité soit invoqué à*

<sup>52</sup> S. Amrani-Mekki, *Dalloz* 2010, p. 232. Dans le même sens, mais avec quelque paradoxe, J. Migue, *Juris-Classeur Contrats, Distribution*, fasc. 172, n° 262 : « *L'exécution partielle serait une sorte de "confirmation", excluant l'exception de nullité lorsque le délai de l'action est passé. Il faut noter que, à elle seule, l'exécution partielle n'est pas une "confirmation tacite" de l'acte* ».

<sup>53</sup> Mme Dreyfuss-Netter, qui cite F.Terré, Ph.Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, n° 406 : « *Lorsqu'un plaideur veut démontrer la confirmation tacite d'un acte, il ne lui suffit pas d'établir l'existence d'un acte de nature à fonder cette confirmation. Il lui faut encore démontrer qu'au moment de cette exécution, le contractant connaissait le vice et avait l'intention de le réparer. À défaut d'une telle connaissance du vice, l'exécution serait, en effet, dépourvue de signification. L'intention de réparer doit résulter clairement des circonstances. Elle ne se présume pas* ».

<sup>54</sup> R.Libchaber, *Répertoire Defrénois*, Contrats et conventions, 15 décembre 2001, p. 1429.

<sup>55</sup> J.-L. Aubert, *Répertoire Defrénois*, 1999, p. 364 ; dans le même sens, J. Flour, J.-L. Aubert, et E. Savaux, *Les Obligations*, Sirey, tome 1, 2010, n° 356.

*l'intérieur du délai de prescription propre à chaque cause d'annulation, s'il n'y a pas par ailleurs une volonté de confirmation* ». Et le même auteur d'ajouter : « *tant que la prescription n'est pas acquise, le point de savoir si la nullité est sollicitée par voie active ou passive devrait demeurer indifférent à la recevabilité du moyen* »<sup>56</sup>.

La solution est par ailleurs approuvée, au moins par une partie de la doctrine. Commentant un arrêt dont le sens a été vivement discuté par les auteurs<sup>57</sup> mais qui peut tout à fait être interprété dans le même sens que les arrêts qui viennent d'être cités, un auteur a pu ainsi écrire (on le cite intégralement) : « *Si cette interprétation devait l'emporter, l'arrêt aurait au moins l'intérêt de s'assurer que l'exception de nullité peut toujours être opposée, même en cas d'exécution partielle, si le délai de prescription qui atteint l'action n'est pas encore écoulé (qu'il s'agisse d'une nullité absolue ou relative). Mais on se doutait bien de cette solution de bon sens - déjà énoncée par des arrêts antérieurs (...), car on ne verrait pas pourquoi celui qui entend se plaindre du vice d'un acte exécuté en partie pourrait tout à fait le faire par voie d'action mais non par voie d'exception, résultat qui serait proprement absurde. Il est donc au moins un enseignement certain, même s'il est un peu basique : l'exécution partielle, en somme, est un obstacle non à l'exception elle-même, mais à la perpétuité de l'exception. Du reste, cela permet de vérifier du même coup, et à revers, que cet obstacle, lorsqu'il se dresse, ne saurait être fondé sur une pseudo-confirmation induite de l'acte d'exécution partielle du débiteur (car cette exécution devrait bloquer tout autant l'action en nullité, ce dont il ne saurait être question, hors le cas d'une connaissance établie du vice et de la volonté univoque d'y remédier)* »<sup>58</sup>.

L'exécution du protocole d'accord, en l'espèce, pourrait donc ne pas être un obstacle au moyen de défense tiré de la nullité du protocole d'accord si la prescription de l'action en nullité n'était pas acquise.

#### Conclusion sur le cinquième grief du deuxième moyen

Il est nécessaire, en conclusion de ces développements, de s'arrêter brièvement sur le cinquième grief du deuxième moyen, qui se relie aux développements qui précèdent mais est sans doute inopérant, compte tenu des motifs de l'arrêt attaqué critiqués par le troisième moyen.

Il se trouve que le protocole d'accord comportait une clause de garantie d'actif net dont il résulte qu'en cas de diminution de l'actif net d'un montant supérieur à 200 000 F lors de l'arrêté contradictoire des comptes, cet écart négatif, au-delà de 200 000 F, viendra diminuer d'autant le prix de cession des titres objet du présent protocole.

Dans ses conclusions devant la cour d'appel, le cessionnaire demandait, très subsidiairement, par voie d'appel incident et au visa notamment de l'article 564 du code de procédure civile, de constater que l'application de cette clause entraînait la réduction à zéro du prix des actions, compte tenu de ce que l'actif net de la société s'était révélé négatif, ce qui avait pour conséquence le rejet de la demande.

Or, en même temps qu'elle a dit irrecevable, en tant que demande reconventionnelle, la demande en nullité de l'acte de cession d'actions présentée par M. A..., la cour d'appel a également écarté comme irrecevable cette demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net.

C'est ce dernier motif qui est critiqué par la cinquième branche du deuxième moyen, sur la considération que la garantie ne pesait que sur le cédant (Jean X...), et par conséquent sur ses héritières, et qu'il ne pouvait donc y avoir lieu à mise en cause de *tous* les cédants, comme l'a jugé la cour d'appel, qui a ainsi violé les articles 1122 et 1134 du code civil.

La difficulté d'appréciation de ce grief tient à ce que la rédaction de l'arrêt attaqué ne permet pas de savoir précisément si la demande subsidiaire de mise en œuvre de la garantie d'actif net a été déclarée irrecevable en tant qu'elle était une demande reconventionnelle au même titre que la demande en nullité et sur le même fondement (article 68, alinéa 2, du code de procédure civile), ou si elle a été déclarée irrecevable parce que la cour d'appel a considéré que cette clause était *indivisible* et nécessitait par là même la mise en cause de tous les cédants.

Si c'est le premier motif qui doit être pris en compte, comme paraît le comprendre le mémoire en défense, le grief formulé dans la cinquième branche du moyen est le même que celui soutenu dans la deuxième branche du moyen, sauf qu'il concerne cette fois non plus le moyen de défense tiré de la nullité de l'acte, mais la demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, et pose la question de savoir si c'est une défense au fond ou une demande reconventionnelle.

On renverra sur ce point aux développements précédents, sauf à préciser que la question ne se pose pas nécessairement dans les mêmes termes au regard de l'alternative défense au fond/demande reconventionnelle, la demande de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net venant au soutien de conclusions tendant au rejet de la demande principale et ne comportant pas, par elle-même, l'obtention d'un avantage autre que le simple rejet de la prétention des demanderesses.

Si c'est le deuxième motif qui doit être pris en compte, comme paraît le comprendre le mémoire en demande, la question posée est celle de l'indivisibilité de la clause et de la bonne application par l'arrêt attaqué des dispositions contractuelles au regard de l'article 1122 du code civil.

Cela étant, le cinquième grief du deuxième moyen - qui critique donc la décision d'irrecevabilité de la demande de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net - n'est guère opérant, dès lors que, dans la troisième partie des motifs de l'arrêt attaqué, la demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net présentée par M. A... est examinée au fond et écartée par la cour d'appel.

<sup>56</sup> Y.-M. Serinet, *op. cit.*

<sup>57</sup> 1<sup>er</sup> Civ., 20 mai 2009, *Bull.* 2009, I, n° 96.

<sup>58</sup> T. Génicon, « Exception de nullité : nouvelles interrogations à propos de la nullité absolue », *Revue des contrats*, p. 1348.

### 3. - Sur le troisième moyen

Ce sont du reste ces motifs qui sont critiqués par le troisième moyen, grief étant fait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1134 du code civil en refusant de faire jouer la clause de garantie d'actif net aux motifs que M. A... n'établit pas avoir procédé au contrôle de l'exactitude des comptes dans le délai imparti et qu'il ne produit pas l'arrêté contradictoire qui devait être effectué, alors, est-il soutenu, que ces manquements ne peuvent lui être reprochés dès lors que la première étape du processus de vérification des comptes prévu par le contrat, qui consistait dans l'établissement du bilan de la société par un expert-comptable dans un délai de soixante jours, n'a pas été respectée en raison d'agissements frauduleux de Jean X...

Cependant, le moyen ne paraît pas de nature à permettre l'admission du pourvoi, car il est dépourvu de tout fondement pour les raisons suivantes :

le protocole d'accord disposait : « *Le bilan au 31 décembre 1992 ou la situation comptable arrêtée au jour de la cession des titres, en cas de dépassement important du délai de régularisation des cessions, sera établi par le cabinet comptable précité dans le délai de soixante jours de la date de cession des titres (...) les cessionnaires auront la faculté de contrôler par un expert de leur choix et ils disposeront d'un délai de quinze jours pour procéder à cette vérification (...) l'arrêté contradictoire des comptes devra être effectif dans le délai de quinze jours de la clôture de cette vérification* ».

Pour écarter le moyen de défense tiré de la mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, la cour d'appel a donc constaté que M. A... n'établit pas avoir procédé au contrôle de l'exactitude des comptes dans le délai imparti et ne produit pas l'arrêté contradictoire qui devait être effectué, et elle en a déduit que la clause ne pouvait recevoir application, faute que les conditions contractuelles pour une telle application aient été réunies.

En statuant ainsi, la cour d'appel, qui a par ailleurs rappelé les dispositions contractuelles prévoyant l'établissement d'un bilan par un expert-comptable, a nécessairement pris en compte, pour l'écarter, l'argument tiré de ce que l'expert-comptable avait été défaillant, en considérant que cette circonstance ne faisait pas obstacle au contrôle de l'exactitude des comptes et à l'établissement d'un arrêté contradictoire par les cessionnaires ; et, constatant que M. A... n'avait pas satisfait à ces exigences, elle en a logiquement déduit qu'il ne pouvait se prévaloir de la clause.

Loin de violer l'article 1134 du code civil, la cour d'appel n'a fait qu'appliquer les dispositions du protocole d'accord.

#### **Nombre de projet(s) préparé(s) :**

Il est proposé deux projets sur le deuxième moyen du pourvoi.

# *Avis de M. Azibert*

## *Premier avocat général*

M. Jean X..., actionnaire majoritaire et président du conseil d'administration de la SA « Société Nouvelle Lacco », agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de porte-fort de cinq autres actionnaires, dont Mme Marinette C..., épouse X..., et Marie-Christine X..., cédait, par acte du 18 décembre 1992, à MM. A... et B..., 91,36 % du capital social de la SA, au prix total de 400 000 francs.

Le prix de cession, individualisé selon le nombre d'actions de chacun des actionnaires, a été réglé à hauteur de 300 000 francs le 13 janvier 1993 par MM. A... (200 000 francs) et B... (100 000 francs).

Par actes des 11 et 17 janvier 1995, Mmes Marinette C..., épouse X..., et Marie-Christine X... assignaient MM. A... et B..., devant le tribunal de grande instance de Vienne, en paiement du prix de leurs parts sociales.

Par jugement du 27 novembre 1997, le tribunal ordonnait un sursis à statuer dans l'attente de l'issue d'une procédure pénale pendante devant le juge d'instruction de Vienne, à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile déposée le 16 juillet 1993 par MM. A... et B... des chefs de présentation de faux bilan et escroqueries.

Le 20 novembre 2001, à la suite du décès de M. Jean X..., le juge d'instruction de Vienne rendait une ordonnance de non-lieu.

Par conclusions déposées le 26 août 2002, Mmes C..., épouse X..., et X... reprenaient l'instance devant le tribunal de grande instance de Vienne.

Aux termes de leurs conclusions du 14 octobre 2003, les demanderesse sollicitaient la condamnation des défendeurs à leur payer le montant du prix des actions de la SA, les intérêts moratoires avec capitalisation et des dommages-intérêts, ainsi que l'exécution provisoire, le paiement d'une somme sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, et concluaient à l'irrecevabilité des demandes reconventionnelles présentées par M. A..., M. Didier B... n'ayant déposé aucune conclusion.

M. A..., se fondant sur le rapport de M. D..., expert désigné par le magistrat instructeur, qui relevait une surévaluation des actifs de la société (établissant ainsi un dol), concluait au rejet des prétentions des demanderesse, à l'annulation du protocole d'accord et de tous les actes en découlant. Il contestait également la prescription de son action en nullité alors soutenue par les demanderesse et sollicitait la mise en œuvre de la clause de garantie « d'actif net ».

Par jugement du 18 février 2004, le tribunal prononçait l'annulation du protocole du 18 décembre 1992 et condamnait Mmes C..., épouse X..., et X... à notamment payer, à M. A..., à concurrence de leur quote-part dans la succession de M. Jean X..., la somme de 27 786,80 euros.

Par arrêt du 8 janvier 2007, la cour d'appel de Grenoble, relevant qu'il appartenait à M. A... de « *mettre en cause* » l'ensemble des cédants, motif pris de ce que l'action en nullité du protocole, comme l'action subsidiaire de garantie d'actif net, étaient indivisibles, infirmait le jugement entrepris, déclarait l'action en nullité et la demande subsidiaire de M. A... irrecevables et faisait droit aux prétentions des appelantes, hormis sur les dommages-intérêts.

M. A... a entendu se pourvoir en cassation et développer un premier moyen :

« ***Il est fait grief*** à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir déclaré M. Jean-Pierre A... irrecevable à opposer la nullité de l'acte de cession d'actions à deux des cédants agissant contre lui en paiement du prix de leurs actions ;

***AUX MOTIFS QUE*** Jean-Pierre A... ayant, aux termes du protocole dont s'agit, acquis les actions litigieuses de Jean X..., Marinette X..., Marcel X..., Marie-Christine X..., Jean Y... et Thierry Z..., il lui appartenait de mettre en cause l'ensemble des cédants, l'action en nullité du protocole comme l'action subsidiaire en garantie étant indivisibles dans leur exercice ; que l'action en nullité et la mise en œuvre de la clause dite « de garantie d'actif net » engagées par Jean-Pierre A... sont donc irrecevables » (cf. Arrêt, p. 6 § 2) ;

***ALORS, D'UNE PART, QUE*** constitue une défense au fond et non une demande reconventionnelle, quelle que soit la qualification employée par les parties, tout moyen par lequel le défendeur prétend obtenir le rejet de la demande adverse ; qu'en tant qu'elle tendait au rejet de l'action en paiement engagée contre lui, la « demande » de nullité de l'acte invoquée par M. Jean-Pierre A... constituait à ce titre une défense au fond pouvant être soulevée en tout état de cause par le défendeur ; qu'en déclarant irrecevable l'action en nullité de l'acte de cession d'actions engagée par Jean-Pierre A..., la cour d'appel a violé les articles 64 et 71 du nouveau code de procédure civile ;

***ALORS QUE, D'AUTRE PART,*** aucune règle n'impose au défendeur qui, poursuivi en exécution partielle d'un contrat par certaines parties seulement pour la fraction les concernant, leur oppose la nullité de ce contrat d'appeler en la cause les autres parties dès lors qu'il n'en déduit de conséquences qu'envers les demandeurs ; que, saisie par Marinette et Marie-Christine X... d'une demande en paiement du prix de leurs seules actions incluses dans la cession, la cour d'appel ne pouvait dire le défendeur irrecevable à leur opposer la nullité de la cession pour faire échec à cette action en paiement et le condamner à ce paiement sans violer les articles 71 et 72 du nouveau code de procédure civile ».



La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, par arrêt du 13 mars 2008, statuait en ces termes :

« ... Attendu que pour déclarer la demande irrecevable, l'arrêt retient qu'il appartenait à M. A... de mettre en cause l'ensemble des cédants ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la prétention de M. A... constituait une défense au fond, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 janvier 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon... » .

La cour d'appel de Lyon, sur renvoi après cassation, dans l'arrêt attaqué du 20 mai 2009, exposait que M. A... entendait voir tirer les conséquences de la demande en annulation du protocole, en concluait qu'il ne s'agissait pas d'une défense au fond mais d'une demande reconventionnelle ; que, dès lors, il aurait dû faire assigner les autres cédants « présumés » ; en conséquence, elle déclarait irrecevables la demande reconventionnelle en nullité de l'acte de cession d'actions ainsi que la demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, et condamnait M. A... à payer diverses sommes à Mme Marinette C..., épouse X..., et à Mme Marie-Christine X...

Le pourvoi est recevable : l'arrêt, signifié le 11 juin 2009, a fait l'objet d'un pourvoi le 30 juillet 2009, déposé par la SCP Thomas-Raquin et Bénabent pour M. A...

Ledit pourvoi a été distribué le 19 novembre 2009 à la chambre commerciale de la Cour, laquelle a transmis la procédure à la deuxième chambre pour attribution le 18 mai 2010, la deuxième branche du deuxième moyen du mémoire ampliatif, déposé le 5 novembre 2009, étant identique à la première branche du premier moyen soutenu lors du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 8 janvier 2007, cassé par arrêt du 13 mars 2008.

Par arrêt du 9 septembre 2010, la deuxième chambre, au regard de la rédaction du deuxième moyen développé dans le mémoire ampliatif, ordonnait le renvoi devant l'assemblée plénière de la Cour, en application des dispositions des articles L. 431-6 et L. 431-7, alinéa premier, du code de l'organisation judiciaire.

M. A... développe trois moyens de cassation.

Le premier moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir rejeté comme mal fondée la demande de M. A... tendant à voir dire la cession d'actions de la Société Nouvelle Lacco caduque ;

Alors que, d'une part, les conclusions d'appel de l'exposant faisaient valoir que le protocole d'accord du 18 décembre 1992 prévoyait en son article 2 que la ratification de la promesse de porte-fort devait nécessairement être matérialisée par la signature des bordereaux de transfert des actions par les cinq actionnaires dont Jean X... s'était porté fort ; en ne recherchant pas, comme elle y était invitée, si cette signature n'était pas une condition formelle de la ratification, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1120 et 1134 du code civil ;

Alors que, d'autre part, subsidiairement, la ratification tacite de l'acte de porte-fort ne peut résulter que d'actes manifestant de manière certaine et sans équivoque la volonté de ratifier l'engagement pris par le porte-fort ; qu'en retenant des circonstances impropres à démontrer la connaissance certaine par ces derniers de l'existence même de la promesse de porte-fort et *a fortiori* la ratification de celle-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1120 du code civil.

Deuxième moyen :

« Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir déclaré irrecevables "la demande reconventionnelle de M. A... en nullité de l'acte de cession d'actions" ainsi que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net et de l'avoir en conséquence condamné à payer à Mmes Marie-Christine et Marinette X... les sommes respectives de 6 257,57 euros et 2 586,45 euros avec intérêts au taux légal à compter du 28 novembre 1994 et capitalisation des intérêts dans les conditions édictées par l'article 1154 du code civil à compter du 17 janvier 1995 ;

**AUX MOTIFS QU'**« en page 10 de ses conclusions, M. A... écrit : "C'est pourquoi le concluant, loin de les confondre, distingue au contraire l'action en nullité du protocole d'accord invoquée à titre principal d'avec l'exception de nullité de la cession des actions de Mmes X... invoquée subsidiairement pour faire échec à la demande de paiement" » ; attendu que, ce faisant, M. A... indique sans équivoque qu'il présente au principal une action en nullité du protocole et qu'il invoque subsidiairement une exception de nullité de la cession des actions ; que M. A... , qui sollicite la confirmation du jugement « en ce qu'il a déclaré recevable et bien fondée la demande reconventionnelle d'annulation du protocole d'accord du 18 décembre 1992 », entend voir tirer les conséquences de cette nullité, puisqu'il demande à la cour d'ordonner la remise des parties dans l'état antérieur à sa signature et qu'il sollicite la condamnation de Mmes X..., dans la proportion de leurs droits à succession, à lui payer la somme de 45 734,70 euros (300 000 francs), créditée au compte courant d'associé de Jean X... ; que cette demande ne constitue pas une simple exception ayant pour objet de faire écarter la demande principale, mais qu'elle constitue une demande reconventionnelle ; qu'aux termes de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile, les demandes incidentes sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance ; en appel, elles le sont par voie d'assignation ; que le moyen d'irrecevabilité tiré du non-respect de ces dispositions et soulevé par les appelantes ne constitue pas une exception de procédure soumise aux dispositions des articles 73 et 74 du code de procédure civile ; que, s'agissant d'une demande incidente reconventionnelle en nullité d'un acte de cession de parts sociales, les appelantes font valoir à juste titre que M. A... devait faire délivrer assignation

à l'ensemble des parties à l'acte argué de nullité en application de l'article 68, alinéa 2, précité ; que si cette formalité n'était pas nécessaire à l'égard des demanderesse, présentes à la procédure, ainsi que le relève M. A..., en revanche, elle l'était pour les trois autres actionnaires non parties à la procédure ; que M. A... est mal fondé à soutenir qu'il n'avait pas à appeler en cause les autres « *cédants présumés* » (à savoir MM. X..., Y... et Z...) au motif que ceux-ci n'ont pas la qualité de partie à l'acte dont la nullité est invoquée ; qu'en effet, la ratification de l'acte passé par le porte-fort a un caractère rétroactif et remonte au jour de l'acte ratifié, l'obligation du tiers prenant naissance au jour de l'engagement du porte-fort ; que M. A... ne pouvait donc se dispenser de les faire assigner pour formuler sa demande reconventionnelle en nullité ; qu'il y a lieu en conséquence de dire la demande en nullité de l'acte de cession d'actions présentée par M. A... irrecevable, de même que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net ; qu'enfin, ainsi qu'en convient M. A..., l'exception de nullité (se limitant à opposer un moyen de défense tiré de la nullité de l'acte) ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté et que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que les droits attachés à la propriété des actions ont été transférés et que 75 % du prix convenu a été réglé le 13 janvier 1993 par M. B..., lequel s'est engagé à payer le solde de 100 000 francs au plus tard le 31 décembre 1993 » ;

« **ALORS QUE, D'UNE PART**, en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation à intervenir sur le premier moyen relatif à la ratification de la promesse de porte-fort entraînera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ce qu'il a déclaré irrecevables la "demande" en nullité formée par M. A... ainsi que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, cette irrecevabilité étant fondée sur l'existence d'une ratification de la promesse de porte-fort ;

**ALORS QUE, D'AUTRE PART, subsidiairement**, constitue une défense au fond, et non une demande incidente reconventionnelle, quelle que soit la qualification employée par les parties, tout moyen par lequel le défendeur prétend obtenir le rejet de la demande adverse ; qu'en tant qu'elle tend au rejet de l'action en paiement engagée contre lui par Mmes X..., la "demande" en nullité de l'acte formée par M. Jean-Pierre A... constitue à ce titre une défense au fond non soumise aux dispositions de l'article 68 du code de procédure civile, relatif aux demandes incidentes ; qu'en déclarant cependant irrecevables "la demande en nullité de l'acte de cession d'actions présentée par M. A... (...) de même que sa demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net", la cour d'appel a violé les articles 68, 71 et 72 du code de procédure civile ;

**ALORS QUE, DE TROISIÈME PART, subsidiairement**, aucune règle n'impose au défendeur qui, poursuivi en exécution partielle d'un contrat par certaines parties seulement pour la fraction les concernant, leur oppose la nullité de ce contrat d'appeler en la cause les autres parties, dès lors qu'il n'en déduit de conséquence qu'envers les demandeurs ; que, saisie par Mmes X... d'une demande en paiement du prix de leurs seules actions incluses dans la cession, la cour d'appel ne pouvait dire M. Jean-Pierre A... irrecevable à leur opposer la nullité de la cession pour faire échec à cette action en paiement sans violer les articles 71 et 72 du code de procédure civile ;

**ALORS QU'EN OUTRE, plus subsidiairement encore**, le principe selon lequel l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté joue exclusivement lorsque le délai de prescription de la nullité de l'acte critiqué est écoulé ; qu'en l'espèce, ainsi que le faisait valoir M. A..., le dol fondant le moyen tiré de la nullité du protocole du 18 décembre 1992 ayant été découvert le 19 mars 1998, le délai de prescription de cinq ans de cette nullité relative n'était pas écoulé lorsque M. Jean-Pierre A... l'a invoquée par voie d'exception dans des conclusions signifiées le 4 décembre 2002 ; qu'en décidant cependant que l'exécution partielle du protocole litigieux faisait obstacle à l'exception de nullité soulevée par M. Jean-Pierre A... sans constater que l'action en nullité du protocole était prescrite, la cour d'appel a violé l'article 1304 du code civil ;

**ALORS QU'ENFIN, plus subsidiairement encore**, l'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ; que M. Jean-Pierre A... faisait valoir que la clause de garantie d'actif net stipulait qu'"en cas de diminution de l'actif net d'un montant supérieur à 200 000 francs, l'écart négatif au-delà de 200 000 francs viendra diminuer d'autant le prix de cession des titres" et que, dans la mesure où il était également prévu "qu'au cas où la clause de réduction de prix viendrait à s'appliquer, celle-ci n'affectera que M. (Jean) X...", il était fondé, en l'état de la valeur réelle de l'actif net de la société, à opposer à Mmes X..., en leur qualité d'héritières de feu Jean X..., la réduction du prix de cession à zéro ; qu'en retenant, pour déclarer irrecevable la demande subsidiaire de mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net, que celle-ci était indivisible et nécessitait la mise en cause de tous les cédants, cependant que cette garantie ne pesait que sur Jean X... et, par conséquent, sur ses héritières, la cour d'appel a violé les articles 1122 et 1134 du code civil ».

**Troisième moyen** (subsidiaire) : il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné M. A... à payer à Mmes Marie-Christine et Marinette X... les sommes respectives de 6 257,57 euros et 2 586,45 euros avec intérêts au taux légal à compter du 28 novembre 1994, et capitalisation des intérêts dans les conditions édictées par l'article 1154 du code civil à compter du 17 janvier 1995 ;

« **ALORS QUE** la clause de garantie d'actif net stipulait que "le bilan au 31 décembre 1992 ou la situation comptable arrêtée au jour de la cession des titres, en cas de dépassement important du délai de régularisation des cessions, sera établi par le cabinet comptable Michel E... précité, dans le délai de soixante jours de la date de cession des titres" ; que cette première étape formelle de la procédure de mise en œuvre de la clause de garantie n'a pu être respectée, M. E... ayant refusé d'arrêter les comptes en raison des irrégularités comptables résultant des agissements frauduleux de Jean X... ; qu'il ne saurait donc être reproché à M. A... de ne pas avoir, de son côté, respecté les étapes subséquentes dans la mise en œuvre de la garantie ; qu'en retenant cependant, pour refuser de faire jouer la clause de garantie d'actif net, que M. A... "n'établit pas avoir procédé au contrôle de l'exactitude des comptes dans le délai imparti et ne produit pas l'arrêté contradictoire qui devait être effectué", la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ».

Avant d'aborder le deuxième moyen, et plus particulièrement ses deuxième et quatrième branches, il paraît utile d'examiner rapidement les premier et troisième moyens, qui ne présentent pas de grande difficulté.

Le premier moyen sur le porte-fort pose la question de savoir si existait une volonté certaine de ratifier.

Cette question relève de l'interprétation souveraine des juges du fond (1<sup>re</sup> Civ., 7 janvier 1992, pourvoi n° 90-12.070).

En l'état des constatations et énonciations de la cour d'appel, desquelles il ressort que les actionnaires ont tacitement ratifié la promesse de porte-fort souscrite par Jean X..., je ne puis conclure qu'au rejet de ce moyen.

Dans le troisième moyen, le demandeur soutient que la cour d'appel aurait méconnu les dispositions de l'article 1134 du code civil en retenant, pour faire échec à la clause de garantie d'actif net, qu'il n'établissait pas avoir procédé au contrôle de l'exactitude des comptes dans le délai imparti et ne produisait pas l'arrêté contradictoire qui devait être effectué, alors qu'il ne pouvait pas lui en être fait grief dès lors que la première étape de ce processus contractuel, à savoir l'établissement du bilan par l'expert-comptable dans un délai de soixante jours, n'avait pas été respecté du fait des agissements frauduleux de M. Jean X...

En constatant que M. A... ne prouvait pas avoir satisfait aux opérations prévues par l'article 3 du protocole de cession auxquelles était subordonnée la mise en œuvre de la clause litigieuse, les juges du fond, écartant comme inopérant l'argument tiré de la défaillance de l'expert-comptable, ont donc à bon droit considéré que cette clause ne pouvait recevoir application.

Ce moyen me paraît également devoir être écarté.

Sur le deuxième moyen et en l'état de la rébellion des juges du fond, les questions posées à la Cour sont les suivantes :

- une partie poursuivie en exécution d'une convention qui oppose la nullité de celle-ci soulève-t-elle une défense au fond ou forme-t-elle une demande reconventionnelle ?
- la nullité peut-elle être opposée, dans le temps de la prescription, alors que la convention a été en partie exécutée ?

Ce sont donc les deuxième et quatrième branches du deuxième moyen qui retiendront l'attention, la deuxième branche justifiant votre saisine.

Dans leur mémoire en défense, les défenderesses concluent au rejet de la deuxième branche du moyen en exposant que leur adversaire a formé une demande reconventionnelle et non une défense au fond, en ce qu'il prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de sa prétention, en sollicitant notamment la mise en œuvre de la clause de garantie d'actif net.

Sur la quatrième branche, le mémoire en défense expose, d'une part, que l'exception de nullité est irrecevable, le grief, n'ayant pas été invoqué en cause d'appel, étant dès lors nouveau ; que, d'autre part, le grief manque en droit, la convention arguée de nullité ayant été en partie exécutée.

Aux termes de l'article 71 du code de procédure civile, « *constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ».

L'article 64 du même code dispose quant à lui : « *constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ».

À partir de notions qui paraissent simples, une doctrine particulièrement riche, et parfois complexe, a vu le jour, distinguant défense au fond, demande reconventionnelle et demande reconventionnelle hybride, cette dernière se rattachant par un lien suffisant à la demande initiale en ce qu'elle constitue une défense qui lui est opposée<sup>1</sup>.

La défense au fond est donc celle par laquelle le défendeur contredit directement la prétention du demandeur. Elle peut, au terme d'une jurisprudence aujourd'hui constante, être opposée en tout état de cause (3<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2010, *Bull.* 2010, III, n° 63 ; *RTD civ.* 2010, p. 374, note R. Perrot) et être invoquée tant en première instance qu'en appel (1<sup>re</sup> Civ., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-14.212).

En revanche, si le défendeur ne se borne pas à solliciter le rejet pur et simple de la prétention de l'adversaire, l'on se trouve alors en présence d'une demande reconventionnelle. Pour qu'il y ait demande reconventionnelle, il faut donc que la demande présentée ajoute un avantage au simple rejet de la demande initiale.

En l'espèce, alors que la convention a été en partie exécutée, le défendeur, faisant valoir le dol dont il aurait été victime, oppose au principal aux demanderesses la nullité de ladite convention.

En doctrine, deux écoles paraissent s'opposer sur la détermination de l'étendue de la défense au fond au regard de la définition de « *l'avantage autre que le simple rejet* ».

Pour les partisans de la défense au fond :

- selon Serge Guinchard, si le défendeur présente une « demande » qui, si elle est acceptée, n'ajoute rien au rejet de la prétention adverse, il y a défense au fond.

Prenant pour exemple le cas de la caution qui, en défense, demande des dommages-intérêts équivalents au capital dû, S. Guinchard considère que cette demande n'est pas une demande reconventionnelle mais une

<sup>1</sup> S. Guinchard, *Dalloz action* ; Ph. Hoonaker, titre 31, V n° 311.04, 311.33.

défense au fond, par laquelle le défendeur se borne à combattre la prétention du créancier, ce qui correspond très exactement à la définition de la défense au fond en droit processuel et exclut la qualification de demande reconventionnelle ;

« *En présentant sa demande de dommages-intérêts, la caution cherche seulement à annihiler la demande en paiement du créancier, sans rien obtenir de plus, et si ce mode de défense réussit, elle aura fait échec à cette demande en paiement, mais elle n'aura pas obtenu de dommages-intérêts supplémentaires ; son "avantage", processuellement parlant, se confond avec la défense, c'est-à-dire avec le rejet de la prétention de son adversaire et ce rejet seulement (...) la caution n'a pas à former une telle demande, puisqu'elle subit seulement un préjudice dérivé de celui du débiteur principal et que, lorsqu'elle demande des dommages-intérêts équivalents au montant de la dette, c'est une façon de se défendre au fond en réponse à la demande du banquier, et non pas de demander plus que le rejet de la demande en paiement de la dette ; si elle demandait plus, elle demanderait plus que son préjudice, rechercherait par conséquent un avantage autre que le rejet de la prétention du créancier et c'est bien une demande reconventionnelle qu'elle formerait alors<sup>2</sup> ».*

P. Grimaldi précise quant à lui que « *la caution poursuivie qui se borne à refuser de payer ne demande rien d'autre que le simple rejet de la demande principale. Par définition même, ce n'est nullement une demande reconventionnelle qu'elle présente. Psychologiquement et procéduralement, ce qu'elle recherche, c'est un acte négatif et simple : ne pas payer<sup>3</sup> ».*

En l'espèce, il est fait grief au demandeur au pourvoi de ne pas avoir mis en cause l'ensemble des cédants alors que, selon l'arrêt attaqué, ses prétentions devaient s'analyser en une demande reconventionnelle.

P. Grimaldi fait observer que la caution qui a présenté une défense au fond peut se voir obligée d'engager une nouvelle action en justice, ce qui est lourd de conséquences pour le justiciable et multiplie les contentieux.

Pour les partisans de la demande reconventionnelle :

- selon T. le Bars, lorsque le défendeur soutient que le contrat est nul et qu'en conséquence, les versements antérieurs qu'il a effectués doivent lui être restitués, la prétention du défendeur va au-delà d'une simple défense. Non seulement il soutient qu'il ne doit pas fournir la prestation que lui réclame le demandeur, mais encore, il sollicite autre chose du juge : la restitution de ce qu'il a versé auparavant en vertu du contrat. Le défendeur a dès lors formé une demande reconventionnelle.

« *La caution ne se borne pas à dénier l'existence du droit de créance que le banquier prétend avoir contre elle. Bien au contraire, si la compensation est appelée à jouer dans un tel cas, c'est bien parce que la caution doit effectivement de l'argent à son adversaire. Malgré tout, le résultat de cette demande reconventionnelle, si elle aboutit, sera de faire échouer (par compensation) la demande principale du banquier. C'est sans doute ce qui explique que, dans ce type de circonstances, la Cour de cassation ait admis la possibilité, pour la caution, de procéder par voie de défense au fond plutôt que par voie de demande reconventionnelle. Ce genre d'assimilation d'une demande à une défense au fond est, de la part de la Haute juridiction, tout à fait regrettable, car la discipline juridique n'a rien à gagner à une confusion des concepts, quel que soit l'intérêt qu'il peut y avoir à simplifier les procédures<sup>4</sup> ».*

M.-N. Jobard-Bachellier est en désaccord avec la thèse du doyen Guinchard ; pour elle, la compensation légale dont S. Guinchard argue pour considérer qu'il s'agit d'une défense au fond n'est pas si évidente, car ni la connexité des obligations ni la certitude de la dette ne s'imposent<sup>5</sup>.

Pour F. Boucard, commentant l'arrêt de la chambre mixte du 21 février 2003, il semble que ces règles ont vocation à jouer dans toutes les hypothèses où un débiteur poursuivi en paiement se trouve en mesure d'engager la responsabilité de son adversaire.

Ainsi l'acheteur et le locataire pourraient-ils opposer la faute du vendeur ou du bailleur pour échapper à l'action en paiement du prix ou des loyers, sans être contraints de former une demande reconventionnelle.

Toutefois, il critique cette solution car, selon lui-même, lorsque le défendeur cherche exclusivement à paralyser la demande en paiement du créancier, le moyen tiré de la faute de ce dernier s'analyse en une demande incidente. « *La responsabilité du créancier n'est certes qu'un moyen d'aboutir au rejet de la prétention adverse, mais ce détour nécessite la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Saisi d'une telle demande, le juge doit donc apprécier autre chose que le bien-fondé de la demande initiale. L'objet du litige n'est plus le même ; on est donc en présence d'une demande reconventionnelle. Que le défendeur réclame des dommages-intérêts ou la déchéance du créancier à se prévaloir de sa créance, c'est un dédommagement qui est demandé au juge. Quelle que soit sa nature, cette réparation n'est allouée qu'après l'examen par le juge des conditions de mise en œuvre de la responsabilité. La réparation en nature dont il est question ici se distingue de différentes formes de déchéances, dont l'acquisition ne nécessite pas d'autres recherches que le bien-fondé de la prétention du créancier et qui, de ce seul fait, peuvent être opposées par voie de défense au fond<sup>6</sup> ».*

Pour Y.-M. Serinet, la demande reconventionnelle est l'action du défendeur, puisqu'elle ne peut émaner que de lui, d'où son nom, et qu'il déclenche en tant qu' « *auteur d'une prétention* », au sens de l'article 30, alinéa premier. Les conditions d'existence du droit d'action alors mis en œuvre seront, du point de vue subjectif,

<sup>2</sup> S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *Mélanges Terré*, p. 761 et s.

<sup>3</sup> Paul Grimaldi, *Recueil Dalloz* 2000, p. 655.

<sup>4</sup> Thierry le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> édition.

<sup>5</sup> Marie-Noëlle Jobard-Bachellier, *Recueil Dalloz* 2000, p. 340.

<sup>6</sup> François Boucard, « La nouvelle situation procédurale de la caution agissant en responsabilité contre le créancier », *La Semaine juridique, édition générale*, n° 25, 18 juin 2003, II, 10103.

appréciées exactement de la même manière que si le défendeur avait été demandeur initial, les rôles se trouvant en quelque sorte inversés. Ainsi, le plaideur qui ne se contenterait pas de soulever l'exception de nullité relative mais prétendrait procéder à l'anéantissement du contrat devrait justifier de son titre à agir comme s'il avait dénoncé l'illicéité *a priori*.

Or, comme l'indiquent Gérard Cornu et Jean Foyer, la recevabilité des demandes incidentes est déterminée selon les règles applicables à la demande introductive et, en outre, selon des règles particulières<sup>7</sup>.

Pour la cour d'appel, la recevabilité de la demande reconventionnelle tenant dans un premier temps aux conditions relatives aux demandes incidentes, il aurait fallu mettre en cause l'ensemble des cédants ; dès lors, la demande reconventionnelle serait irrecevable.

La jurisprudence de la Cour, outre l'arrêt du 13 mars 2008 de la deuxième chambre civile, est claire et constante. Lorsque le défendeur se borne à opposer la nullité sans prétendre obtenir un avantage autre, il présente alors une défense au fond qui peut être invoquée à tout moment de la procédure (2<sup>e</sup> Civ., 11 mars 1998, *Bull.* 1998, II, n° 77 ; 1<sup>re</sup> Civ., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-14.212).

Le cas particulier de la caution qui, pour s'opposer à la demande formée contre elle, invoque la responsabilité du banquier paraît également intéressant (1<sup>re</sup> Civ., 4 octobre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 233, et chambre mixte, 21 février 2003, *Bull.* 2003, Ch. mixte, n° 3).

La deuxième branche du deuxième moyen fait au principal grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable la demande de nullité de l'acte formé par M. A... tendant à obtenir le rejet de l'action en paiement engagée contre lui, l'irrecevabilité de la mise en œuvre de la garantie d'actif net n'étant relevée que subsidiairement.

Dans ses conclusions récapitulatives n° 2 signifiées le 1<sup>er</sup> avril 2009, en page 10, il est précisé que M. A..., « loin de les confondre, distingue au contraire l'action en nullité du protocole d'accord invoquée à titre principal avec l'exception de nullité de la cession des actions de Mmes X... invoquée subsidiairement pour faire échec à la demande en paiement ».

Enfin, dans l'arrêt attaqué, il est mentionné que « M. A... indique sans équivoque qu'il présente au principal une action en nullité du protocole... ».

En cet état, il n'apparaît pas que M. A... sollicite un avantage autre que le simple rejet de la prétention de ses adversaires.

La défense au fond est fondée sur la nullité de la convention, alors même que cette dernière a connu un commencement d'exécution (quatrième branche).

La cour d'appel relève dans ses motifs que « l'exception de nullité (se limitant à opposer un moyen de défense tiré de la nullité de l'acte) ne peut être invoquée que pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté, et que tel n'est pas le cas en l'espèce... ».

Sur cette quatrième branche du deuxième moyen, le mémoire en défense expose, d'une part, qu'il s'agit d'un moyen nouveau, M. A... n'ayant pas invoqué en cause d'appel un moyen tiré de ce que l'exception de nullité pourrait être invoquée en cas d'exécution partielle tant que l'action en nullité n'était pas prescrite, d'autre part, que le contrat a été partiellement exécuté.

S'il n'est pas douteux que la convention a été en partie exécutée, en revanche, même si la Cour estime que cette branche est nouvelle, car non reprise dans le dispositif des conclusions (en ce sens, *cf.* 2<sup>e</sup> Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-66.152), il y a lieu d'examiner la nullité invoquée par le demandeur au pourvoi en ce qu'elle constitue le fondement de la défense au fond, l'examen au fond du droit, au sens de l'article 71 du code de procédure civile.

Là encore, la doctrine est riche et la jurisprudence paraît arrêtée.

Avant l'écoulement de la prescription de l'action, la nullité peut-elle être invoquée par voie d'exception alors que l'acte a reçu un commencement d'exécution ?

Pour M. Storck, l'exception de nullité par laquelle le défendeur riposte à une demande en exécution d'un acte est, d'un point de vue processuel, « une défense au fond à l'action en exécution d'une obligation<sup>8</sup> ».

Selon D. Vich y llado, l'exception de nullité élargit la saisine du juge qui, outre le bien-fondé de la demande d'exécution, doit examiner la validité de l'acte. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une défense au fond par laquelle le défendeur se contente de demander le rejet de la demande initiale, dans la mesure où, pour se voir dispenser de l'exécution, il doit obtenir la nullité de l'acte. En ce sens, l'exception constituerait une véritable demande reconventionnelle<sup>9</sup>.

Enfin, M. Yves-Marie Serinet<sup>10</sup> précise que c'est la seule perpétuité de l'exception de nullité, déduite de l'adage « *quae temporalia...* », que l'exécution partielle interdit, selon une jurisprudence désormais bien assise, mais non la faculté même de faire valoir cette nullité en défense. Rien ne paraît s'opposer, en conséquence, à ce que le moyen tiré de la nullité soit invoqué à l'intérieur du délai de prescription propre à chaque cause d'annulation, s'il n'y a pas ailleurs une volonté de confirmation. Quoi qu'il en soit, tant que la prescription n'est pas acquise, le point de savoir si la nullité est sollicitée par voie active ou passive devrait demeurer indifférent à la recevabilité du moyen.

<sup>7</sup> Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile*, Thémis, PUF, p. 374 et s.

<sup>8</sup> M. Storck, « L'exception en nullité en droit privé », *Dalloz-Sirey* 1987, chronique, 10<sup>e</sup> cahier.

<sup>9</sup> Dominique Vich y llado, « L'exception de nullité », *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 novembre 2000, n° 22, p.1265.

<sup>10</sup> Yves-Marie Serinet, « Spécificités du contentieux contractuel », *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> octobre 2009, n° 4, p. 1516.

En jurisprudence, l'exception de nullité affecte seulement l'acte qui n'a reçu aucun commencement d'exécution (1<sup>re</sup> Civ., 13 février 2007, *Bull.* 2007, I, n° 58, *Bulletin Joly sociétés*, 1<sup>er</sup> septembre 2007, n° 9, p. 1016, note Hervé Lecuyer ; Com., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-19-583, *Revue des sociétés* 2010, p. 99, noté Rémy Libchaber), et ce n'est qu'en cas de nullité relative que l'exécution de l'obligation découlant d'une convention rend inopposable l'exception de nullité (1<sup>re</sup> Civ., 20 mai 2009, *Bull.* 2009, I, n° 96).

Il convient également d'observer que l'exception en nullité n'éteint pas le droit d'opposer celle-ci comme « exception en défense » à l'action (3<sup>e</sup> Civ., 25 novembre 1998, *Bulletin Joly sociétés*, 1<sup>er</sup> février 1999, n° 2, p. 294, note Laurent Grosclaude).

Cependant, opposer la nullité peut, au sens processuel du terme, ne pas constituer une exception de procédure mais une défense au fond, ce qui est le cas dans la procédure qui est soumise à la Cour.

En ce sens, la décision de la troisième chambre civile du 16 mars 2010 (*Bull.* 2010, III, n° 63) est topique et son commentaire par le professeur R. Perrot (*RTD civ.* 2010, p. 374) est éclairant : « *La Cour de cassation a aiguisé sa plume avec bonheur pour nous offrir une définition qui fera le régal des juristes* : "constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours". *En réalité, le mot "exception", que l'on utilise souvent à tort et à travers, est un legs de la procédure romaine du Bas Empire, à une époque où cette expression désignait tous les moyens de défense à l'aide desquels un plaideur s'efforçait de paralyser de façon indirecte la demande de son adversaire. Il serait téméraire de prétendre que la distinction entre défense au fond et exception ne laisse pas encore subsister des zones d'ombre. Mais quand un texte comme celui de l'article 112 du code de procédure civile, qui exige que la nullité des actes de procédure soit invoquée in limine litis, figure sous un titre consacré à la "nullité des actes pour vice de forme", on s'étonne tout de même qu'il faille l'intervention de la Cour de cassation pour interdire de faire entrer dans cette catégorie un moyen de défense fondé sur un vice du consentement, c'est-à-dire un vice concernant le negotium, et non point l'instrumentum* ».

En l'état, la convention a cependant été en partie exécutée, ainsi que la Cour le relève.

L'ordonnance de non-lieu subséquente au décès de Jean X... n'a pas fait pour autant disparaître les conclusions de l'expert pénal, reprises par les premiers juges, qui ont constaté des manœuvres dolosives.

Bien que la Cour n'ait pas prononcé sur ce point, l'on ne saurait ignorer l'adage « *Fraus omnia corrumpit* ».

La fraude corrompt tout ; il n'importe dès lors que la convention ait été en partie exécutée ; en présence de manœuvres dolosives, la nullité, dans le temps de la prescription, entache, comme l'observe le professeur Perrot, le consentement.

Sur la prescription, il suffit de rappeler que la plainte avec constitution de partie civile a été déposée par M. A... le 16 juillet 1993, alors que l'acte discuté est en date du 18 décembre 1992, que l'ordonnance de non-lieu a été rendue le 20 novembre 2001 et que la nullité du protocole a été invoquée le 4 décembre 2002.

Les premiers juges ont donc écarté, à bon droit, la prétendue prescription (la prescription ayant été interrompue jusqu'à la date du non-lieu), la cour d'appel s'étant abstenue de motiver sa décision sur ce point. En l'espèce, le problème de la perpétuité ne se pose pas.

En l'état, mon avis est à la cassation sur la deuxième et la quatrième branche du deuxième moyen, cette dernière n'étant pas nouvelle, contrairement aux allégations du mémoire en défense (conclusions récapitulatives de M. A..., p. 9).

Mais, au-delà du simple rejet de la prétention de ses adversaires, le demandeur au pourvoi n'a-t-il pas, en réclamant la restitution du prix de leurs seules actions au regard de leurs droits à la succession de Jean X..., également formé une demande incidente reconventionnelle ?

M. A... prétend-il obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ?

Sommes-nous en présence d'une demande incidente reconventionnelle hybride (construction prétorienne) ?

Au regard de la doctrine et de la jurisprudence ci-dessus exposées, la réponse paraît ne pas faire de doute. Nous serions en présence d'une demande reconventionnelle hybride, sauf à proposer une analyse, sans doute hérétique, mais qui souhaite prendre en compte l'intérêt du justiciable au regard de la multiplication des actions en justice pouvant lui être imposées.

Dans l'hypothèse de la demande reconventionnelle, dès lors que la demande de restitution s'analyse en un « avantage autre », la cour pouvait-elle la déclarer irrecevable, motif pris de ce que, en application des dispositions de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile, M. A... « *devait faire délivrer assignation à l'ensemble des parties à l'acte argué de nullité* » ?

Si l'on se réfère à la procédure, il appert que M. A... a formé sa demande en restitution des sommes versées à Mme C... (veuve X...) et X... (fille de Jean X...) en leur qualité d'héritières de Jean X... (conclusions devant la cour d'appel). Cependant, la cour de renvoi n'a pas prononcé sur ce point, se bornant à déclarer la demande reconventionnelle irrecevable.

N'aurait-elle pas dû procéder comme les premiers juges et constater que Mmes X... ne pouvaient être tenues qu'à concurrence de leur quote-part respective dans la succession X..., quitte à ne pas faire droit intégralement aux prétentions de M. A... quant à la restitution de la somme litigieuse ?

C'est le grief ainsi formulé à la troisième branche du moyen et, là encore, à mon avis, l'arrêt attaqué encourt la censure.

Enfin, une approche différente peut être envisagée quant à la solution apportée par la cour d'appel à cette demande reconventionnelle hybride.

La question peut se poser de savoir si l'on est véritablement en présence d'un « *avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ».

Pour y répondre, il convient de se rapporter au raisonnement tenu par le recteur S. Guinchard sur la caution et à la décision de la chambre mixte du 21 février 2003 (v. *supra*).

Que souhaite le défendeur en présentant les demandes de nullité et de restitution, à hauteur du montant de la quote-part respective des dames X... en leur qualité d'héritières de Jean X..., si ce n'est, dans l'hypothèse où sa défense au fond est acceptée, que sa conséquence juridique, inéluctable, soit réalisée ?

S'agit-il d'un avantage autre que l'effet mécanique du simple rejet ? Si oui, cela obligera ledit défendeur à engager une nouvelle procédure, alors même que les juges seront tenus de faire droit à ses prétentions, ce qui n'empêchera pas ses adversaires d'en relever appel, puis de former un pourvoi qui fera logiquement l'objet d'un rejet.

Est-ce bonne justice ?

En revanche, il peut être plus utile pour le justiciable de mettre fin plus tôt à une procédure, en constatant que, ne s'agissant pas d'un avantage autre (synonyme d'avantage supplémentaire, comme par exemple une demande de dommages-intérêts supérieure à ce qui est dû au regard de la reconnaissance du bien-fondé de la défense au fond), cette demande de restitution fait corps avec le principal.

Dès lors, nous serions en présence d'une simple défense au fond à double conséquence, en quelque sorte d'une défense au fond hybride, puisqu'aussi bien elle conduirait nécessairement au rejet de la demande principale des défenderesses au pourvoi, mais, au surplus, et par voie de conséquence de la nullité ainsi reconnue, à accueillir la demande de restitution des fonds antérieurement versés à leur auteur, la demande de restitution étant indissociable de la nullité constituant le principal.

C'est dans cet esprit qu'il m'apparaît que l'arrêt attaqué encourt également la cassation.

Cette dernière solution, novatrice, emporte, je l'avoue, ma préférence en ce qu'elle me paraît mieux prendre en compte l'intérêt du justiciable, sans pour autant porter atteinte à la sécurité juridique en matière de contrat.

En effet, si obtenir gain de cause en ayant présenté une défense au fond se traduit par le seul droit de recommencer une action en justice, l'on peut alors admettre que le justiciable ait du mal à comprendre le fonctionnement de la machine judiciaire.

Le droit n'est pas au service du droit, mais à celui de la justice.

Le juge a le devoir d'interpréter la loi, lorsqu'il y a lieu à interprétation, et de construire une jurisprudence dans l'intérêt du justiciable, et non dans celui d'une abstraction conceptualisée étrangère à la réalité et donc à la justice.

Restent donc à examiner les première et cinquième branches du deuxième moyen, dont l'intérêt est nettement moindre.

La logique me conduit à vous proposer d'écarter la première branche du moyen dès lors que mon avis est au rejet sur le premier moyen. Quant à la cinquième branche, elle me paraît surabondante au regard de l'avis émis sur le troisième moyen.

En conclusion, je pense pouvoir vous proposer un rejet sur le premier moyen, une non-admission sur le troisième moyen, mais, en revanche, une cassation sur les griefs énoncés aux deuxième, troisième et quatrième branches du deuxième moyen.

Tel est, en définitive, le sens de l'avis que j'ai l'honneur de vous soumettre.

B. - ARRÊT DU 22 AVRIL 2011 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

<u>Communiqué</u>	<i>Page 30</i>
<u>Titre et sommaire</u>	<i>Page 30</i>
<u>Arrêt</u>	<i>Page 30</i>
<u>Rapport</u>	<i>Page 32</i>
<u>Avis</u>	<i>Page 38</i>

## COMMUNIQUÉ

Par un arrêt rendu le 22 avril 2011 (pourvoi n° 09-43.334), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé une des conditions de validité du licenciement notifié à un salarié pendant une période de suspension du contrat de travail pour maladie non professionnelle.

Il est de jurisprudence constante que, si la rupture du contrat de travail motivée par l'état de santé du salarié est nulle, le licenciement du salarié malade peut valablement intervenir si son absence prolongée ou ses absences répétées ont entraîné dans le fonctionnement de l'entreprise des perturbations telles qu'elles ont rendu nécessaire son remplacement définitif.

Le cas soumis à l'assemblée plénière concernait la notion de remplacement définitif. En l'occurrence, une gardienne d'immeuble en arrêt de travail depuis plusieurs mois pour maladie s'était vu notifier son licenciement en raison des difficultés que la prolongation de son absence causait dans le gardiennage et l'entretien de la copropriété, une entreprise spécialisée dans l'entretien d'immeubles étant désormais chargée des tâches qu'elle effectuait.

L'arrêt de la cour d'appel qui avait jugé que le recours à une telle entreprise pour le remplacement de la salariée avait un caractère définitif avait été cassé par la chambre sociale (Soc., 18 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 163), la décision de cassation énonçant que seule peut constituer un remplacement définitif l'embauche d'un nouveau salarié, ce qui excluait le recours à une entreprise de prestation de services.

La juridiction de renvoi a résisté à cette doctrine en considérant notamment que le remplacement pouvait être jugé définitif dès lors que les tâches accomplies par la gardienne avaient été intégralement reprises par un salarié de la société de services dans le cadre de stipulations s'inscrivant dans la durée.

Par sa décision de cassation, rendue sur les conclusions conformes de l'avocat général, la plus haute formation de la Cour de cassation maintient l'exigence posée par la chambre sociale en énonçant que le remplacement définitif du salarié malade s'entend de l'embauche d'un autre salarié dans son emploi. Elle exclut ainsi que ce type de licenciement puisse conduire à une suppression d'emploi, celle-ci relevant du domaine du licenciement pour motif économique.

## 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 une entreprise prestataire de services.*

Si l'article L. 1132-1 du code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié.

Viole en conséquence les articles L. 1132-1 et L. 1235-3 du code du travail l'arrêt qui juge fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement notifié pendant une période d'arrêt de travail pour maladie à une gardienne d'immeuble dont le remplacement a été assuré par une entreprise prestataire de services.

## ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par Mme Marie-Jeanne X..., (...), 75015 Paris (aide juridictionnelle, admission totale, décision du bureau d'aide juridictionnelle du 17 septembre 2009)



contre l'arrêt rendu le 29 janvier 2009 par la cour d'appel de Paris (22<sup>e</sup> chambre C), dans le litige l'opposant au syndicat des copropriétaires 92-94 rue (...), représenté par son syndic, la société Stoops, dont le siège est 46 boulevard Jean-Jaurès, 92100 Boulogne,

défendeur à la cassation ;

Mme X... s'est pourvue en cassation contre l'arrêt du 8 novembre 2005 de la cour d'appel de Paris (18<sup>e</sup> chambre D) ;

Cet arrêt a été partiellement cassé le 18 octobre 2007 par la chambre sociale de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris autrement composée, qui, saisie de la même affaire, a statué, par arrêt du 29 janvier 2009, dans le même sens que l'arrêt du 8 novembre 2005, par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt du 29 janvier 2009, M. le premier président a, par ordonnance du 14 septembre 2010, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse invoque, devant l'assemblée plénière, un moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par M<sup>e</sup> Bouthors, avocat de Mme X... ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par M<sup>e</sup> Blanc, avocat du syndicat des copropriétaires ;

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

(...)

Sur le rapport de M. Feydeau, conseiller, assisté de Mme Mathia, greffier en chef au service de documentation, des études et du rapport, les observations de M<sup>e</sup> Bouthors, de la SCP Blanc et Rousseau, l'avis de M. Aldigé, avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1235-3 du code du travail ;

Attendu que si l'article L. 1132-1 du code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment, en raison de son état de santé ou de son handicap, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié ; que celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Soc., 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-44.251), que Mme X..., employée depuis le 1<sup>er</sup> mai 1983 par le syndicat des copropriétaires du 92-94 rue (...) à Paris en qualité de gardienne à temps complet, s'est trouvée en arrêt de travail pour maladie du 8 au 23 mars 2003, puis du 25 avril au 30 novembre 2003 ; qu'ayant été licenciée le 19 novembre 2003, avec un préavis expirant le 22 février 2004, pour le motif suivant : « *maladie prolongée rendant nécessaire votre remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service gardiennage* », elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que, pour juger le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et débouter la salariée des demandes présentées de ce chef, l'arrêt retient que les tâches confiées à Mme X... ont été intégralement reprises par un salarié d'une entreprise de services dans le cadre de dispositions s'inscrivant dans la durée, ce qui caractérise son remplacement effectif et définitif dans des conditions établissant la bonne foi du syndicat des copropriétaires, au demeurant présumée, ce système d'emploi indirect ayant l'avantage de mieux le garantir d'une absence prolongée du gardien, situation dont il avait durablement pâti et contre laquelle il était en droit de se prémunir ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

#### PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en sa disposition condamnant le syndicat des copropriétaires de l'immeuble 92-94 rue (...) à Paris à payer à Mme X... une somme à titre de reliquat d'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt rendu le 29 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, pour le surplus, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

**Ass. plén., 22 avril 2011.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-43.334. - CA Paris, 29 janvier 2009.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Feydeau, Rap., assisté de Mme Mathia, greffier en chef. - M. Aldigé, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bouthors, SCP Blanc et Rousseau, Av.

# Rapport de M. Feydeau

## Conseiller rapporteur

### 1. - Rappel des faits et de la procédure

Mme X... a été engagée le 1<sup>er</sup> mai 1983 en qualité de gardienne à temps complet par le syndicat des copropriétaires du 92-94, rue (...) à Paris.

Par lettre du 19 novembre 2003, le syndic de la copropriété lui a signifié son licenciement pour le motif suivant : « *maladie prolongée rendant nécessaire votre remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service gardiennage* » ; était joint à cette lettre un décompte des arrêts de travail.

Le 11 mars 2004, Mme X... a saisi le conseil des prud'hommes de Paris d'une demande d'annulation de son licenciement, en faisant principalement valoir qu'elle avait été licenciée du fait de sa maladie et qu'elle avait été remplacée non par l'embauche d'une nouvelle gardienne, mais par le recours à une société de services.

Par jugement du 7 janvier 2005, le conseil des prud'hommes a considéré le licenciement comme nul après avoir relevé :

- que l'absence de 205 jours en 2003 ne démontrait pas une obligation particulière de procéder au remplacement d'une salariée qui avait déjà été absente 129 jours en 1993 et 237 jours en 1994-1995 ;
- que, de toute manière, le remplacement définitif de la salariée, qui ne pouvait se concevoir que par une embauche, n'avait pas été effectué, le remplacement n'ayant pas été réalisé par la salariée détachée par la société SURNETT pendant la période d'indisponibilité de Mme X..., mais par la conclusion d'un contrat conclu avec cette société.

En conséquence, la juridiction prud'homale a condamné le syndicat des copropriétaires à payer à la salariée licenciée une somme de 15 000 euros à titre de dommages-intérêts pour rupture abusive, outre une somme au titre de l'indemnité de préavis.

Ce jugement a été infirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris (18<sup>e</sup> chambre D) du 8 novembre 2005, qui a débouté Mme X... de l'ensemble de ses demandes.

Pour dire que son licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a relevé que la société SURNETT, spécialisée dans l'entretien d'immeubles, effectuait les mêmes tâches que celles accomplies par Mme X..., dont elle assurait le remplacement définitif dans l'intérêt du fonctionnement normal de l'entreprise, et observé qu'ayant continué d'occuper la loge du gardien à l'expiration de son préavis, elle n'avait pas permis son remplacement dans des conditions identiques jusqu'à la libération des lieux faisant suite à la sommation.

Par un arrêt du 18 octobre 2007 (*Bull.* 2007, V, n° 163), la chambre sociale a cassé cette décision pour violation des articles L. 122-45 et L. 122-14-3 du code du travail, en énonçant que seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié et qu'il en résulte que le recours à une entreprise prestataire de services ne peut caractériser le remplacement définitif d'un salarié.

La cour d'appel de Paris, autrement composée (22<sup>e</sup> chambre C), désignée comme juridiction de renvoi, a statué par un arrêt du 29 janvier 2009.

Après avoir jugé que le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse, elle a infirmé le jugement en ce qu'il avait accueilli la demande d'indemnité de ce chef, l'a aussi infirmé en ce qu'il avait condamné le syndicat au paiement d'une indemnité de préavis, puis a accueilli une demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement et condamné le syndicat, à ce titre, à payer à Mme X... la somme de 260,47 euros.

Pour admettre le bien-fondé du licenciement, l'arrêt a retenu que :

- il est établi par les bulletins d'arrêt de travail produits aux débats que Mme X... a été absente pour maladie pendant plus de sept mois consécutifs au cours des douze derniers mois de son exercice professionnel ; au moment du licenciement, aucune perspective sérieuse de rétablissement de la salariée ne pouvait être envisagée ; d'ailleurs, les arrêts de travail se sont ensuite prolongés tout au long des trois mois du préavis ; pour faire face à cette situation, le syndicat des copropriétaires a eu recours à une entreprise de services spécialisée, dans des conditions d'autant plus précaires qu'il n'était averti des prolongations successives d'arrêt de travail qu'au tout dernier moment et que la remplaçante ne pouvait accéder au logement de fonction, la titulaire continuant de l'occuper ; ces circonstances plaçaient le syndicat des copropriétaires dans une situation objective de grande difficulté, compte tenu de l'importance du gardiennage dans une résidence de cette nature, nécessitant notamment un suivi rigoureux et quotidien du bon état de fonctionnement et de propreté de l'immeuble ; la durée de l'arrêt de travail et la désorganisation qu'il occasionnait justifient dès lors le recours à une mesure de licenciement, préalable nécessaire à la mise en œuvre d'une solution pérenne aux difficultés rencontrées ;

- Mme X..., soutenant que seule l'embauche d'un autre salarié pourrait caractériser son remplacement effectif et définitif, fait valoir qu'après son départ, la copropriété a continué de recourir aux services d'une entreprise spécialisée, privant ainsi de cause réelle et sérieuse le licenciement litigieux ;

- il convient tout d'abord d'observer qu'à l'issue de la période de préavis (22 février 2004), Mme X... s'est maintenue abusivement dans le logement de fonction mis à la disposition du gardien de l'immeuble et ne

l'a quitté que plus de deux mois plus tard (le 24 avril 2004), et plusieurs semaines après la délivrance d'une sommation de libérer les lieux (le 3 mars 2004) ; il en résulte que le syndicat des copropriétaires n'était pas en mesure, au moment du licenciement, de procéder utilement au recrutement d'un nouveau gardien et se trouvait dans une situation de totale incertitude quant à la date à laquelle il disposerait de ce logement pour l'attribuer à un autre salarié, ce que tout candidat au poste n'aurait pas manqué d'exiger ;

- par ailleurs, il s'avère, au vu des pièces produites, que les missions confiées à l'entreprise de services recoupent exactement celles qu'assurait précédemment le gardien et qu'aux contrats ponctuels conclus avec cette entreprise au cours de la période de remplacement a succédé un engagement dans les formes habituelles des dispositions destinées à perdurer (contrat d'un an avec tacite reconduction), engagement certes moins contraignant qu'un contrat de travail à durée indéterminée, mais manifestant de toute évidence la volonté d'assurer de manière définitive le remplacement de la salariée licenciée ;

- dans une telle situation, le rôle du juge est de s'assurer que l'employeur n'invoque pas les difficultés d'organisation occasionnées par l'absence du salarié comme un faux-semblant lui permettant en fait de licencier ce dernier en considération de son état de santé ou de profiter abusivement de son départ pour procéder à une réorganisation en dehors des règles applicables en la matière ; si le recours à l'embauche d'un remplaçant au moyen d'un contrat de travail à durée indéterminée conclu à une date contemporaine du licenciement constitue un moyen privilégié d'établir la rectitude de l'opération, il ne peut être considéré comme une condition nécessaire, l'employeur ayant une certaine liberté de choix dans les solutions pratiques à mettre en œuvre pour procéder au remplacement qui lui incombe ;

- en l'espèce, les tâches confiées à Mme X... ont été intégralement reprises par un salarié d'une entreprise de services dans le cadre de dispositions s'inscrivant dans la durée, ce qui caractérise son remplacement effectif et définitif dans des conditions établissant la bonne foi du syndicat des copropriétaires, au demeurant présumée, ce système d'emploi indirect ayant l'avantage de mieux le garantir d'une absence prolongée du gardien, situation dont il avait durablement pâti et contre laquelle il était en droit de se prémunir pour l'avenir.

Mme X..., qui avait présenté, le 20 février 2009, une demande d'aide juridictionnelle, a obtenu l'aide juridictionnelle totale par décision du bureau d'aide juridictionnelle du 17 septembre 2009, notifiée le 30 septembre 2009. Elle a formé pourvoi le 27 novembre 2009 et déposé son mémoire ampliatif le 29 mars 2010. Le syndicat des copropriétaires a répondu dans un mémoire en défense du 27 mai 2010. La procédure paraît régulière.

## 2. - Analyse succincte du moyen

Il est proposé un moyen unique de cassation tiré de la violation de l'article L. 1132-1 du code du travail (nouvelle numérotation de l'article L. 122-45), en ce que la suppression d'un emploi de gardienne d'immeuble avec recours à un contrat d'entreprise de nettoyage ne peut en aucune façon être assimilée à un remplacement définitif de cette gardienne.

## 3. - Identification du point de droit faisant difficulté à juger

Etant acquis qu'un salarié atteint d'une maladie non professionnelle peut être valablement licencié en raison de la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par son absence prolongée ou ses absences répétées, dès lors que ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif, un tel remplacement ne peut-il être caractérisé que par l'embauche d'un autre salarié ?

## 4. - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Avant d'examiner l'évolution de la jurisprudence dans laquelle se situe l'arrêt du 18 octobre 2007, à la doctrine duquel la cour d'appel de Paris a résisté, et d'indiquer les positions prises par les commentateurs au regard de cette évolution, il sera procédé à un bref rappel de la loi et de la convention collective applicable.

### 1°) Le contexte légal et conventionnel

Quand la suspension du contrat de travail a pour origine un accident du travail ou une maladie professionnelle, des dispositions législatives particulières instituent une protection du salarié contre la rupture de son contrat. L'article L. 122-32-2, devenu L. 1226-9, du code du travail ne permet à l'employeur de rompre le contrat au cours des périodes de suspension que s'il justifie soit d'une faute grave du salarié, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat, pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie.

Tel n'est pas le cas lorsque la suspension a, comme en l'occurrence, pour origine un accident ou une maladie de droit commun, aucune protection spécifique n'étant prévue par le code (S. Bourgeot/M.Blatman, *L'état de santé du salarié*, éd. Liaisons, pages 357 et s.). Toutefois, la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990, relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, a complété l'article L. 122-45, devenu l'article 1132-1, du code du travail, lequel énumère les discriminations dont ne peuvent faire l'objet les salariés et futurs salariés, en y insérant une disposition prévoyant qu'aucun salarié ne peut être licencié, « *sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap* ». Ce texte est toujours en vigueur, à ceci près que la partie « *sauf inaptitude (...) du présent code* » a été supprimée en 2008.

Il en résulte que si est nul tout licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salarié, le législateur a laissé entière la question de la validité de la rupture du contrat du salarié, notifiée pendant la période de suspension, pour un motif non lié à l'accident ou la maladie (comportement fautif, motif économique, perturbation de la marche de l'entreprise, par exemple).

Ce que la loi n'a pas prévu a fait l'objet de stipulations introduites dans les conventions collectives.

La plupart d'entre elles - c'est le cas de la convention collective nationale des gardiens, concierges et employés d'immeubles - comportent des clauses dites de « garantie d'emploi » fixant des durées de suspension du contrat de travail pour accident ou maladie pendant lesquelles tout licenciement est prohibé, et certaines - ce qui n'est pas le cas de celle applicable - font du remplacement définitif du salarié une condition de validité du licenciement.

En l'espèce, dans la version de la convention collective applicable au moment de la rupture, Mme X... bénéficiait, eu égard à son ancienneté, d'une période de protection d'une durée de cinq mois. La notification de son licenciement étant intervenue après l'expiration de ce délai, cette disposition conventionnelle est sans influence sur la solution du litige, étant observé qu'il a été jugé à plusieurs reprises que l'absence qui se prolonge au-delà de la période conventionnelle de protection ne constitue pas, en elle-même, une cause réelle et sérieuse de licenciement (voir, par exemple, Soc., 10 octobre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 266 ; Soc., 20 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 273).

Il est à noter qu'alors que certaines conventions collectives subordonnent la validité du licenciement du salarié en état de maladie à la nécessité d'assurer son remplacement définitif, tel n'est pas le cas de la présente convention, qui n'envisage que les modalités de remplacement provisoire pendant la période d'arrêt de travail, ce remplacement pouvant être effectué soit par un engagement d'un salarié sous contrat à durée déterminée, soit par le recours à une entreprise prestataire de services (articles 26 et 29 de la convention collective nationale des gardiens, concierges et employés d'immeuble).

Ce n'est donc qu'au regard des principes dégagés par la jurisprudence que le bien-fondé du licenciement notifié à Mme X... pouvait être apprécié par les juges du fond.

## 2°) La construction jurisprudentielle

En l'absence de prescriptions légales, la chambre sociale s'est attachée à préciser les conditions de validité du licenciement prononcé pendant la période de suspension du contrat de travail pour accident de droit commun ou maladie non professionnelle et à contrôler leur application par les juridictions.

### a) La mise en place des conditions de validité du licenciement pour cause objective

Dès avant l'intervention de la loi de 1990 en ce qu'elle a complété l'article L. 122-45, il était considéré que l'absence du salarié à son poste de travail due à une maladie ou un accident ne pouvait être une cause valable de licenciement. Il était toutefois depuis longtemps admis que la gêne grave que constituait, pour la marche de l'entreprise, l'absence prolongée d'un salarié constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 3 juin 1982, *Bull.* 1982, V, n° 362).

On s'est demandé si, en consacrant le caractère discriminatoire du licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salarié, la loi du 13 juillet 1990 n'allait pas conduire les juges à revenir sur cette jurisprudence.

En effet, plusieurs juridictions du fond ont interprété l'article L. 122-45 du code du travail dans sa nouvelle rédaction comme interdisant tout licenciement pendant le temps de la suspension du contrat de travail pour cause de maladie ou d'accident, certaines considérant que cette loi n'avait fait que transposer en droit interne la disposition de la Convention OIT n° 158, qui prévoyait que l'absence temporaire du salarié pour maladie ne devait pas constituer un motif valable de licenciement.

Cette position n'a pas été retenue par la Cour de cassation. C'est en effet à l'occasion de la cassation d'un arrêt d'une cour d'appel qui avait statué en ce sens que la chambre sociale, le 16 juillet 1998, a, pour la première fois au visa de l'article L. 122-45, consacré la possibilité de ce que l'on a appelé le licenciement pour cause objective ou trouble objectif (Ph. Waquet, *Revue de droit du travail* 2006, p. 304), en posant des conditions de validité suffisamment strictes pour ne pas oublier la nécessaire protection du salarié malade, tout en ne négligeant pas les impératifs de bonne marche de l'entreprise.

La formule de compromis utilisée a été la suivante : « *Si l'article L. 122-45 du code du travail fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II de ce même code, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement* ».

Après quelques hésitations suscitées par un arrêt du 10 novembre 1998 (*Bull.* 1998, V, n° 485) qui avait pu faire penser que la nécessité du remplacement définitif pouvait ne pas être exigée, ces doutes ont été levés dans un arrêt du 13 mars 2001 (*Bull.* 2001, V, n° 84), qui a repris la double condition posée dans l'arrêt du 16 juillet 1998 en modifiant légèrement la formulation du chapeau, étant énoncé que si l'article L. 122-45 ne s'oppose pas au licenciement motivé non par l'état de santé du salarié, mais « *par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si les perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif* ».

A partir de là, cette formule a été reprise dans de nombreuses décisions, notamment dans l'arrêt rendu le 18 octobre 2007 dans la présente procédure, l'exigence de la réalisation de la double condition posée, dont l'employeur doit se prévaloir dans la lettre de licenciement (Soc., 5 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 209), étant encore rappelée récemment par la chambre sociale le 20 janvier 2010 (pourvoi n° 08-41.652).

Il résulte de cette construction jurisprudentielle que la validité d'un tel licenciement est subordonnée à la preuve par l'employeur, d'une part, des perturbations apportées au fonctionnement de l'entreprise par

l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, d'autre part, de l'obligation dans laquelle il s'est trouvé de pourvoir au remplacement définitif du salarié, le remplacement de ce dernier ne pouvant plus être assuré par le moyen de solutions temporaires.

b) Le contrôle de la réalisation de ces conditions

La première condition n'a pas donné lieu à une importante jurisprudence de notre Cour, l'existence des perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise relevant d'appréciations essentiellement factuelles, qui échappent au contrôle de la Cour de cassation. C'est ainsi que la chambre sociale a jugé, dans un arrêt du 31 octobre 2006 (pourvoi n° 05-42.206), que la question de savoir si la désorganisation résultant de l'absence du salarié malade était suffisamment caractérisée pour rendre nécessaire son remplacement définitif relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond.

En revanche, sur la notion de remplacement définitif et sur l'effectivité de celui-ci, point d'achoppement de la présente affaire, la jurisprudence est beaucoup plus fournie. De nombreuses décisions ont même été rendues par la chambre sociale avant qu'elle ne dégage, en 1998, les principes ci-dessus exposés, les premiers arrêts concernant l'application de conventions collectives qui faisaient du remplacement effectif ou définitif du salarié une condition de validité du licenciement.

C'est ainsi que l'arrêt du 25 mai 1989 (*Bull.* 1989, V, n° 400), rendu à propos de l'application de la convention collective des transports routiers, dont l'article 20 ne permettait à l'employeur de constater la résiliation du contrat de travail que si s'imposait le remplacement effectif du salarié malade, énonce que n'était pas valable la résiliation notifiée alors qu'il n'était pas établi que la société n'avait pas engagé une autre personne pour exercer les fonctions de la salariée absente (dans le même sens : Soc., 11 décembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 637, et 4 juin 1998 *Bull.* 1998, V, n° 304).

Il y a toutefois lieu d'observer que pendant cette période, la chambre sociale a eu à se prononcer dans un cas de recours à la sous-traitance (14 mai 1987, *Bull.* 1987, V, n° 321) ; après avoir relevé que l'article de la convention collective invoqué n'excluait pas que l'activité du salarié malade puisse être assurée par un sous-traitant, l'arrêt énonce qu'il ne peut être invoqué par l'employeur lorsque le remplacement du salarié ne revêt pas un caractère définitif, ce qui était le cas en l'occurrence, la société n'ayant eu recours que provisoirement à la sous-traitance.

Il a été tiré de cette décision que le recours à la sous-traitance n'ayant pas un caractère temporaire était susceptible de caractériser le remplacement définitif du salarié malade.

Après l'arrêt fondateur du 13 juillet 1998, plusieurs décisions, rendues dans des espèces où il n'y avait pas lieu à application de conventions collectives, ont permis à la chambre sociale d'affiner sa conception du remplacement effectif et définitif.

Dans un premier temps, il s'est agi de définitions en creux, les décisions indiquant généralement ce qui ne pouvait constituer un remplacement définitif.

Ainsi, il a été dit que la nécessité de procéder à un tel remplacement n'était pas caractérisée quand :

- le successeur du salarié licencié était engagé par contrat à durée déterminée (Soc., 2 mars 2005, pourvoi n° 03-42.800) ;
- le remplacement s'était effectué par promotion interne d'un autre salarié de l'entreprise, et ce salarié avait lui-même été remplacé par une personne recrutée en contrat à durée déterminée (Soc., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-42.737) ;
- l'entreprise avait engagé un autre salarié au moyen d'un contrat initiative emploi d'une durée de vingt-quatre mois (Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 01-42.073) ;
- les fonctions exercées par le salarié licencié avaient été remplies par son assistant sans qu'il ait été procédé à l'embauche d'un nouveau salarié (Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-45.577).

Puis, dans l'arrêt rendu le 18 octobre 2007, lors du premier examen par notre Cour de l'affaire opposant Mme X... au syndicat des copropriétaires du 92-94, rue (...), la chambre sociale a, pour la première fois, dit de manière positive ce qu'il fallait entendre par remplacement définitif en énonçant que « *seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié* », écartant la possibilité que la condition de validité du licenciement du salarié en état de maladie soit remplie quand il a été remplacé par le recours à une société prestataire de services. Selon la présentation de cet arrêt faite dans le rapport annuel 2007, la chambre sociale revenait ainsi sur sa jurisprudence antérieure résultant de l'arrêt du 14 mai 1987 rappelé ci-dessus, selon laquelle le remplacement définitif du salarié absent pouvait être assuré par la sous-traitance dès lors que l'employeur n'y avait pas recouru de manière provisoire.

Cette exigence de l'embauche d'un nouveau salarié a été rappelée dans plusieurs arrêts subséquents, la chambre sociale admettant qu'il y était satisfait quand le salarié avait été remplacé par la promotion interne d'un autre salarié et que l'employeur avait procédé à une embauche pour occuper le poste vacant (Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-46.233 ; 24 juin 2009, pourvoi n° 07-44.803), alors qu'une promotion interne ne suffit pas à elle seule à établir un remplacement définitif (Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-44.712 ; voir aussi dans un cas similaire : Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-41.970).

Comme indiqué dans le rapport de la Cour de cassation de l'année 2007, le sens de cette jurisprudence est que l'employeur doit démontrer qu'il a été dans l'impossibilité de recourir à un remplacement temporaire et qu'il se trouvait dans l'obligation de recourir à l'embauche définitive d'un salarié en remplacement, ce qui suppose donc la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.

Quelles appréciations la doctrine a-t-elle porté sur cette jurisprudence ?

### 3°) Les appréciations doctrinales

Si la mise en place jurisprudentielle du licenciement pour cause objective, qui permet de licencier un salarié pendant la période de suspension du contrat de travail pour maladie, ne paraît pas avoir suscité de commentaires négatifs, les appréciations portées sur l'arrêt du 18 octobre 2007 apparaissent plus contrastées.

Bien qu'il soit généralement reconnu que l'affirmation du principe selon lequel le remplacement définitif doit s'entendre de l'embauche d'un nouveau salarié s'inscrit dans la logique de la jurisprudence construite depuis 1998 (*Jurisprudence sociale Lamy* 2008, 225, Jean Savatier, *Droit social*, janvier 2008, p.128 notamment), il est parfois observé qu'il s'agit d'une application rigoureuse, que certains commentateurs trouvent inadaptée à la situation de l'espèce.

C'est ainsi que, pour le professeur Jean Pélissier (*Revue du droit du travail*, Dalloz, 2007, p. 717), qui paraît regretter que notre Cour ne se soit pas référée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la solution ne semble pas très logique : « *Dans la mesure où l'exception à l'interdiction de licencier un salarié malade pendant la période de suspension du contrat est limitée au cas où l'employeur peut établir qu'il y a nécessité de remplacer définitivement le salarié absent, il semblerait normal que l'employeur qui rapporte une telle preuve se voie reconnaître le droit de licencier. L'employeur qui a établi que le remplacement définitif du salarié absent était nécessaire et que ce remplacement a été assuré par la conclusion d'un contrat de prestation de services ayant un caractère définitif a pleinement répondu aux exigences posées par les juges (...) le remplacement d'une personne peut prendre des formes très variées ; il s'agit de tenir la place de quelqu'un, de le suppléer ; il n'implique pas nécessairement, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, une embauche* » ; et il ajoute « *qu'il faut voir dans cette décision la volonté des juges de faire prévaloir la protection de l'emploi des salariés malades sur l'intérêt de l'entreprise* ».

Le professeur Jean Savatier, dans le commentaire déjà cité, est à peu près sur la même ligne quand il observe : « *on ne voit pas pourquoi le recours à une entreprise prestataire de services, pour lui confier les tâches incombant antérieurement au salarié licencié, donnerait au remplacement de celui-ci dans ces tâches un caractère moins définitif que l'embauche d'un nouveau travailleur par un contrat à durée indéterminée. Un tel contrat, spécialement s'il est assorti d'une période d'essai, risque d'être résilié à une échéance peut-être proche. Il risque de ne pas être plus durable que le contrat conclu avec une entreprise extérieure dont les salariés exécuteront les tâches qui relevaient de l'emploi du travailleur licencié* ».

D'autres estiment que l'exigence posée par l'arrêt du 18 octobre 2007 pose problème au regard de l'occupation par la gardienne du logement de fonction ; c'est ainsi que Mme Corrignan-Carsin (*JCP, édition sociale*, 11 décembre 2007, n° 50, 1956) s'interroge : « *Comment un employeur peut-il procéder à une embauche définitive dont la nécessité n'est pas contestée, s'il lui est impossible de mettre à la disposition du remplaçant un logement indissociable des fonctions de gardien mais qui n'est pas libéré par le salarié licencié ?* »

Enfin, il est suggéré (Ludovic Primot, *JCP, édition entreprise et affaires*, 7 février 2008, n° 6, 1221) que le recours au contrat de prestation de services soit traité comme un cas à part, « *nécessitant une appréciation in concreto de la part du juge du fond, seul à même de considérer si les cas de remplacement par l'entremise d'une société prestataire caractérisent ou non le remplacement définitif du salarié* ».

En revanche, la solution adoptée paraît convenir au professeur Pascal Lokiec (*JCP, édition générale*, 5 décembre 2007, n° 49, II, 10202), qui observe que les conditions rigoureuses mises à la validité du licenciement prononcé en raison des conséquences de l'absence du salarié sur la situation objective de l'entreprise sont liées aux risques de contournement de motifs prohibés de licenciement induits par cette ouverture. Cette sorte de licenciement ne peut être l'occasion, pour un employeur, de se séparer d'un salarié dont il est mécontent ou de rechercher une solution plus avantageuse financièrement, en supprimant l'emploi du salarié pour recourir à une entreprise extérieure.

On trouvait la même idée dans la chronique de Pierre-Henri d'Ornano (*JCP, édition sociale* du 28 mars 2006, n° 13) : « *il n'est donc pas étonnant que la Cour de cassation exige que la décision de rompre le contrat de travail s'accompagne du remplacement effectif et définitif du salarié. Admettre le contraire reviendrait à autoriser que le licenciement couvre des suppressions d'emplois hors des règles du licenciement pour motif économique* », l'auteur soulignant ensuite que le motif tiré des économies faites sur la rémunération du salarié licencié n'avait jamais été admis en tant que motif économique de licenciement.

Ainsi, on peut tirer de ces diverses positions doctrinales que la ligne de partage se situe entre ceux pour qui, dans le compromis trouvé par la jurisprudence qui a introduit le licenciement pour cause objective, entre la protection de l'emploi du salarié malade et la prise en compte des intérêts de l'entreprise, l'arrêt du 18 octobre 2007 a déplacé le curseur trop loin en faveur de la première considération, et ceux qui ne voient dans cette décision que la suite logique d'une jurisprudence qui excluait déjà que ce type de licenciement puisse conduire à la suppression de l'emploi du salarié licencié.

Le rappel de ces différentes opinions conduit aussi à constater que la position prise par la cour de renvoi est dans la ligne de celles qui, critiquant l'arrêt de 2007, ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de limiter le remplacement définitif à une embauche sur l'emploi occupé par le salarié licencié, les juges du fond étant les plus à même de rechercher si le remplacement, quelle qu'en soit la forme, pouvait être qualifié de définitif.

### 4°) Les solutions possibles

Etant appelé que :

- l'arrêt attaqué ne contredit pas la jurisprudence de la chambre sociale exigeant que soient constatées les perturbations causées par l'absence prolongée du salarié et la nécessité de procéder à son remplacement définitif ;

- la résistance de la cour de renvoi ne porte que sur la définition du remplacement définitif donnée par la chambre sociale, limitée à l'embauche d'un autre salarié, excluant ainsi qu'il puisse être réalisé par le recours à une entreprise de prestation de services,

les solutions ouvertes à l'assemblée plénière paraissent être les suivantes :

- soit elle maintient l'exigence de l'embauche d'un nouveau salarié posée par l'arrêt du 18 octobre 2007, ce qui conduit à une cassation de l'arrêt de renvoi dans les termes de la décision de la chambre sociale ;

- soit elle ne la maintient pas dans sa généralité, estimant ainsi que le remplacement définitif peut être caractérisé par le recours à une entreprise de prestation de services, ce qui conduirait à un rejet du pourvoi, différentes formules étant envisageables, en fonction de l'étendue du contrôle que notre Cour souhaiterait garder sur les décisions des juges du fond.

# Avis de M. Aldigé

## Avocat général

### Introduction

La maxime « *le travail, c'est la santé* » est souvent traitée, en référence à une chanson populaire, sur le mode de la plaisanterie. Pourtant, on ne saurait nier que le travail, et son corollaire, le maintien dans l'emploi, est indispensable à une vie équilibrée.

La maladie d'origine non professionnelle a inévitablement des conséquences sur le travail, du fait des arrêts de travail nécessités par le traitement du salarié malade, cependant, elle n'est prise en compte par la loi qu'au titre de la lutte contre les discriminations, le principe de la prohibition de toute discrimination fondée sur l'état de santé du salarié étant clairement posé par l'article L. 1132-1 du code du travail.

Discriminer dans l'emploi à raison de la santé, c'est prendre en compte un facteur autre que la seule aptitude de la personne pour refuser de l'embaucher ou pour la licencier.

L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de santé du salarié pour l'embaucher ou pour le licencier, et la chambre sociale y veille rigoureusement, mais le paradoxe<sup>1</sup> vient de ce que l'employeur doit cependant « *prendre en considération l'état de santé de son salarié pour assurer autant qu'il est possible la pérennité de sa présence dans l'entreprise* ».

On sait qu'en période de crise économique, les entreprises ressentent un besoin de flexibilité du travail et que la flexibilité peut prendre plusieurs formes, dont celle de notre espèce, identifiée par un auteur<sup>2</sup> comme « *la flexibilité quantitative externe* », qui consiste à « *faire fluctuer les effectifs de l'entreprise en fonction des besoins, en utilisant des contrats de travail de courte durée et en licenciant en tant que de besoin* ». Cependant, cette forme de flexibilité doit tenir compte des contraintes qui pèsent sur la procédure de licenciement, parmi lesquelles la prohibition du licenciement pour motif discriminatoire à raison de l'état de santé.

Par ailleurs, si nombre d'entreprises ont mis en place des plans de lutte contre les discriminations liées à l'origine, à l'âge ou au sexe, peu s'intéressent officiellement à l'exclusion liée à l'état de santé, alors que, selon plusieurs sources officielles, cette forme de discrimination fait pourtant partie des critères de discrimination émergents ; on peut utilement se référer à :

- l'étude « Non-discrimination et égalité dans l'emploi et la profession », réalisée pour le Bureau international du travail<sup>3</sup> ;
- l'étude réalisée par l'institut de sondage d'opinions LH2 pour la Ligue contre le cancer, qui nous apprend que 73 % des chefs d'entreprise de plus de cent salariés déclarent avoir déjà eu un cas de cancer parmi leurs salariés ;
- le rapport annuel 2009 de la Halde<sup>4</sup>, qui nous apprend que l'état de santé et le handicap constituent, en France, la deuxième cause des discriminations professionnelles à l'emploi ; le premier critère de discrimination reste l'origine (28,5 %), suivi du handicap/état de santé (18,5 %).

#### **1. - La question de principe**

La question qui nous intéresse se rapporte à la difficile mais nécessaire conciliation entre maladie et travail, elle invite votre haute juridiction à exercer son contrôle sur le pouvoir du juge dans la détermination des incidences de la maladie sur l'emploi.

Plus précisément, la question soumise à votre assemblée plénière est de savoir si le remplacement définitif d'un salarié licencié à la suite de ses absences répétées ou de son absence prolongée pour maladie non professionnelle peut être effectué par la conclusion d'un contrat de prestation de services auprès d'un prestataire extérieur, ou s'il doit nécessairement être assuré par l'embauche d'une personne physique.

#### **2. - La portée de la question de principe**

La portée pratique de la question est considérable, puisqu'au-delà de la question de la nécessité du remplacement définitif du salarié malade, se trouve posée celle des modalités de son remplacement.

La réponse que vous y apporterez ne se limitera pas aux gardiens d'immeubles, elle permettra de mettre un terme à toute hésitation quant à la licéité du remplacement définitif d'un salarié malade par le recours à un prestataire de services, par exemple, remplacement d'un informaticien par une entreprise chargée du dépannage du parc informatique, d'une standardiste par une plate-forme de gestion des appels téléphoniques...

La question est sensible : en période de crise économique, les politiques de lutte contre le chômage passent aussi bien par la recherche jamais assouvie du plein emploi que par la défense des emplois existants.

<sup>1</sup> Sylvie Bourgeot et Pierre-Yves Verkindt, « La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle », *Droit social*, n° 1, janvier 2010, p. 56 et suivants : « *L'employeur se trouve placé au cœur d'une injonction paradoxale dont la sortie s'avère particulièrement délicate en raison de la place occupée par la santé (et la maladie) sur la frontière de la vie personnelle et de la vie professionnelle* ».

<sup>2</sup> Bernard Brunhes, *Droit social*, mars 1989, n° 3, p. 251 à 255.

<sup>3</sup> Par l'agence de notation sociale Vigeo en janvier 2008.

<sup>4</sup> Rapport annuel de la Halde, 13 mai 2009, p. 15.



Cette défense est évidemment nécessaire à tous, mais elle est indispensable à ceux qui sont plus susceptibles que d'autres de subir le chômage, parce qu'ils subissent un phénomène de discrimination, notamment du fait de la maladie ou de l'inaptitude<sup>5</sup>.

C'est pourquoi l'impact de votre décision sera déterminant :

- tant pour le salarié qui cumule maladie et, en période de tension sur le marché de l'emploi, risque de perte d'emploi<sup>6</sup>, et pour lequel les effets prévisibles d'un licenciement risquent d'être très négatifs<sup>7</sup> ;
- que pour l'employeur qui doit pallier, trop souvent dans une insécurité juridique culpabilisante<sup>8</sup>, la perturbation causée à l'entreprise par l'absence du salarié malade.

### 3. - Les faits et la procédure

#### A. - Les faits

Mme X... a été engagée par le syndicat des copropriétaires de l'immeuble sis 92/94 rue (...) à Paris, en qualité de gardienne à plein temps avec disposition d'un logement de fonction, par contrat à durée indéterminée en date du 27 avril 1983, avec effet au 1<sup>er</sup> mai suivant.

Elle relevait à ce titre de la convention collective nationale des concierges, employés et gardiens d'immeubles du 11 décembre 1979.

Elle a été licenciée par lettre du 19 novembre 2003, portant le motif suivant : « *maladie prolongée rendant nécessaire votre remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service de gardiennage* » ; la lettre indiquait en outre que son préavis se terminerait le 22 février 2004.

Considérant avoir été licenciée du seul fait de sa maladie, Mme X... a saisi le conseil des prud'hommes de demandes d'indemnités et de dommages-intérêts pour nullité du licenciement.

#### B. - La procédure

**Par jugement du 7 janvier 2005, le conseil des prud'hommes de Paris** a jugé que le licenciement était nul comme motivé par l'état de santé de la salariée, faute de son remplacement définitif, et condamné en conséquence l'employeur au paiement de diverses indemnités.

La juridiction du premier degré a considéré « *que le remplacement définitif d'un salarié dans l'entreprise ne peut se concevoir que par une embauche et non par passage de contrat commercial, qu'en l'espèce, le syndicat des copropriétaires, en remplaçant un poste de gardienne par un contrat de maintenance, n'a pas licencié la demanderesse pour un motif non inhérent à sa personne, économique ou structurel ; que ces circonstances visées par la jurisprudence pour déroger à la prescription absolue de licencier un salarié pour motif personnel de maladie ne sont pas réunies* ».

**Par arrêt infirmatif du 8 novembre 2005, la cour d'appel de Paris** a jugé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et a débouté la salariée de toutes ses demandes.

La juridiction du second degré a considéré que « *Mme X... soutient qu'il n'y a pas eu de remplacement effectif et définitif en l'absence d'embauche d'un salarié en contrat de travail à durée indéterminée ; cependant, il est justifié que la société Surnett, spécialisée dans l'entretien d'immeubles, effectue les mêmes tâches que celles qu'effectuait Mme X..., qui a continué d'occuper la loge du gardien à l'expiration de son préavis, n'a pas permis son remplacement dans des conditions identiques jusqu'à la libération des lieux faisant suite à la sommation ; en conséquence, le licenciement de Mme X... est fondé sur une cause réelle et sérieuse, le jugement déferé étant infirmé* ».

**Par arrêt du 18 octobre 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation**, sur le pourvoi formé par la salariée, a cassé et annulé cette décision, au visa des articles L. 122-45 et L. 122-14-3 du code du travail, au motif que si le premier de ces textes « *ne s'oppose pas au licenciement motivé non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ; que seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié, qu'il en résulte que le recours à une entreprise prestataire de services ne peut caractériser le remplacement définitif d'un salarié* ».

**Par arrêt du 29 janvier 2009, la cour d'appel de Paris autrement composée**, statuant sur renvoi après cassation, a refusé de s'incliner et a considéré que « *si le recours à l'embauche d'un remplaçant au moyen d'un contrat de travail à durée indéterminée conclu à une époque contemporaine du licenciement constitue un moyen privilégié d'établir la rectitude de l'opération, il ne peut être considéré comme une condition nécessaire, l'employeur ayant une certaine liberté de choix dans les solutions pratiques à mettre en manœuvre pour procéder au remplacement qui lui incombe* ». Elle a jugé que le licenciement de Mme X... était fondé

<sup>5</sup> Voir notes 3, étude de l'institut de sondage d'opinions LH2, et 4, rapport 2009 de la Halde.

<sup>6</sup> Rapport annuel 2007 de la Cour de cassation : « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », p. 147 : « *La première protection du salarié malade est de pouvoir conserver son emploi* ».

<sup>7</sup> Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail, droit vivant*, éditions Liaisons, 16<sup>e</sup> édition, p. 227 : « *S'il est souhaitable que nos entreprises éprises de RSE (responsabilité sociétale) veillent à l'éthique de leurs sous-traitants en Birmanie, elles peuvent également démontrer ce haut niveau de responsabilité sociétale en retardant au maximum la date de ce licenciement, dont les effets prévisibles sur l'état de santé du malade risquent d'être très négatifs ("no future"). Il n'aura pas échappé au lecteur que ces personnes malades depuis neuf mois ou envoyant deux arrêts maladie par mois ne sont pas atteintes d'un gros rhume ou d'une mauvaise grippe...* ».

<sup>8</sup> Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> édition, Montchrestien, p. 438 : « *à la souffrance du salarié, s'ajoute une insécurité culpabilisant l'employeur* ».

sur une cause réelle et sérieuse et l'a déboutée de ses demandes d'indemnité de ce chef, et elle a par ailleurs condamné l'employeur à lui payer une somme à titre de reliquat d'indemnité conventionnelle de licenciement.

**D'où le pourvoi** formé par Mme X... dont votre assemblée plénière se trouve saisie.

#### 4. - Le moyen

Le moyen unique de cassation reproche à l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 29 janvier 2009 d'avoir décidé que le licenciement de Mme X... était fondé sur une cause réelle et sérieuse et de l'avoir déboutée de ses demandes indemnitaires, « *alors qu'il résulte de l'article L. 1132-1 du code du travail qu'un salarié ne peut être licencié en raison de son état de santé ou de son handicap sauf si le licenciement est motivé non par l'état de santé du salarié mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé et si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif, qu'au cas présent, la cour d'appel, qui retient que les tâches confiées à Mme X... ont été intégralement reprises par un salarié d'une entreprise de services dans le cadre de dispositions s'inscrivant dans la durée, ce qui caractériserait son remplacement effectif et définitif, ne pouvait décider que son licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse motif pris que la bonne foi du syndicat des copropriétaires, au demeurant présumée, ne pouvait être mise en doute, puisque ce système d'emploi indirect le garantissait d'une absence prolongée du gardien, dont il avait déjà durablement pâti et contre laquelle il était en droit de se prémunir pour l'avenir, dès lors qu'une suppression d'emploi de gardienne d'immeuble avec recours à un contrat d'entreprise de nettoyage ne peut en aucune façon être assimilée à un remplacement définitif d'une gardienne ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 du code du travail* ».

Le moyen reproche en réalité à l'arrêt de ne pas respecter l'interprétation que fait de ce texte la chambre sociale, qui autorise le licenciement du salarié malade dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent le fonctionnement normal de l'entreprise pourvu que soit assuré son remplacement définitif, et qui énonce que le recours à un contrat d'entreprise de services ne peut en aucune façon caractériser un remplacement définitif.

#### 5. - L'environnement juridique

Lorsque le contentieux de la rupture du contrat de travail est lié à la maladie du salarié, il importe tout d'abord de savoir si son état physique cause de la rupture a une origine professionnelle ou non professionnelle, la réponse induisant deux régimes juridiques différents.

Dans l'hypothèse où la cause de la rupture trouve son origine dans une maladie professionnelle, le salarié bénéficie, depuis la loi n° 81-3 du 7 janvier 1981, d'une protection spécifique : l'employeur ne peut, sauf à des conditions strictes, rompre son contrat de travail<sup>9</sup>.

Dans l'hypothèse où la cause de la rupture trouve son origine dans une maladie non professionnelle, aucun texte spécifique, à la différence des autres cas de discrimination<sup>10</sup>, hormis l'article L. 1132-1 du code du travail, qui prohibe le licenciement discriminatoire en raison de l'état de santé, ne protège l'emploi du salarié malade.

On observera seulement que la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail a prévu qu'en cas de licenciement prononcé pour maladie ou inaptitude d'origine non professionnelle, les indemnités de licenciement puissent être prises en charge par un fonds de mutualisation auquel aura souscrit l'employeur<sup>11</sup> ; on observera également, avec intérêt pour notre espèce, que ce texte, abandonnant l'idée de contrat unique, a également posé le postulat selon lequel « *le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail* »<sup>12</sup>.

#### 6. - Les textes applicables et leur interprétation jurisprudentielle par la chambre sociale

##### A. - L'article L. 1132-1 du code du travail

L'article L. 1132-1 du code du travail, qui pose le principe de la prohibition du licenciement pour raison de santé, énonce qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte telle que définie à l'article premier de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (...) à raison de son état de santé ou de son handicap* ».

L'interprétation jurisprudentielle de ce texte s'inscrit dans la continuité de la construction par la chambre sociale d'une jurisprudence qui consiste « *à ne laisser aucune faille dans le dispositif de protection de la santé du travailleur, au risque parfois de donner l'impression d'une rigueur excessive* »<sup>13</sup>, mais aussi qui cherche à concilier la sauvegarde des intérêts des salariés avec les impératifs économiques de l'entreprise<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Article L. 1226-9 du code du travail : « *Au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie* ».

<sup>10</sup> Article L. 1142-1 du code du travail sur la discrimination à l'embauche en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse.

<sup>11</sup> Article L. 1226-4-1 du code du travail.

<sup>12</sup> Article L. 1221-2, alinéa 1, du code du travail.

<sup>13</sup> Voir note 1, p. 64.

<sup>14</sup> Henri Blaise, « *Maladie et inaptitude physique, causes de rupture du contrat de travail* », *RJS*, n° 6/90, p. 315 à 324.

S'il a toujours été admis que la maladie du salarié médicalement constatée ne rompt pas le contrat de travail et qu'elle entraîne seulement la suspension de son exécution, c'est sur l'imputabilité de la rupture, du salarié vers l'employeur, que s'est faite l'évolution de la jurisprudence :

- il était tout d'abord permis à l'employeur de prendre acte de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié d'effectuer son travail<sup>15</sup> ;
- puis l'employeur, prenant l'initiative de constater la rupture imputable à la maladie, a été contraint de licencier le salarié en respectant la procédure de licenciement<sup>16</sup> ;
- puis l'employeur est devenu débiteur de l'indemnité de licenciement<sup>17</sup> et, enfin<sup>18</sup>, de l'indemnité conventionnelle de licenciement.

La loi du 12 juillet 1990<sup>19</sup> a posé, dans l'article L. 122-45, devenu L. 1132-1 et L. 1134-4, du code du travail, le principe que la rupture du contrat de travail du salarié malade ou inapte à l'emploi en raison d'une affection d'origine non professionnelle s'analyse en un licenciement discriminatoire frappé de nullité, la nullité étant encourue seulement si le licenciement est motivé par l'état de santé du salarié.

Lorsque la rupture du contrat de travail n'est pas liée à la maladie, le droit commun du licenciement a évidemment vocation à s'appliquer, ce qui induit que le salarié malade peut être licencié pendant la suspension de son contrat de travail pour toute cause réelle et sérieuse, pourvu qu'elle soit étrangère à la maladie, par exemple, le trouble objectif que cause son absence prolongée ou ses absences répétées au fonctionnement de l'entreprise<sup>20</sup>.

L'élargissement de la notion de trouble objectif à l'état de santé n'est contraire ni à la lettre ni à l'esprit de la loi du 12 juillet 1990 : il ressort en effet des travaux préparatoires de ce texte que son objet était seulement d'introduire à l'article L. 122-45 un cas supplémentaire de discrimination prohibée<sup>21</sup> ; il n'était pas dans l'intention du législateur de remettre en cause la licéité des licenciements pour absence prolongée ou pour absences répétées qui conduisent à une désorganisation de l'entreprise<sup>22</sup>.

Autrement dit, si la maladie fait obstacle à la rupture du contrat de travail au titre de la discrimination prohibée, ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise peuvent cependant fonder la rupture : il s'agit de trouver un équilibre entre la nécessité de préserver l'emploi du salarié malade pendant la période de suspension de son contrat de travail et celle de sauvegarder l'intérêt légitime du bon fonctionnement de l'entreprise.

La chambre sociale<sup>23</sup> interprète l'article L. 1132-1 du code du travail comme ne s'opposant pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement.

#### **a) Première cause réelle et sérieuse de licenciement du salarié malade : la nécessité de son remplacement**

La jurisprudence a défini progressivement les règles relatives à la rupture, qui ne peut être qu'un licenciement<sup>24</sup> fondé sur les conséquences que l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié engendrent dans l'entreprise<sup>25</sup>.

Toute absence du salarié malade étant, à l'évidence, une cause de désorganisation plus ou moins importante de l'entreprise,

- il appartient à l'employeur d'établir le caractère réel et sérieux de la perturbation générée par la prolongation de l'absence du salarié ou sa répétition ;
- les juges du fond doivent vérifier que l'absence du salarié a entraîné des perturbations dans l'entreprise<sup>26</sup>.

Si la perturbation de l'entreprise peut être palliée par une nouvelle répartition du travail entre salariés ou une embauche temporaire, le remplacement ne sera pas considéré comme nécessaire<sup>27</sup>.

Cela ne signifie pas que dès lors que l'employeur a eu recours au contrat à durée déterminée ou à l'intérim pour pallier l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, il ne soit pas recevable à établir la

<sup>15</sup> Soc., 14 décembre 1960, *Bull.* 1960, IV, n°1181, p. 916 : « la maladie d'un salarié peut, par sa prolongation, devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail ».

<sup>16</sup> Soc., 29 juin 1977, *Bull.* 1977, V, n° 241.

<sup>17</sup> Soc., 19 et 24 novembre 1988, *D.* 1989, p.169.

<sup>18</sup> Soc., 11 décembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 634 : « que la résiliation par l'employeur du contrat de travail du salarié indisponible durant une longue période pour maladie s'analyse en un licenciement qui ouvre droit, sauf disposition contraire de la convention collective, au paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement ».

<sup>19</sup> Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990, relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

<sup>20</sup> Ph. Waquet, *Revue du droit du travail*, Dalloz, 2006, p. 304 : « Le trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir ».

<sup>21</sup> J.-P. Laborde, observations à propos de la loi du 12 juillet 1990, *Droit social* 1991, p. 615.

<sup>22</sup> JOAN débats, 20 juin 1990, p. 2643, 29 juin 1990, p. 3100.

<sup>23</sup> Notamment Soc., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-40.073 ; 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 84, 4 février 2004, pourvoi n° 01-46.921, étude de cette question par Sylvie Bourgeot et Jean-Yves Frouin : « Maladie et inaptitude du salarié », *RJS* 2000, p. 3 et suivantes.

<sup>24</sup> Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 89.

<sup>25</sup> Soc., 16 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 394, et 10 novembre 1998, *Bull.* 1998, n° 485, et toute la jurisprudence ultérieure.

<sup>26</sup> Soc., 5 juin 2002, pourvoi n° 00-41.701.

<sup>27</sup> Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 84, et 2 mars 2005, pourvoi n° 03-42.800.

nécessité du remplacement définitif : pour que sa requête soit admise, il faut qu'il établisse que le recours à une solution de remplacement temporaire n'est plus viable et qu'il a entrepris des démarches pour embaucher un salarié dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée pour occuper le poste du salarié absent<sup>28</sup>.

L'appréciation des juges du fond est souveraine<sup>29</sup>. Le plus souvent, la chambre sociale relève seulement que « *la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a constaté l'existence de perturbations résultant de l'absence prolongée du salarié et ne pouvant être résolues par un emploi précaire* ».

Le remplacement, dans une espèce comparable à celle qui vous est soumise, a été considéré comme nécessaire, la cour d'appel ayant constaté que l'absence prolongée de la gardienne d'immeuble qui bénéficiait d'un logement de fonction avait rendu nécessaire son remplacement définitif<sup>30</sup>.

Dans notre espèce, sur la perturbation causée à l'entreprise, le jugement du conseil des prud'hommes de Paris du 7 janvier 2005 a considéré que le nombre de jours d'absence de la gardienne d'immeuble ne montrait pas une obligation particulière de procéder à son remplacement, alors que l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2009 a considéré que la durée de l'arrêt de travail de la gardienne d'immeuble et la désorganisation qu'il occasionnait justifiaient le recours à une mesure de licenciement.

#### **b) Seconde cause réelle et sérieuse de licenciement du salarié malade : le caractère définitif de son remplacement**

L'absence du salarié malade ne pouvait à elle seule être une cause autonome de licenciement, sous peine de couvrir une suppression d'emploi hors des règles du licenciement pour motif économique<sup>31</sup>.

C'est pourquoi la nécessité du remplacement définitif du salarié malade a été posée clairement par la chambre sociale dans un arrêt du 16 juillet 1998<sup>32</sup>.

Depuis cet arrêt fondateur, la perturbation du fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié sont les deux conditions nécessaires à la validité du licenciement du salarié malade ; un arrêt rendu peu après le 10 novembre 1998<sup>33</sup>, n'ayant pas repris la restriction relative à la nécessité du remplacement définitif, a pu laisser planer le doute sur l'exigence de la double condition ; aucun doute ne subsiste désormais depuis l'arrêt du 13 mars 2001<sup>34</sup>.

Le commentaire de cet arrêt au rapport annuel 2001<sup>35</sup> énonce que son enseignement est d'encadrer désormais strictement le licenciement du salarié malade : « *dorénavant une limite claire est posée : si l'article L. 122-45 ne s'oppose pas au licenciement du salarié en raison de la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par les absences répétées ou l'absence prolongée, une telle perturbation ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement que si elle entraîne la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement définitif du salarié* ».

La chambre sociale s'est attachée à définir ce qu'est et ce que n'est pas un remplacement définitif.

La définition positive du remplacement définitif est très claire en jurisprudence : est qualifié de définitif le remplacement assuré par un contrat à durée indéterminée<sup>36</sup>. Le rapport annuel 2007 de la Cour de cassation<sup>37</sup> confirme que le remplacement définitif impose l'embauche d'un nouveau salarié par contrat de travail à durée indéterminée.

La définition en creux ou par la négative du remplacement définitif a été à plusieurs reprises donnée par la jurisprudence en fonction des situations de fait. Il en ressort que le remplacement n'est pas qualifié de définitif lorsqu'il est assuré :

- par le recours à un contrat à durée déterminée<sup>38</sup> ou à un stagiaire<sup>39</sup>, ou à un travailleur temporaire<sup>40</sup> ;
- ou par une personne déjà membre de l'entreprise, de sorte qu'aucun nouveau salarié n'a été embauché<sup>41</sup> ;
- ou encore, comme dans l'arrêt rebelle du 18 octobre 2007<sup>42</sup>, par le recours à une entreprise prestataire de services.

<sup>28</sup> Sylvie Bourgeot et Michel Blatman, *L'état de santé du salarié*, éditions Liaisons, 2<sup>e</sup> édition, 2009, p. 360 : commentaire de l'arrêt Soc., 2 mars 2005, pourvoi n° 03-42.800.

<sup>29</sup> Soc., 27 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 106 ; 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-45.921, et 19 mars 2008, pourvoi n° 06-46.501.

<sup>30</sup> Soc., 27 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 106.

<sup>31</sup> Frouin, *RJS* 1995, n° 6, J.-E. Ray, « *Droit du travail* » 1998-1999, éditions Liaisons, n° 145 ; d'Ornano, *JCP, édition social*, n° 13, 28 mars 2006 1254.

<sup>32</sup> Soc., 16 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 394.

<sup>33</sup> Soc., 10 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 485.

<sup>34</sup> Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 84.

<sup>35</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, p. 354.

<sup>36</sup> Soc., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-43.029 ; Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-46.233, et Soc., 16 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 186.

<sup>37</sup> Voir note 6, rapport, p. 159.

<sup>38</sup> Soc., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-42.737 ; Soc., 6 octobre 2004, pourvoi n° 02-44.586 ; Soc., 2 mars 2005, pourvoi n° 03-42.800, et Soc., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-40.073.

<sup>39</sup> Soc., 19 octobre 1994, *Bull.* 1994, V, n° 280.

<sup>40</sup> Soc., 13 mars 1991, *Bull.* 1991, V, n° 135.

<sup>41</sup> Soc., 4 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 304.

<sup>42</sup> Soc., 18 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 163.

## B. - La convention collective

Ainsi que l'observe M. le Professeur Béraud<sup>43</sup>, « l'indifférence dont le législateur a fait preuve à l'égard de la maladie de droit commun a laissé au juge un large champ d'action, elle a aussi incité les négociateurs sociaux à régler ces questions par voie de conventions collectives ».

Il arrive fréquemment<sup>44</sup> que les conventions collectives comportent des clauses de garantie d'emploi en cas de maladie ou d'accident d'origine non professionnelle, notamment pour encadrer le pouvoir de licenciement de l'employeur en cas d'absence prolongée du salarié<sup>45</sup>.

Il arrive parfois que certaines clauses, comme l'article 21 de la convention collective nationale du caoutchouc, prévoient que la prolongation ou la répétition des absences pour maladie ne permettent à l'employeur de rompre le contrat de travail que si s'impose le remplacement définitif du salarié malade<sup>46</sup> ; la doctrine considère que ces clauses ont perdu de leur intérêt depuis l'évolution jurisprudentielle qui impose à l'employeur d'établir la nécessité du remplacement définitif du salarié malade pour justifier son licenciement<sup>47</sup>.

En toute hypothèse, les clauses de garantie d'emploi n'empêchent pas le licenciement pour cause réelle et sérieuse, telle la nécessité de remplacer une salariée en raison des perturbations apportées à la bonne marche de l'entreprise par ses absences répétées, même si elles sont d'une durée totale inférieure à celle prévue dans la convention collective pour permettre le remplacement<sup>48</sup>.

On peut relever que la jurisprudence antérieure à l'arrêt rebelle du 18 octobre 2007 et relative à l'interprétation des clauses qui prévoient la possibilité de remplacement par le recours à une entreprise prestataire de services est peu fournie :

- seul un arrêt ancien du 14 mai 1987<sup>49</sup>, statuant dans une hypothèse dans laquelle la convention collective n'excluait pas que le remplacement du salarié malade puisse être assuré par la sous-traitance, énonce que le texte conventionnel n'excluant pas que l'activité du salarié malade puisse être assurée par un sous-traitant, il s'en déduit que le texte conventionnel ne peut être invoqué par l'employeur lorsque le remplacement du salarié ne revêt pas un caractère définitif. Cette décision a été interprétée comme signifiant que lorsque le recours à la sous-traitance n'a pas un caractère temporaire, il ne peut caractériser le remplacement définitif du salarié malade ;

- en sens inverse, un arrêt plus récent du 31 mai 2007<sup>50</sup>, statuant dans une hypothèse dans laquelle la convention collective prévoyait qu'après une absence du salarié de plus de trois mois, l'employeur puisse pourvoir à son remplacement définitif sous contrat de droit commun, a écarté la validité du recours à la sous-traitance pour assurer le remplacement définitif du salarié malade.

Dans notre espèce, le texte conventionnel applicable, celui de la convention collective nationale des concierges, employés et gardiens d'immeubles du 11 décembre 1979, dispose :

- en son article 26, intitulé « remplacement du salarié en congé », que « l'employeur détermine les conditions dans lesquelles le remplacement du salarié en congé devra en tout ou partie ou non être assuré : soit par une entreprise prestataire de services (éventuellement régie par les articles L. 124-1 et suivants du code du travail) soit par un ou des salariés engagé(s) à temps complet ou partiel, à titre permanent (par roulement, équipe de suppléance) ou à durée déterminée, et en catégorie A ou B, quel que soit le statut du titulaire du poste » ;

- en son article 28 : « le remplacement du salarié occupant un logement de fonction s'effectue dans les conditions prévues à l'article 26 ».

Ce texte conventionnel prévoit, parmi d'autres possibilités de remplacement du salarié malade, telles que celles d'engager un salarié à temps complet ou partiel, à titre permanent ou à durée déterminée, celle de le remplacer par une entreprise prestataire de services éventuellement régie par les règles de l'entreprise de travail temporaire<sup>51</sup>, mais il n'envisage pas les modalités du remplacement définitif du salarié malade. Il ne peut donc être invoqué directement ou indirectement pour la solution du litige qui vous est soumis.

## C. - L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation

L'étendue du contrôle exercé par la chambre sociale sur le juge du fond n'est pas le même s'agissant de l'existence des perturbations, qui relève toujours du pouvoir souverain<sup>52</sup>, et de la notion de remplacement définitif, sur laquelle s'exerce un certain contrôle<sup>53</sup>. La différence s'explique aisément : la reconnaissance des perturbations causées par l'absence ressort d'appréciations d'ordre essentiellement factuelles, alors que le contrôle de la réalité et de l'effectivité du remplacement définitif est pleinement justifié, s'agissant d'une qualification qui met en manœuvre des éléments plus abstraits ou objectifs, pouvant faire l'objet d'une approche plus juridique.

<sup>43</sup> Jean-Marc Béraud, « Maladie et perte d'emploi », *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 1991, p. 580.

<sup>44</sup> Antoine Mazeaud, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle », *Répertoire Dalloz « Droit du travail »*, section 2, n° 74 : « environ 80 % des salariés ont une couverture conventionnelle leur assurant une garantie de ressources souvent accompagnée d'une garantie d'emploi ».

<sup>45</sup> Franck Petit, « Sur les clauses de garantie d'emploi », *Droit social* 2000, p. 80 et s.

<sup>46</sup> Soc., 4 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 304 : le remplacement définitif auquel l'employeur prétendait avoir procédé n'ayant entraîné l'embauche d'aucun nouveau salarié, la cour d'appel pouvait en déduire que le contrat de travail a été rompu en violation de la convention collective.

<sup>47</sup> Sylvie Bourgeot et Michel Blatman, *L'état de santé du salarié*, éditions Liaisons, 2<sup>e</sup> édition, 2009, p. 366.

<sup>48</sup> Soc., 7 juillet 1982, *Bull.* 1982, V, n° 467.

<sup>49</sup> Soc., 14 mai 1987, *Bull.* 1987, V, n° 321.

<sup>50</sup> Soc., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-41.146.

<sup>51</sup> Articles 26 et 28 de la convention collective cités plus haut.

<sup>52</sup> Voir note 29.

<sup>53</sup> Jurisprudence citée au rapport de monsieur le conseiller Cholet sous Soc., 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-41.879.

Un arrêt du 19 mars 2008<sup>54</sup> illustre de manière significative les limites et l'étendue du contrôle exercé par la chambre sociale : elle approuve une cour d'appel d'avoir, d'une part, par son appréciation souveraine, constaté l'existence de perturbations résultant de l'absence prolongée d'une salariée ne pouvant être résolues par un emploi précaire et, d'autre part, appréciant exactement la situation à la date du licenciement, caractérisé la nécessité pour l'employeur de remplacer définitivement cette salariée en procédant à l'embauche d'une autre salariée par contrat à durée indéterminée.

## 7. - Problématique

L'arrêt de rébellion de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2009<sup>55</sup> ne conteste pas la nécessité d'un remplacement définitif de la salariée malade, il conteste seulement les modalités du remplacement imposées par la chambre sociale. Il invite votre assemblée plénière à dire jusqu'où doit aller le respect par l'employeur de la situation vécue par le salarié malade<sup>56</sup>.

L'arrêt considère :

- que si le remplacement par l'embauche sous forme de contrat à durée indéterminée est un moyen privilégié d'établir la rectitude de l'opération de remplacement, il ne peut s'agir d'un moyen nécessaire, l'employeur ayant une certaine liberté de choix dans les solutions pratiques à mettre en manœuvre pour procéder au remplacement qui lui incombe, notamment par le recours à une entreprise de prestation de services ;

- que l'employeur, le syndicat des copropriétaires, a bien procédé au remplacement définitif de la gardienne, dans la mesure où, d'une part, les missions confiées à l'entreprise de service sont les mêmes que celles qui lui étaient confiées et où, d'autre part, les circonstances de l'espèce (l'occupation de son logement de fonction par la gardienne au moment de son licenciement) interdisaient que soit effectuée l'embauche d'un autre salarié.

Trois questions sont ainsi posées à votre assemblée plénière, chacune mérite débat :

- la première est de savoir si l'employeur a la liberté de choisir le mode de remplacement du salarié malade ;

- la deuxième est de savoir si un remplacement dans les tâches peut caractériser un remplacement définitif ou si un remplacement dans l'emploi est nécessaire ;

- la troisième est de savoir si le remplacement dans l'emploi peut être assuré par le recours à une entreprise de prestation de services par un contrat de droit commun, ou seulement par une embauche par un contrat de travail à durée indéterminée.

## 8. - La question du libre choix par l'employeur du mode de remplacement du salarié malade

Le libre choix par l'employeur de ses collaborateurs découle du principe fondamental de la liberté d'entreprendre.

Pour Mme le professeur Corrigan-Carsin, l'appréciation restrictive de la Cour de cassation « pose (néanmoins) problème et conduit à s'interroger sur la liberté dont peut encore disposer un employeur lorsqu'il entend organiser son entreprise et choisir ses collaborateurs »<sup>57</sup>.

C'est, en effet, sur le fondement du principe de la liberté d'entreprendre que le Conseil constitutionnel a énoncé « que l'employeur (...) responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs »<sup>58</sup> et que la chambre sociale a justifié la prohibition faite au juge du fond de s'immiscer dans l'organisation de l'entreprise<sup>59</sup>.

Dans notre espèce, ce principe fondamental n'est pas en cause puisque l'employeur, par le recours à une entreprise de prestation de services pour assurer le remplacement du salarié malade, ne procède pas au choix d'un collaborateur par un contrat de travail, mais à une réorganisation des tâches par un contrat de droit commun avec un tiers étranger à l'entreprise ; c'est en fait le principe fondamental, d'essence libérale, de la liberté contractuelle qui est en cause, confronté au principe fondamental d'ordre social du droit au travail.

Le principe de la liberté contractuelle a été consacré comme ayant une valeur constitutionnelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>60</sup> par la décision du Conseil constitutionnel du 19 décembre 2000<sup>61</sup>, suivie notamment d'une décision du 13 janvier 2003<sup>62</sup> par laquelle le juge constitutionnel a précisé que ce principe pouvait être encadré pour des raisons d'intérêt général.

Le droit au travail est inscrit au cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, qui affirme que « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi » ; le Conseil constitutionnel, en énonçant

<sup>54</sup> Soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-46.501.

<sup>55</sup> Cour d'appel de Paris, 22<sup>e</sup> chambre C, 29 janvier 2009, RG n° 08/01055.

<sup>56</sup> Voir note 1, p. 57.

<sup>57</sup> Mme Corrigan-Carsin, « Licenciement motivé par la situation objective de l'entreprise », *La Semaine juridique, édition social*, n° 50, 11 décembre 2007, 1956.

<sup>58</sup> Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, décision n° 88-244 DC, considérant n° 22.

<sup>59</sup> Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 205.

<sup>60</sup> Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

<sup>61</sup> Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, considérant n° 37.

<sup>62</sup> Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, considérant n° 4.

qu'un tel droit constitue un principe fondamental du droit du travail, le considère comme un objectif de valeur constitutionnelle<sup>63</sup> pouvant par conséquent constituer la justification d'une limite apportée à un autre droit ou liberté fondamentale.

Pour la doctrine, les droits et libertés fondamentaux de la personne dans le cadre de l'emploi salarié, considérés comme inaliénables, sont présumés prévaloir devant les impératifs économiques<sup>64</sup>.

C'est au juge qu'il appartient de « contrôler l'articulation des droits fondamentaux dans le contrat et de rééquilibrer l'acte s'il traduit un rapport contractuel trop inégal »<sup>65</sup>. Ainsi la Cour de cassation, d'un côté, admet que des entraves, par exemple des clauses d'exclusivité<sup>66</sup> ou de non-concurrence<sup>67</sup>, qui portent atteinte à la liberté du travail, puissent être apportées à la liberté contractuelle par les acteurs au contrat de travail lorsqu'elles sont justifiées par la protection de leurs intérêts mais, de l'autre, elle veille à ce qu'aucune clause ne porte une atteinte excessive à la liberté de travailler.

Dans notre espèce, le principe de la liberté contractuelle, confronté à celui du droit au travail, trouve sa limite dans la loi qui prohibe le licenciement discriminatoire à raison de l'état de santé et dans l'interprétation jurisprudentielle de ce texte par la chambre sociale.

## 9. - La question du caractère définitif du remplacement dans les tâches ou de la nécessité du remplacement dans l'emploi

Il peut arriver que certaines circonstances, comme, dans notre espèce, l'occupation par la salariée de son logement de fonction, rendent difficile le remplacement du salarié malade par l'embauche. De même, on ne peut que reconnaître l'incertitude dans laquelle se trouve l'employeur lorsqu'il s'agit d'apprécier la nécessité de remplacer définitivement le salarié absent, alors qu'il ignore si les arrêts de travail seront renouvelés par le médecin traitant et que l'inaptitude n'est pas susceptible d'être appréciée par le médecin du travail<sup>68</sup>.

Cependant, force est d'admettre également que le remplacement dans les tâches par une solution temporaire (telle par exemple que le remplacement en interne ou par contrat à durée déterminée, ou par un stagiaire ou, comme dans notre espèce, par le recours à une entreprise de prestation de services...) démontre que l'employeur a pu pallier la perturbation causée par l'absence du salarié ; la nécessité de le remplacer n'est avérée que lorsqu'il s'agit de le remplacer définitivement.

Comme le remarque un auteur, « tant qu'il n'est pas nécessaire de remplacer effectivement et définitivement le salarié, c'est que l'entreprise peut supporter l'absence du salarié malade, au besoin en le remplaçant provisoirement »<sup>69</sup>, et comme le remarque un autre auteur<sup>70</sup>, on peut penser que « si, dans le même temps où l'employeur recourait au prestataire de services pour pallier les arrêts maladie de la gardienne, il avait pu démontrer qu'il était par ailleurs dans une démarche de recrutement d'un salarié en contrat à durée indéterminée pour un remplacement définitif dès que la loge aurait été disponible, la Cour de cassation n'aurait certainement rien trouvé à redire ».

Pour la chambre sociale :

- c'est l'embauche définitive d'un salarié par contrat à durée indéterminée qui seule permet de caractériser le remplacement définitif du salarié licencié à raison de son absence pour maladie ;
- c'est la seule garantie de sauvegarde de l'emploi qu'occupait ce salarié et la seule garantie que l'employeur ne profite pas de son licenciement pour supprimer un emploi ou développer l'emploi précaire ;
- seul un remplacement dans l'emploi est à même de démontrer que l'employeur ne peut plus affronter la difficulté causée à l'entreprise par l'absence du salarié malade par une solution temporaire et traduit au contraire la nécessité d'un remplacement définitif.

Ainsi, par un arrêt en date du 6 février 2008<sup>71</sup>, la chambre sociale énonce la rigueur avec laquelle le salarié doit être remplacé dans son emploi : il ne suffit pas que le remplacement s'effectue par le recrutement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée, il faut également qu'il y ait équivalence de temps de travail entre le salarié remplacé et le salarié remplaçant.

Le lien imposé par la chambre sociale, dans l'arrêt rebelle, entre licenciement et embauche n'est pas nouveau : déjà, un arrêt du 25 mai 1989<sup>72</sup> (suivi d'un arrêt du 4 juin 1998<sup>73</sup> et d'un arrêt du 29 septembre 2004<sup>74</sup>) subordonnait la validité du remplacement du salarié absent à l'engagement par l'employeur d'une autre personne pour exercer ses fonctions, et un arrêt du 14 mars 2007<sup>75</sup> caractérisait le délai raisonnable pour procéder au remplacement par rapport « aux démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement ».

<sup>63</sup> Décisions n° 83-156 DC du 28 mai 1983, n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, n° 98-401 DC du 10 juin 1998, et n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005.

<sup>64</sup> Gilles Trudeau, « Vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, n° 1, janvier 2010, p. 76 et suivantes.

<sup>65</sup> Laurence Dardalhon, « La liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *Revue française de droit constitutionnel* 2005, 64.

<sup>66</sup> Soc., 6 février 2001, pourvoi n° 98-46.423 ; 13 novembre 2002, pourvoi n° 00-46.705, et 11 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 161.

<sup>67</sup> Soc., 10 juillet 2002, *Dalloz* 2002, p. 2491, *RJS* 2002, p. 840, n° 1119.

<sup>68</sup> Jean Savatier, *Droit social*, n° 12, décembre 2001, p. 1045.

<sup>69</sup> Jean-Yves Frouin, *Droit social* 2001, p. 558.

<sup>70</sup> D. Boulmier, « Le remplacement du salarié malade à l'épreuve du pouvoir d'organisation de l'employeur », *Le droit ouvrier* 2008, p. 233 à 237.

<sup>71</sup> Soc., 6 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 32

<sup>72</sup> Soc., 25 mai 1989, *Bull.* 1989, V, n° 400.

<sup>73</sup> Soc., 4 juin 1998, *Bull.* 1989, V, n° 304.

<sup>74</sup> Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-45.577.

<sup>75</sup> Soc., 14 mars 2007, pourvoi n° 06-41.723.

Il trouve un écho dans certaines conventions collectives, telle celle du notariat, qui prévoit, en son article 20, que l'employeur ne pourra provoquer la rupture du contrat « *que s'il est ou a été obligé de remplacer le salarié malade, ce remplacement pouvant se faire soit par l'embauche d'un autre salarié pour tenir le même poste, soit par promotion interne après embauche d'un autre salarié, l'effectif salarié de l'office devant, en tout état de cause, être maintenu* »<sup>76</sup>.

Enfin et surtout, il constitue la seule justification possible du caractère réel et sérieux du licenciement du salarié malade : permettre le licenciement sans la contrepartie d'une embauche reviendrait à autoriser une suppression d'emploi et à contourner les règles strictes du licenciement économique fixées par les articles L. 1233-2 et suivants du code du travail.

C'est l'avis de nombreux auteurs, ainsi :

- le commentateur à la *RJS*<sup>77</sup> de l'arrêt rebellé du 18 octobre 2007 : il considère qu'en rendant cet arrêt de principe, la Cour de cassation a souhaité fermer la porte à un contournement possible du licenciement économique ;

- pour P.-H. d'Ornano<sup>78</sup>, « *il n'est pas étonnant que la Cour de cassation exige que la décision de rompre le contrat de travail s'accompagne du remplacement effectif et définitif du salarié ; admettre le contraire reviendrait à autoriser que le licenciement couvre des suppressions d'emplois hors des règles du licenciement pour motif économique* » ;

- pour M. le professeur Savatier<sup>79</sup>, « *on peut se demander si cela ne conduit pas à qualifier de licenciement économique le licenciement du travailleur dont l'emploi est en fait supprimé* ».

Il est constant<sup>80</sup> que la suppression d'emploi visée à l'article L. 1233-3 du code du travail peut s'entendre soit par suppression des tâches<sup>81</sup> (par exemple, l'abandon d'un service de gardiennage ou la suppression d'un poste de directeur financier), soit, comme en l'espèce, sans suppression des tâches, et qu'elle s'apprécie au moment du licenciement<sup>82</sup> et au niveau de l'entreprise<sup>83</sup>.

En conséquence, si le poste est pourvu par un autre salarié, il n'y a pas véritablement suppression d'emploi. Par contre, il y a suppression d'emploi :

- en cas d'attribution des tâches d'un salarié dont le poste a été supprimé à un autre salarié déjà employé dans l'entreprise<sup>84</sup> ;

- lorsque les tâches sont confiées à un autre salarié en sus des siennes<sup>85</sup> ou reprises par un bénévole<sup>86</sup>, qui peut être le conjoint de l'employeur<sup>87</sup>, ou, encore, lorsque les tâches sont confiées à un associé non salarié<sup>88</sup> ;

- et, rapprochement topique avec notre espèce, en cas d'attribution des tâches du salarié licencié à un intervenant indépendant, extérieur à l'entreprise.

Ainsi la chambre sociale :

- par un arrêt du 27 mai 1997<sup>89</sup>, approuve une cour d'appel d'avoir considéré que la suppression par l'employeur de trois emplois de femmes de chambre et de service qui assuraient le nettoyage de chambres d'hôtel pour confier cette tâche à une entreprise extérieure caractérisait la suppression de ces trois emplois ;

- et, par un arrêt du 17 décembre 2008<sup>90</sup>, censure une cour d'appel qui avait dénié la réalité de la suppression d'un poste d'instructeur d'un salarié au motif que son poste ainsi que plusieurs autres de sa catégorie avaient été externalisés et non supprimés, en posant le postulat selon lequel « *l'externalisation des tâches par recours à une entreprise extérieure constitue une suppression de poste au sens de l'article L. 321-1, alinéa premier, devenu l'article L. 1233-3, du code du travail* ».

Comme le remarque pertinemment M. le professeur Lokiec<sup>91</sup>, la rigueur de la chambre sociale illustre la distance qui sépare le licenciement pour trouble objectif du licenciement pour motif économique : tous les deux sont fondés sur la situation objective de l'entreprise, mais alors que, dans le licenciement pour motif économique, le motif doit être « *non inhérent à la personne du salarié* »<sup>92</sup> et peut résider, aux termes de l'article L. 1233-3 du code du travail, dans une suppression d'emploi, dans le licenciement pour trouble

<sup>76</sup> Cité par Lokiec, *La Semaine juridique, édition générale*, n° 49, 5 décembre 2007.

<sup>77</sup> *RJS*, 12/07, n° 1272, p. 1023 : « *Le recours définitif à un prestataire de services s'accompagnerait, en effet, de la suppression d'un emploi et le licenciement revêtirait dès lors un caractère économique* ».

<sup>78</sup> P.-H. d'Ornano, « *Le sort du contrat de travail d'un salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel* », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 13, 28 mars 2006.

<sup>79</sup> Jean Savatier, *Droit social*, n° 1, janvier 2008, p.129.

<sup>80</sup> *Lamy social*, p. 992-993, n° 2128, 2129.

<sup>81</sup> *Soc.*, 12 janvier 1994, pourvoi n° 92-42.082 (abandon d'un service de gardiennage) ; *Soc.*, 29 juin 1994, pourvoi n° 93-40.491 (suppression du poste de directeur financier).

<sup>82</sup> *Soc.*, 8 janvier 2002, pourvoi n° 99-46.118.

<sup>83</sup> *Soc.*, 16 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 11.

<sup>84</sup> *Soc.*, 21 juillet 1994, pourvoi n° 92-44.870.

<sup>85</sup> *Soc.*, 17 mai 1994, pourvoi n° 92-44.982.

<sup>86</sup> *Soc.*, 7 octobre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 502.

<sup>87</sup> *Soc.*, 20 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 19.

<sup>88</sup> *Soc.*, 10 mars 1993, pourvoi n° 90-43.523.

<sup>89</sup> *Soc.*, 27 mai 1997, pourvoi n° 95-42.419.

<sup>90</sup> *Soc.*, 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.974.

<sup>91</sup> Pascal Lokiec, voir note 76.

<sup>92</sup> Article L.1233-3 du code du travail.



objectif, le motif, personnel au salarié à raison du trouble causé par son absence au fonctionnement normal de l'entreprise, doit résider non pas dans une suppression d'emploi, mais, bien au contraire, dans la nécessité de pourvoir un emploi vacant.

Il s'ensuit que le licenciement pour trouble objectif n'est légitime qu'à emploi constant. Toute autre solution qui couvrirait la suppression ou la transformation d'un emploi revêtirait un caractère économique.

#### 10. - La question du caractère définitif du remplacement par le recours à une entreprise de prestation de services par un contrat de droit commun

Si la chambre sociale se montre rigoureuse pour apprécier le caractère définitif du remplacement du salarié malade, c'est bien évidemment dans le cadre de son rôle protecteur de la personne et des libertés du salarié, parce que « *la première protection du salarié malade est de pouvoir conserver son emploi* »<sup>93</sup>. C'est aussi, en creux, pour éviter que l'employeur ne se serve de l'exception admise en jurisprudence de perturbation du fonctionnement de l'entreprise pour favoriser la précarité sous toutes ses formes en remplaçant un salarié qui bénéficie d'un statut protecteur par un intermédiaire qui n'est pas son salarié, mais qui emploie lui-même un salarié.

Il s'agit d'éviter que se réalise, selon certains auteurs<sup>94</sup>, « *le rêve de nombreux employeurs de pouvoir disposer d'une main-d'œuvre sans avoir de salariés* ».

Il n'en demeure pas moins que le refus par la chambre sociale d'admettre que le recours à une entreprise prestataire de services puisse caractériser un remplacement définitif a pu être considéré comme une exigence extrêmement rigoureuse.

Si une partie de la doctrine a approuvé l'arrêt rebelle de la chambre sociale en relevant qu'il a le mérite de rappeler, alors que se développent l'externalisation et la sous-traitance, que salariat et prestation de services ne sont pas interchangeables à la discrétion de l'employeur<sup>95</sup>, une autre partie de la doctrine s'est demandée en quoi le remplacement du salarié malade dans l'intégralité de ses tâches par la signature d'un contrat de droit commun avec une société de services serait contraire à l'article L. 1132-1 du code du travail, qui ne pose pas une telle prohibition, et en quoi son remplacement ne pourrait être considéré comme aussi durable que l'embauche d'un salarié par contrat à durée indéterminée, spécialement si elle est assortie d'une période d'essai<sup>96</sup>.

Ainsi, M. Savatier « *ne voit pas pourquoi le recours à une entreprise prestataire de services pour lui confier les tâches incombant antérieurement au salarié licencié donnerait au remplacement de celui-ci dans ces tâches un caractère moins définitif que l'embauche d'un nouveau travailleur par contrat à durée indéterminée* »<sup>97</sup>.

M. Lokiec estime que « *le remplacement peut consister dans le fait de substituer un salarié à un autre salarié ou dans celui de s'assurer que les tâches antérieurement attribuées au salarié licencié sont effectivement accomplies, peu important les modalités d'accomplissement du travail* »<sup>98</sup>.

M. Primot, que « *l'embauche par le biais d'une entreprise de prestation de services pourrait être considérée simplement comme une nouvelle manière de concevoir l'organisation et la gestion des tâches, sans que la notion d'embauche définitive n'en soit affectée* »<sup>99</sup>.

M. Pelissier considère que « *le remplacement d'une personne peut prendre des formes très variées ; s'il s'agit de tenir la place de quelqu'un, de le suppléer, il n'implique pas nécessairement, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, une embauche* »<sup>100</sup>.

Certes, salariat et prestation de services peuvent permettre d'obtenir des prestations identiques, mais on ne saurait pour autant occulter les différences substantielles qui opposent, tant au regard de leur nature qu'au regard des conditions de leur rupture, le contrat de travail et le contrat d'entreprise.

Les différences relatives à la nature de ces deux types de contrats :

- le contrat de travail n'est pas défini par le code du travail<sup>101</sup>. Cependant, il est constant en jurisprudence qu'il a pour objet la mise à disposition d'une personne sous la subordination d'une autre afin d'exercer une activité rémunérée ;

- par contre, le contrat de prestation de services répond à la définition du contrat d'entreprise posée par l'article 1710 du code civil, qui dispose : « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* »<sup>102</sup>. L'article 1779 du même code dispose : « *il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° le louage de service (...)* ».

<sup>93</sup> Rapport annuel 2006 de la Cour de cassation - voir note 6.

<sup>94</sup> Pelissier, Supiot et Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24<sup>e</sup> édition, « Le recours à la main-d'œuvre extérieure », p. 453.

<sup>95</sup> P. Lokiec, voir note 76.

<sup>96</sup> Jean Savatier, précité, note 79.

<sup>97</sup> J. Savatier, *Droit social*, n° 1, janvier 2008, p. 129.

<sup>98</sup> P. Lokiec, voir note 76.

<sup>99</sup> L. Primot, *La Semaine juridique, édition Entreprises et affaires*, n° 6, 7 février 2008, p. 48.

<sup>100</sup> Jean Pelissier *Revue de droit du travail* 2007, p. 717.

<sup>101</sup> L'article L. 1221-1 du code du travail énonce : « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ».

<sup>102</sup> Voir également Pelissier, Supiot et Jeammaud, ouvrage précité, note 94, p. 460, n° 350 : « *le contrat de prestation de service est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage à réaliser une tâche précise pour le compte d'un tiers, moyennant rémunération* ».

La première chambre civile<sup>103</sup> définit le contrat d'entreprise comme la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage. Il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation.

Il est donc évident que contrat d'entreprise et contrat de travail n'ont rien de commun : dans le second, le salarié met sa force de travail à la disposition de l'employeur, alors que, dans le premier, l'entrepreneur exécute pour le maître d'ouvrage un travail déterminé sans le représenter, et de façon indépendante.

Les différences relatives aux conditions de la rupture de ces deux types de contrats :

dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur accomplit sa tâche de façon autonome, il conserve son indépendance juridique, par opposition à celui qui agit en se plaçant dans un rapport de subordination<sup>104</sup>, et, conformément aux règles de droit commun, l'inexécution par l'une des parties peut entraîner la résolution du contrat<sup>105</sup> et même la résiliation unilatérale par le maître de l'ouvrage en cas de marché à forfait<sup>106</sup>, alors que, s'agissant du contrat de travail, la jurisprudence<sup>107</sup> interdit à l'employeur la résiliation judiciaire en dehors des cas expressément prévus par la loi, cette voie ayant paru suspecte dans la mesure où elle aurait permis de contourner les garanties procédurales qu'offre au salarié le droit du licenciement.

Ainsi, tant la définition de l'entreprise prestataire de services que l'incertitude que son recours génère sur le caractère définitif du remplacement en raison des règles relatives à la résolution et à la résiliation de ce type de contrat expliquent que, pour caractériser le caractère définitif du remplacement du salarié licencié en raison de son absence pour maladie non professionnelle, la chambre sociale exige une embauche par contrat à durée indéterminée, ce type de contrat étant, aux termes de l'article L. 1221-2, alinéa premier, du code du travail, « la forme normale et générale de la relation de travail ».

### 11. - Proposition de solution

Dans un premier arrêt du 8 novembre 2005, la cour d'appel de Paris a considéré que des circonstances particulières (occupation du logement de fonctions) avaient empêché le remplacement de la gardienne dans des circonstances identiques (recrutement par contrat de travail à durée indéterminée) et que le caractère définitif de son remplacement résultait de ce qu'elle avait été remplacée intégralement dans ses tâches par une entreprise de prestation de services.

Par arrêt du 18 octobre 2007, la chambre sociale a cassé cette décision au motif que « *seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié ; qu'il en résulte que le recours à une entreprise prestataire de services ne peut caractériser le remplacement définitif d'un salarié* ».

Alors que la cour de renvoi ne disposait, sur la question du remplacement par une entreprise de services, d'aucune marge de manœuvre, la cour d'appel de Paris autrement composée a maintenu la décision précédemment censurée.

Elle a, en effet, par arrêt du 29 janvier 2009, objet du pourvoi qui vous est soumis, considéré que le remplacement définitif de la gardienne d'immeuble résultait de son remplacement intégral dans ses tâches par une entreprise de services dans le cadre de dispositions s'inscrivant dans la durée.

Elle s'est placée directement en contradiction avec l'arrêt du 18 octobre 2007, mais également, ainsi que cela a été rappelé, avec la jurisprudence de la chambre sociale rendue au visa de l'article L. 1132-1 du code du travail.

Il n'est invoqué devant votre assemblée plénière aucun élément justifiant que cette jurisprudence soit remise en cause.

Le mémoire en défense, qui repose essentiellement sur l'approbation des motifs de l'arrêt attaqué, suggère seulement qu'une exception soit permise au principe du remplacement par l'embauche lorsqu'une circonstance de fait la rend impossible.

L'argument n'est pas déterminant : le fait que l'employeur pourvoie au remplacement dans les tâches par une solution provisoire démontre que le remplacement définitif n'est pas nécessaire et que l'emploi peut être maintenu.

Le remplacement définitif implique donc le remplacement dans l'emploi. Un tel remplacement ne peut être caractérisé par le recours à une entreprise de prestation de services, qui aboutirait en fait à une suppression d'emploi et, étant susceptible de résolution par l'employeur ou même, en cas de marché à forfait, de résiliation unilatérale, ne présenterait pas, au regard du caractère définitif du remplacement, des garanties équivalentes à un contrat de travail à durée indéterminée.

En résumé, l'exigence d'embauche d'un nouveau salarié pour assurer le remplacement du salarié malade, pierre angulaire de la construction jurisprudentielle de la chambre sociale qui tend à concilier l'intérêt de l'entreprise et la protection de l'emploi du salarié malade<sup>108</sup>, ne saurait tolérer d'exception ; comme le

<sup>103</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 19 février 1968, pourvoi n° 64-14.315.

<sup>104</sup> *Juris-Classeur Civil*, article 1787, fasc. 10, louage d'ouvrage, fasc. 40, n° 5.

<sup>105</sup> Article 1184 du code civil : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ».

<sup>106</sup> Article 1794 du code civil : « Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

<sup>107</sup> Soc., 9 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 108 ; Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, n° 89, et 3 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 308.

<sup>108</sup> Jean-Yves Frouin, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 9-10, 2 mars 2010, 1087.

remarque un auteur<sup>109</sup>, tant qu'il n'est pas nécessaire de remplacer effectivement et définitivement le salarié malade, « aucune considération tirée de la situation objective de l'entreprise ne paraît être de nature à constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

Au regard de ces considérations et des principes précédemment évoqués, je suis favorable à la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2009.

---

<sup>109</sup> Sylvie Bourgeot et Jean-Yves Frouin, « Maladie et inaptitude du salarié » *RJS*, n° 1/00, p. 11.

## II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

### ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 743

#### *Agent immobilier*

Loi du 2 janvier 1970. - Domaine d'application. - Mission habituelle de vente et de location de biens immobiliers appartenant à autrui.

Justifie légalement sa décision au regard de l'article L. 134-1, alinéa 2, du code de commerce et des dispositions de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 dans sa rédaction applicable en la cause, antérieure à la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 ayant modifié son article 4, la cour d'appel qui retient qu'il ne peut être fait application du statut des agents commerciaux à une personne ayant conclu un contrat intitulé mandat d'agent commercial avec le responsable d'une agence immobilière, dès lors que celle-là avait prêté son concours de manière habituelle à la vente et à la location de biens immobiliers appartenant à autrui, ce qui caractérise l'activité d'agent immobilier.

**1<sup>re</sup> Civ. - 17 février 2011.**

*REJET*

N° 10-13.980. - CA Orléans, 4 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Kamara, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, M<sup>e</sup> Copper-Royer, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit civil, p. 676, note Yves Rouquet (« Critère de distinction entre l'agent immobilier et l'agent commercial »). Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 5, mai 2011, commentaire n° 109, p. 11-12, note Laurent Leveneur (« Le mandataire d'un agent immobilier peut-il bénéficiaire du statut des agents commerciaux ? »).*

N° 744

#### *Aide juridictionnelle*

Attribution. - Effets. - Avance et recouvrement des frais. - Recouvrement des sommes avancées par l'État. - Recouvrement contre la partie condamnée aux dépens. - Exclusion. - Cas. - Partie condamnée aux dépens bénéficiaire de l'aide juridictionnelle totale.

Le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle totale condamné aux dépens est dispensé de rembourser au Trésor public les sommes exposées par l'État au titre de l'aide juridictionnelle accordée à son adversaire.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

*CASSATION*

N° 10-12.174. - CA Poitiers, 23 octobre 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Alt, Rap. - M. Berkani, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 4, avril 2011, commentaire n° 126, p. 24, note Roger Perrot (« Remboursement au Trésor public des sommes exposées par l'État »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 16, 18 avril 2011, Chronique - Avocats, n° 468, p. 774 à 781, spéc. n° 22, p. 780, note Florence G'Sell-Macrez.*

N° 745

#### *Avocat*

Honoraires. - Contestation. - Procédure. - Premier président. - Recours incident. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

Le recours incident contre la décision d'un bâtonnier rendue en matière de contestation d'honoraires peut être formé en tout état de cause, même à l'audience tenue par le premier président de la cour d'appel, la procédure étant orale.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

*REJET*

N° 09-13.209. - CA Bordeaux, 10 février 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Vasseur, Rap. - M. Berkani, Av. Gén. - SCP Bouloche, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 10, 7 mars 2011, Jurisprudence, n° 260, p. 464-465, note Olivier Salati (« Contestation des honoraires des avocats : possibilité d'un recours direct »). Voir également cette même revue, n° 13, 28 mars 2011, Jurisprudence, n° 341, p. 581 à 583, note Bernard Travier et Romain Guichard (« Honoraires d'avocats : le recours incident peut être formé devant le premier président de la cour d'appel en tout état de cause »), et n° 19, 9 mai 2011, Chronique - Droit des contrats, n° 566, p. 949 à 956, spéc. n° 13, p. 954, note Yves-Marie Serinet (« Étendue de la nullité d'une clause du contrat »).*

N° 746

#### *Bail commercial*

Renouvellement. - Refus. - Motif. - Motifs graves et légitimes. - Qualité de fonctionnaire.

La qualité de fonctionnaire est incompatible avec celle de commerçant.

Viola en conséquence l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, ensemble l'article L. 145-1 du code de commerce, la cour d'appel qui déclare injustifié le refus de renouvellement d'un bail commercial au motif que l'activité salariée du preneur, fonctionnaire territorial à mi-temps, n'était pas incompatible avec l'exploitation d'un fonds de commerce.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 février 2011.**

CASSATION

N° 09-71.158. - CA Montpellier, 8 septembre 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Fossaert, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit civil, p. 674, note Yves Rouquet (« Bail commercial : pas de renouvellement pour le fonctionnaire »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 4, avril 2011, commentaire n° 114, p. 25-26, note Philippe-Hubert Brault (« Droit au renouvellement du preneur fonctionnaire »), et la revue Administrer, n° 442, avril 2011, Jurisprudence, p. 22-23, note Jehan-Denis Barbier (« Incompatibilité de la qualité de fonctionnaire avec celle de commerçant »).*

N° 747

## Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Résiliation. - Clause résolutoire. - Suspension. - Octroi de délais de paiement. - Demande. - Saisine du juge. - Délai. - Défaut.

Aucun délai, aux termes de l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 dans sa rédaction issue de la loi du 29 juillet 1998, n'est imposé au preneur pour saisir le juge d'une demande de délais de paiement et de suspension des effets de la clause résolutoire.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 février 2011.**

CASSATION

N° 10-14.945. - CA Orléans, 17 février 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit civil, p. 677, note Yves Rouquet (« Clause résolutoire : demande de suspension des effets »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 4, avril 2011, commentaire n° 100, p. 14-15, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Clause de résiliation de plein droit : demande de délai et de suspension de la clause en appel »), et la revue Administrer, n° 442, avril 2011, Sommaires, p. 37, note Vincent Canu.*

N° 748

## Cassation

Moyen. - Méconnaissance des termes du litige. - Chose demandée. - Action en trouble de voisinage. - Demande tendant à la suppression d'une activité. - Condamnation à l'exécution d'un aménagement de l'activité.

Viola l'article 4 du code de procédure civile et modifie l'objet du litige une cour d'appel qui, saisie d'une action en trouble de voisinage à l'encontre d'une société exerçant une activité de stockage de bouteilles de gaz, condamne celle-ci à exécuter les préconisations de l'expert, relatives à un aménagement de cette activité, alors que la demande, dont la société se bornait à solliciter le rejet, tendait exclusivement à obtenir la suppression totale de l'activité de stockage de gaz.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-70.137. - CA Grenoble, 30 juin 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Kriegk, Rap. - M. Berkani, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 749

## 1<sup>o</sup> Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Décision de prolongation. - Motifs. - Indications particulières. - Circonstances justifiant la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure. - Nécessité. - Cas.

## 2<sup>o</sup> Détention provisoire

Chambre de l'instruction. - Réserve du contentieux de la détention provisoire. - Décision n° 2010-81 du Conseil constitutionnel ayant déclaré les deuxième et troisième phrases de l'article 207 du code de procédure pénale non conformes à la Constitution. - Effets.

1<sup>o</sup> Selon l'article 145-3 du code de procédure pénale, lorsque la détention provisoire excède huit mois en matière correctionnelle, les décisions ordonnant sa prolongation ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent comporter les indications particulières qui justifient, en l'espèce, la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure.

En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, s'il précise le délai prévisible d'achèvement de la procédure, ne comporte pas les indications particulières justifiant, en l'espèce, la poursuite de l'information.

2<sup>o</sup> Selon la décision n° 2010-81 du Conseil constitutionnel du 17 décembre 2010, les décisions par lesquelles les chambres de l'instruction s'étaient réservé le contentieux de la détention ont cessé de produire effet le 19 décembre 2010, date de publication de ladite décision ayant déclaré les deuxième et troisième phrases de l'article 207 du code de procédure pénale non conformes à la Constitution.

En conséquence, en cas de cassation d'un arrêt qui, antérieurement à la décision susvisée, avait, en application des dispositions depuis lors abrogées, prolongé la détention, la cause et les parties doivent être renvoyées devant la juridiction d'instruction du premier degré, seule compétente pour prolonger la détention.

**Crim. - 22 février 2011.**

CASSATION

N° 10-88.186. - CA Orléans, 10 novembre 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Radenne, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 107-109, 17-19 avril 2011, Jurisprudence, p. 18 à 21, note Sacha Raoult (« Censure d'une décision de prolongation de détention provisoire omettant les indications particulières justifiant la poursuite de l'information »).*

N° 750

## Chambre de l'instruction

Examen de la régularité de la procédure. - Annulation d'actes. - Demande de la personne mise en examen. - Acte accompli dans une procédure distincte. - Contrôle. - Autorité de la chose jugée. - Cas.

Le demandeur à la nullité est recevable à proposer des moyens tirés de l'irrégularité d'actes accomplis dans une information à laquelle il n'est pas partie, et qui ont été versés à la procédure, lorsqu'il invoque une atteinte à l'un de ses droits qui aurait été commise dans la procédure distincte ou que les pièces versées sont susceptibles d'avoir été illégalement recueillies.

L'autorité de chose jugée attachée à une décision prononcée, sur une requête en nullité, dans le cadre de l'information à laquelle il n'est pas partie ne peut lui être opposée.

**Crim. - 16 février 2011.**  
CASSATION

N° 10-82.865. - CA Paris, 1<sup>er</sup> Avril 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Castel, Rap. - Mme Zientara-Logeay, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 14, 7 avril 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 953 (« Garde à vue : règles applicables dans l'attente de la réforme annoncée »).*

---

N° 75I

### *Circulation routière*

Conduite sous l'empire d'un état alcoolique. - État alcoolique. - Notification de l'imprégnation alcoolique. - Validité. - Condition.

A justifié sa décision la cour d'appel qui, saisie par un prévenu de l'exception de nullité de la notification de son imprégnation alcoolique, selon lui irrégulière alors qu'il était constaté par ailleurs qu'il n'était pas en mesure de comprendre la notification de ses droits en qualité de gardé à vue, a écarté le grief de nullité, et ce, dès lors, d'une part, que les vérifications d'alcoolémie avaient été effectuées conformément aux articles L. 234-4 et R. 234-4 du code de la route, et, d'autre part, qu'il se déduit desdites dispositions que les vérifications doivent être effectuées dans le temps le plus voisin des épreuves de dépistage lorsqu'elles se sont avérées positives.

**Crim. - 16 février 2011.**  
REJET

N° 10-80.855. - CA Douai, 11 janvier 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Foulquié, Rap. - Mme Zientara-Logeay, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

---

N° 752

### *Communauté européenne*

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

En application de l'article 6, paragraphe 1, de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, des différences de traitement fondées sur l'âge ne sont admises qu'à la condition d'être objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

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

**Soc. - 16 février 2011.**  
CASSATION PARTIELLE

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

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

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 686 (« Mise à la retraite discriminatoire : agent d'EDF »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 474, p. 419-420.*

---

N° 753

### *Compétence*

Compétence territoriale. - Domicile du défendeur. - Pluralité de défendeurs. - Domicile de l'un d'eux. - Application de la règle en matière prud'homale. - Portée.

Il résulte de l'article R. 1451-1 du code du travail et de l'article 749 du code de procédure civile que, sous réserve des dispositions du code du travail, la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par les dispositions du livre premier du code de procédure civile. Aux termes de l'article 42, alinéa 2, de ce code, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux.

En conséquence, le salarié qui, contestant la régularité du transfert de son contrat de travail et du licenciement dont il a fait l'objet, forme une demande de condamnation *in solidum* des deux sociétés employeurs concernées par ce transfert est en droit de se prévaloir de la prorogation de compétence de l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile et de saisir le conseil de prud'hommes du lieu du siège social de l'une des deux sociétés.

**Soc. - 16 février 2011.**  
REJET

N° 10-16.423 et 10-16.534. - CA Versailles, 23 février 2010.

Mme Collomp, Pt. - Mme Deurbergue, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Peignot et Garreau, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1191, p. 37 à 39, note Stéphane Brissy (« Détermination de la juridiction territorialement compétente »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 449, p. 402-403.*

---

N° 754

### *Conflit de juridictions*

Compétence internationale. - Litispendance. - Exception de litispendance. - Rejet. - Critères. - Détermination.

Ayant relevé que la procédure de divorce intentée au Liban par le mari est une répudiation unilatérale et que l'épouse, qui réside en France, n'a eu qu'un délai de quinze jours entre la requête et la première audience, une cour d'appel en déduit justement que la décision à intervenir, heurtant les principes d'égalité entre époux et de respect des droits de la défense, ne peut être reconnue en France, de sorte que l'exception de litispendance internationale ne peut qu'être écartée.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**  
REJET

N° 10-14.101. - CA Douai, 17 décembre 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Monéger, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Monod et Colin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 10, 7 mars 2011, Jurisprudence, n° 262, p. 465-466, note Etienne Cornut (« Litispendance internationale : la répudiation à venir est contraire à l'ordre public international »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 81, avril 2011, Actualités, n° 4211, p. 44-45, note Julie Gallois (« La litispendance au secours de l'épouse répudiée »), et la revue Droit de la famille, n° 5, mai 2011, commentaire n° 86, p. 44-45, note Laurent Abadie (« Une décision étrangère à venir en matière de répudiation unilatérale ne permet pas de faire jouer le mécanisme de l'exception de litispendance internationale »).*

## N° 755

### **Contrat de travail, rupture**

Licenciement économique. - Formalités légales. - Lettre de licenciement. - Contenu. - Mention des motifs du licenciement. - Motif précis. - Nécessité. - Portée.

La lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, doit énoncer des faits précis et matériellement vérifiables.

Dès lors, la cour d'appel qui a constaté que la lettre de licenciement ne faisait état que d'une baisse d'activité, sans autre précision, en a exactement déduit qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences de l'article L. 1233-16 du code du travail (arrêt n° 1, pourvoi n° 09-72.172).

À l'inverse, viole les articles L. 1233-3 et L. 1233-16 du code du travail la cour d'appel qui considère comme insuffisamment motivée la lettre de licenciement qui faisait état d'une baisse d'activité résultant de la disparition d'un certain nombre de contentieux traités par le salarié, alors qu'il lui appartenait de vérifier l'existence de difficultés économiques résultant de cette baisse d'activité (arrêt n° 2, pourvoi n° 10-10.110)

#### **Arrêt n° 1 :**

**Soc. - 16 février 2011.**

*REJET*

N° 09-72.172. - CA Colmar, 20 octobre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Grivel, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Gaschignard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 684, note J. Siro (« Baisse d'activité : énoncé du motif économique dans la lettre de licenciement »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1169, p. 38 à 40, note David Jacotot (« Contenu de la lettre de notification du licenciement pour motif économique »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 415, p. 382, et décision n° 410, p. 379-380.*

#### **Arrêt n° 2 :**

**Soc. - 16 février 2011.**

*CASSATION*

N° 10-10.110. - CA Rennes, 5 novembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Grivel, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 14, 5 avril 2011, Jurisprudence, n° 1169, p. 38 à 40, note David Jacotot (« Contenu de la lettre de notification du licenciement pour motif économique »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et*

*affaires, n° 14, 7 avril 2011, Etudes et commentaires, n° 1285, p. 47-48, note François Dumont (« Contenu de la lettre de licenciement : absence de mention des difficultés économiques, mais vérification de leur existence par le juge »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 410, p. 379-380.*

## N° 756

### **1° Contrat de travail, rupture**

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

### **2° Contrat de travail, exécution**

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

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

C'est dès lors à bon droit, après avoir rappelé que, par arrêt du 19 mai 2006, le Conseil d'État a jugé que les dispositions du décret n° 54-24 du 9 février 1954, qui autorisent la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) à mettre un agent à la retraite d'office à l'âge de 55 ans, ne constituent pas en elles-mêmes une discrimination interdite, que la cour d'appel a entrepris de vérifier si la décision de la SNCF de mettre à la retraite d'office un salarié répondait aux conditions posées par l'article L. 122-453 du code du travail, devenu l'article L. 1133-1, dans sa rédaction alors applicable, interprété au regard de la Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, qui consacre un principe général du droit communautaire.

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

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

**Soc. - 16 février 2011.**

*REJET*

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

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

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 686 (« Mise à la retraite discriminatoire : agent de la SNCF »). Voir également la Revue de droit du travail,*

n° 4, avril 2011, *Chroniques*, p. 241 à 243, note Florence Debord (« *Clauses couperets des statuts des entreprises publiques. Mise à la retraite et discrimination* »), et la *Revue de jurisprudence sociale*, n° 5/11, mai 2011, *décision* n° 477, p. 421 à 423.

N° 757

## Convention européenne des droits de l'homme

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

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

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

54 • **2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**  
*REJET*

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

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

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 16, 21 avril 2011, Point de vue, p. 1093, note Yannick Dagorne-Labbe (« La notion de logement indépendant - à propos de la garantie de ressources des personnes handicapées »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 479, p. 424-425.*

N° 758

## Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention franco-marocaine du 10 août 1981. - Compétence internationale. - Article 11. - Jugement de divorce rendu au Maroc. - Reconnaissance du jugement. - Jugement de divorce pour discorde. - Absence de fraude et de répudiation unilatérale. - Effets. - Transcription sur les registres de l'état civil.

Ayant relevé, d'une part, que les époux ayant la nationalité marocaine, le mari peut saisir la juridiction marocaine d'une demande en divorce en application de l'article 11 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, d'autre part, que le divorce prononcé est un divorce pour discorde de l'article 97 du code de la famille marocain, une cour d'appel peut en déduire, le jugement étranger n'ayant pas été obtenu par fraude et l'époux ayant légitimement pu souhaiter divorcer devant les juridictions marocaines, que la décision étrangère, qui ne constate pas une répudiation unilatérale, peut être transcrite sur les registres de l'état civil.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**  
*REJET*

N° 10-14.760. - CA Rennes, 1<sup>er</sup> décembre 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Monéger, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 10, 7 mars 2011, Jurisprudence, n° 261, p. 465, note Etienne Cornut (« Requiem pour la fraude au jugement ? »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 81, avril 2011, Actualités, n° 4214, p. 47 à 49, note Julie Gallois (« La Cour de cassation autorise la transcription d'un jugement marocain de divorce sur les registres d'état civil français »), le Recueil Dalloz, n° 11, 17 mars 2011, Actualité / procédure civile et voie d'exécution, p. 762, note Inès Gallmeister (« Jugement marocain de divorce : transcription sur les registres de l'état civil »), la revue Actualité juridique Famille, n° 4, avril 2011, Jurisprudence, p. 210 à 212, note Alexandre Boiché (« Abandon du principe de la primauté de la nationalité du for et reconnaissance d'une décision de divorce étrangère »), et la revue Droit de la famille, n° 5, mai 2011, commentaire n° 88, p. 47-48, note Laurent Abadie (« L'appréciation du caractère frauduleux du choix de la juridiction étrangère dans le contentieux de la reconnaissance d'un jugement étranger doit s'opérer étroitement »).*

N° 759

## Détention provisoire

Appel de la personne mise en examen. - Question étrangère à l'objet unique de l'appel. - Cas. - Production du registre judiciaire aux fins de vérification de la régularité de la rétention judiciaire.

La personne mise en examen ne peut, à l'occasion de son appel en matière de détention provisoire, solliciter la production, avant dire droit, du registre judiciaire, prévu à l'article 803-3, alinéa 3, du code de procédure pénale, pour qu'il soit statué sur la régularité de sa rétention judiciaire, étrangère à l'unique objet de son appel.

**Crim. - 23 février 2011.**  
*REJET*

N° 10-88.184. - CA Paris, 23 novembre 2010.

M. Dulin, Pt (f.f.). - Mme Labrousse, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 760

## Étranger

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

Sont irréguliers les contrôles opérés sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, ce texte n'étant assorti d'aucune disposition garantissant que l'exercice pratique de la compétence conférée aux autorités de police d'un État membre de la Communauté européenne de contrôler uniquement dans une zone de vingt kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les parties à la Convention d'application de l'accord Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990,



l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**

REJET

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

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

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 11, 17 mars 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 755, note C. Girault (« Contrôles d'identité : l'article 78-2, alinéa 4, la coquille vide ! »).*

N° 761

## Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétenion dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Procédure judiciaire pendant le temps de rétenion administrative. - Effet interruptif (non).

La procédure judiciaire ouverte et achevée pendant le temps de la rétenion administrative d'un étranger ne met pas un terme à cette mesure, qui continue à produire ses effets jusqu'à l'expiration du délai judiciairement fixé.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**

REJET

N° 09-72.420. - CA Nîmes, 26 juin 2009.

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

N° 762

## Exécution provisoire

Suspension. - Demande. - Recevabilité. - Office du juge. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Il résulte de l'article 524 du code de procédure civile que seul le premier président de la cour d'appel, statuant en référé, peut arrêter, en cas d'appel, l'exécution provisoire ordonnée par le premier juge.

Par suite, méconnaît l'étendue de ses pouvoirs le premier président qui rejette la demande d'arrêt de l'exécution provisoire d'un jugement au motif qu'il n'est pas rapporté la preuve de faits nouveaux ou de circonstances nouvelles inconnues du conseiller de la mise en état et susceptibles de permettre la remise en cause de la décision de radiation du rôle de l'affaire prise par celui-ci sur le fondement de l'article 526 du même code.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION

N° 10-15.115. - CA Besançon, 19 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. André, Rap. - M. Berkani, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 763

## Impôts et taxes

Impôts directs et taxes assimilées. - Procédure. - Action publique. - Prescription. - Interruption. - Acte d'instruction ou de poursuite. - Plainte préalable de l'administration (non).

Le délai triennal de prescription des délits prévus par les articles 1741 et 1743 du code général des impôts, qui ne

court qu'à partir du 31 décembre suivant la date à laquelle les déclarations fiscales ont été ou auraient dû être déposées et les écritures comptables ont été ou auraient dû être reportées au livre d'inventaire, ne peut être interrompu que par un acte d'instruction ou de poursuite.

Encourt la censure l'arrêt d'une cour d'appel qui retient que la plainte de l'administration fiscale a été déposée avant l'expiration du délai, alors que cette plainte ne constitue ni un acte de poursuite ni un acte d'instruction.

**Crim. - 23 février 2011.**

CASSATION

N° 10-88.068. - CA Versailles, 21 octobre 2010.

M. Dulin, Pt (f.f.). - M. Rognon, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, Av.

N° 764

## Incendie involontaire

Manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement. - Contribution aux destructions résultant de la propagation de l'incendie. - Manquement. - Nature. - Détermination. - Condition.

Ne justifie pas sa décision la chambre de l'instruction qui, pour annuler la mise en examen d'une personne morale du chef de destruction involontaire du bien d'autrui par l'effet d'un incendie, retient qu'il ne résulte pas de la procédure qu'un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement soit à l'origine de l'incendie, alors qu'elle avait relevé que de tels manquements pouvaient avoir effectivement contribué aux destructions résultant de la propagation de l'incendie.

**Crim. - 22 février 2011.**

REJET ET CASSATION

N° 10-87.676. - CA Amiens, 22 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Arnould, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Richard, M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 11, 17 mars 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 752, note M. Bombled (« Incendie : manquement à une obligation de sécurité ou de prudence »), et n° 14, 7 avril 2011, Etudes et commentaires, p. 985 à 988, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Appréciation large de l'élément matériel du délit de destruction ou de dégradation involontaire du bien d'autrui par explosion ou incendie »). Voir également la Gazette du Palais, n° 89-90, 30-31 mars 2011, Jurisprudence, p. 8 à 11, note Jean-Christophe Saint-Pau (« La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation »).*

N° 765

## Instruction

Ordonnances. - Appel. - Appel de la partie civile. - Ordonnance de règlement. - Ordonnance complexe. - Renvoi devant le tribunal correctionnel et non-lieu partiel. - Contestation de la nature correctionnelle des faits. - Recevabilité. - Condition. - Détermination.

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui déclare irrecevable l'appel d'une partie civile mais seulement en ce qu'il porte sur les dispositions de l'ordonnance renvoyant certaines des personnes, mises en examen pour le crime d'incendie volontaire en bande organisée, devant le tribunal correctionnel du chef de dégradations volontaires par incendie, dès lors que la partie civile appelante n'a jamais invoqué les dispositions de l'article 186-3 du code de procédure pénale pour expliciter l'étendue de son recours.

**Crim. - 23 février 2011.**

*REJET*

N° 10-81.767. - CA Basse-Terre, 14 janvier 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Rognon, Rap. - M. Robert, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 11, 17 mars 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 756, note M. Léna (« Mise en examen : déclaration d'appel de la partie civile »).*

N° 766

## *Juridictions correctionnelles*

Comparution immédiate. - Procédure. - Garde à vue et actes subséquents. - Annulation. - Renvoi du dossier au procureur de la République. - Appel. - Recevabilité. - Portée.

Est recevable l'appel formé par le procureur de la République contre le jugement du tribunal correctionnel qui, saisi selon la procédure de la comparution immédiate, a prononcé la nullité de la garde à vue et des actes subséquents et a renvoyé le dossier à ce magistrat, dès lors que ce renvoi avait été fait non en vue de la saisine d'un juge d'instruction, mais ensuite de l'annulation des pièces de la procédure.

**Crim. - 23 février 2011.**

*REJET*

N° 10-84.922. - CA Metz, 2 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Desgrange, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, Av.

N° 767

## *1<sup>o</sup> Lois et règlements*

Application dans le temps. - Loi pénale de fond. - Loi plus douce. - Rétroactivité. - Autorité parentale. - Loi modifiant le champ d'application de l'article 227-3, alinéa premier, du code pénal. - Abandon de famille.

## *2<sup>o</sup> Action civile*

Extinction de l'action publique. - Survie de l'action civile. - Abrogation de la loi pénale. - Abrogation postérieure à la saisine de la juridiction répressive.

1<sup>o</sup> Les dispositions d'une loi nouvelle s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée, lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes.

L'article 133 III de la loi du 12 mai 2009 a remplacé, au premier alinéa de l'article 227-3 du code pénal, les références aux titres V, VI, VII et VIII du livre premier du code civil par la seule référence au titre IX du livre premier du même code, lequel ne concerne que l'autorité parentale.

Il s'ensuit que le non-paiement d'une prestation compensatoire allouée par un jugement de divorce échappe désormais aux prévisions de l'article 227-3 du code pénal.

Doit être cassé l'arrêt qui a, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2009, condamné un prévenu pour abandon de famille, pour être demeuré plus de deux mois sans acquitter le montant intégral de la prestation compensatoire qu'il avait été condamné à verser à son ex-épouse.

2<sup>o</sup> Les juridictions pénales restent compétentes pour statuer sur les intérêts civils lorsqu'elles en ont été régulièrement saisies avant que la loi pénale ait cessé d'être applicable.

**Crim. - 16 février 2011.**

*CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI*

N° 10-83.606. - CA Aix-en-Provence, 28 avril 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Ponroy, Rap. - Mme Zientara-Logeay, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 13, 31 mars 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 880, note M. Bombléd (« Non-paiement d'une prestation compensatoire : application dans le temps »). Voir également la revue Actualité juridique Pénal, n° 4, avril 2011, Jurisprudence, p. 192-193, note Stéphanie Pradelle (« La dépenalisation d'une facette de l'abandon de famille »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 4, avril 2011, Jurisprudence, p. 213, note Valérie Avena-Robardet (« Pas de délit d'abandon de famille pour non-paiement d'une prestation compensatoire »).*

N° 768

## *Majeur protégé*

Curatelle. - Effets. - Acte de procédure. - Signification au curateur. - Défaut. - Portée.

L'omission de la signification de l'assignation au curateur constitue une irrégularité de fond que ne peut couvrir l'intervention volontaire de celui-ci en cause d'appel à l'effet de faire sanctionner cette irrégularité.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**

*CASSATION SANS RENVOI*

N° 09-13.867. - CA Reims, 16 février 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Tiffreau et Corlay, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 11, 17 mars 2011, Actualité / droit civil, p. 747, note Inès Gallmeister (« Curatelle : conditions de nullité d'un acte de procédure »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 4, avril 2011, commentaire n° 58, p. 33 à 36, note Ingrid Maria (« Le défaut de signification de l'assignation au curateur constitue bien une irrégularité de fond »), la Revue Lamy droit civil, n° 81, avril 2011, Actualités, n° 4213, p. 46-47, note Julie Gallois (« Défaut de signification d'un acte de procédure au curateur : la Cour de cassation revient à la raison »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 4, avril 2011, Jurisprudence, p. 215-216, note Thierry Verheyde (« Un revirement de jurisprudence bienvenu en matière de signification des actes de procédure en curatelle et une précision sur la qualification de l'action en diffamation »).*

N° 769

## *Majeur protégé*

Curatelle. - Effets. - Acte nécessitant l'assistance du curateur. - Exercice des actions extrapatrimoniales. - Applications diverses. - Défense à une action en diffamation tendant à la protection de l'honneur de la personne diffamée.

L'action en diffamation tendant à la protection de l'honneur de la personne diffamée présente, quand bien même elle conduirait à l'allocation de dommages-intérêts, le caractère d'une action extrapatrimoniale à laquelle un majeur sous curatelle ne peut, en application des articles 510 et 464, alinéa 3, du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, défendre qu'avec l'assistance de son curateur.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**

*REJET*

N° 10-11.968. - CA Lyon, 24 septembre 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Chaillou, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Répertoire du notariat Deffrénois, n° 5, 15 mars 2011, Jurisprudence, Actualités juridiques et fiscales, n° 471, p. 423-424 (« Une action extrapatrimoniale contre un majeur protégé doit être signifiée à son curateur »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 4, avril 2011, commentaire n° 58, p. 33 à 36, note Ingrid Maria (« Le défaut de signification de l'assignation au curateur constitue bien une irrégularité de fond »), la Revue Lamy droit civil, n° 81, avril 2011, Actualités, n° 4212, p. 45-46, note Julie Gallois (« Est-il nécessaire de déterminer le caractère patrimonial ou non d'une action en justice ? »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 4, avril 2011, Jurisprudence, p. 215-216, note Thierry Verheyde (« Un revirement de jurisprudence bienvenu en matière de signification des actes de procédure en curatelle et une précision sur la qualification de l'action en diffamation »).*

N° 770

## Procédure civile

Rôle. - Retrait. - Demande des parties. - Demande écrite et motivée. - Effet.

Viola l'article 382 du code de procédure civile la cour d'appel qui décide de ne pas faire droit à une demande motivée des parties aux fins de retrait du rôle.

**2° Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION

N° 10-14.863. - CA Amiens, 5 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Alt, Rap. - M. Berkani, Av. Gén. - SCP Bouilloche, M<sup>e</sup> Balat, Av.

N° 771

## 1° Professions médicales et paramédicales

Médecin. - Responsabilité. - Exclusion. - Défaut. - Incertitude sur l'origine de la pathologie et son étiologie. - Cas. - Concours de faute ayant conduit à la perte d'une chance d'échapper à des lésions cérébrales.

## 2° Professions médicales et paramédicales

Auxiliaires médicaux. - Sage-femme. - Responsabilité pénale. - Faute pénale. - Négligences répétées et déterminantes. - Effet. - Exclusion. - Perte d'une chance.

## 3° Hôpital

Établissement privé. - Responsabilité. - Perte d'une chance. - Condamnation *in solidum*. - Condamnation à hauteur de la perte de chance subie.

1° Une incertitude sur l'origine de la pathologie, et notamment sur l'existence possible de facteurs anténataux non identifiables, ne fait pas obstacle à l'engagement de la responsabilité de la clinique et du médecin obstétricien, dès lors que l'ensemble des fautes commises par celui-ci et par le personnel de la clinique ont fait perdre à l'enfant des chances certaines d'échapper à la constitution ou à l'aggravation de lésions cérébrales.

2° Un arrêt définitif ayant condamné une sage-femme pour blessures involontaires au motif qu'elle avait, au cours de l'accouchement, par ses négligences répétées et déterminantes, notamment en débranchant le « monitoring » et en n'appelant

pas le médecin à temps malgré l'évolution du travail, contribué à créer le handicap de l'enfant, celle-ci doit être considérée comme étant à l'origine des atteintes corporelles constitutives de l'entier dommage, lequel ne peut être limité à une perte de chance.

3° L'établissement commettant de la sage-femme doit être condamné *in solidum* avec les autres intervenants, lesquels ont tous contribué à faire perdre à l'enfant, après la naissance, une chance d'éviter les séquelles dont elle était atteinte, chacun de ces intervenants étant tenu *in solidum* avec l'établissement et entre eux, à hauteur de la perte de chance subie, indépendamment de la part contributive de chacun à sa réalisation.

**1<sup>re</sup> Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION PARTIELLEMENT SANS RENVOI

N° 10-10.449 et 10-10.670. - CA Pau, 15 septembre 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Dreiffuss-Netter, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Baraduc et Duhamel, M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Richard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit civil, p. 675, note Inès Gallmeister (« Enfant né handicapé : responsabilité in solidum des coauteurs »), et dans la Revue Lamy droit civil, n° 81, avril 2011, Actualités, n° 4204, p. 25 à 27, note Jean-Philippe Bugnicourt (« Solidarité pour l'enfant né handicapé »).*

N° 772

## Professions médicales et paramédicales

Pharmacie. - Spécialités pharmaceutiques. - Médicament. - Médicament par présentation ou par fonction. - Qualification.

La qualification de médicament par fonction s'apprécie, au cas par cas, au regard de la situation de chaque produit, en tenant compte de l'ensemble de ses caractéristiques, notamment en examinant sa composition, ses modalités d'emploi, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques dont il se déduit qu'il est capable de restaurer, corriger ou modifier les fonctions physiologiques de manière significative et qu'il ne s'agit pas d'un complément alimentaire, ainsi que les risques liés à son utilisation.

Constitue un médicament par présentation le produit qui est présenté comme possédant des propriétés curatives et préventives à l'égard des maladies humaines.

Justifie, en conséquence, sa décision la cour d'appel qui qualifie des produits de médicaments en se référant à de tels critères.

**Crim. - 22 février 2011.**

REJET

N° 10-81.742. - CA Lyon, 18 février 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Arnould, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Tiffreau et Corlay, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 13, 31 mars 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 879 (« Exercice illégal de la pharmacie : vitamine C 1000 et magnésium B1, B2, B6 »).*

N° 773

## Professions médicales et paramédicales

Pharmacie. - Spécialités pharmaceutiques. -  
Médicament. - Médicament par présentation ou par  
fonction. - Qualification. - Recherche nécessaire.

La qualification de médicament par fonction s'apprécie, au cas par cas, au regard de la situation de chaque produit, en tenant compte de l'ensemble de ses caractéristiques, notamment en examinant sa composition, ses modalités d'emploi, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques dont il se déduit qu'il est capable de restaurer, corriger ou modifier les fonctions physiologiques de manière significative et qu'il ne s'agit pas d'un complément alimentaire, ainsi que les risques liés à son utilisation.

Justifie, en conséquence, sa décision la cour d'appel qui qualifie des produits de médicaments en se référant à de tels critères.

**Crim. - 22 février 2011.**

REJET

N° 10-81.359. - CA Orléans, 2 février 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Arnould, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Tiffreau et Corlay, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 13, 31 mars 2011, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 880 (« Exercice illégal de la pharmacie : complément alimentaire »).*

N° 774

## 1° Propriété littéraire et artistique

Contrefaçon. - Bénéfice de non-responsabilité. -  
Cas. - Communication au public en ligne. - Prestataire  
technique. - Définition.

## 2° Propriété littéraire et artistique

Contrefaçon. - Bénéfice de non-responsabilité. -  
Cas. - Communication au public en ligne. - Prestataire  
technique. - Conditions. - Défaut de connaissance  
effective des faits litigieux.

1° Une cour d'appel retient exactement qu'une société est fondée à revendiquer le statut d'intermédiaire technique au sens de l'article 6 I 2 de la loi du 21 juin 2004 après avoir relevé que l'exploitation du site par la commercialisation d'espaces publicitaires n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne et que le réencodage de nature à assurer la compatibilité de la vidéo à l'interface de visualisation, de même que le formatage destiné à optimiser la capacité d'intégration du serveur en imposant une limite à la taille des fichiers postés, sont des opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne, que la mise en place de cadres de présentation et la mise à disposition d'outils de classification des contenus sont justifiés par la seule nécessité, encore en cohérence avec la fonction de prestataire technique, de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès à l'utilisateur, sans pour autant lui commander un quelconque choix quant au contenu qu'il entend mettre en ligne.

2° La notification délivrée au visa de la loi du 21 juin 2004 doit comporter l'ensemble des mentions prescrites par ce texte.

Une cour d'appel qui constate que les informations énoncées à la mise en demeure sont insuffisantes, au sens de l'article 6 I 5, à satisfaire à l'obligation de décrire et de localiser les faits

litigieux mise à la charge du notifiant et que celui-ci n'a pas joint à son envoi recommandé les constats d'huissier de justice qu'il a fait établir et qui auraient permis de disposer de tous les éléments nécessaires à l'identification du contenu incriminé peut en déduire qu'aucun manquement à l'obligation de promptitude à retirer le contenu illicite ou à en interdire l'accès ne peut être reproché à l'opérateur qui n'a eu connaissance effective du contenu litigieux que près de deux mois plus tard, avec l'assignation à jour fixe et les pièces annexées.

**1<sup>re</sup> Civ. - 17 février 2011.**

REJET

N° 09-67.896. - CA Paris, 6 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Tiffreau et Corlay, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 10 mars 2011, Actualité / droit des affaires, p. 668, note Cédric Manara (« Contenu protégé : Dailymotion est un hébergeur »), et n° 16, 21 avril 2011, Etudes et commentaires, p. 1113 à 1117, note Luc Grynbaum (« Dailymotion : une immunité imméritée »). Voir également la revue Communication, commerce électronique, n° 4, avril 2011, commentaire n° 32, p. 27 à 30, note Christophe Caron (« La Cour de cassation se prononce sur la qualification des acteurs du web 2.0 »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 58, mars 2011, Actualités, n° 3320, p. 21, note Guillaume Bocobza-Berlaud (« Reconnaissance de la qualité d'intermédiaire technique à un hébergeur »), la revue Legipresse, n° 282, avril 2011, Synthèse - droit des communications électroniques, p. 250 à 260, note Nathalie Mallet-Poujol, spéc. p. 253, 254, 256 et 257, la revue Propriétés intellectuelles, n° 39, avril 2011, Chroniques - droit d'auteur et droits voisins, n° 5, p. 197 à 199, note André Lucas, La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 16-17, 21 avril 2011, Échos de la pratique, n° 218, p. 5-6, entretien avec Anne Cousin (« La Cour de cassation se prononce sur la responsabilité des hébergeurs sur internet »), La Semaine juridique, édition générale, n° 18, 2 mai 2011, Jurisprudence, n° 520, p. 863 à 866, note Anne Debet (« Affaire Dailymotion : les sites de partage de vidéos sont des hébergeurs »), et la Gazette du Palais, n° 112-113, 22-23 avril 2011, Chronique de jurisprudence - Droit des technologies avancées, p. 27 à 30, note Mathieu Prud'homme et Katharina Berbett (« La Cour de cassation revient sur le statut d'hébergeur »).*

N° 775

## Propriété littéraire et artistique

Fournisseurs d'hébergement. - Responsabilité des hébergeurs. - Domaine d'application. - Cas. - Société se bornant à structurer et à classer des informations sur son site internet.

Une cour d'appel qui relève que l'activité d'une société ayant créé un site internet se borne à structurer et classer les informations mises à la disposition du public pour faciliter l'usage de son service mais qu'elle ne détermine ni ne vérifie les contenus du site, en déduit exactement que la responsabilité de ce prestataire, fût-il le créateur de son site, qui ne joue pas de rôle actif de connaissance ou de contrôle des données stockées, relève du seul régime applicable aux hébergeurs.

**1<sup>re</sup> Civ. - 17 février 2011.**

REJET

N° 09-13.202. - CA Paris, 21 novembre 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Richard, SCP Gaschignard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Communication, commerce électronique, n° 4, avril 2011,*

commentaire n° 32, p. 27 à 30, note Christophe Caron (« La Cour de cassation se prononce sur la qualification des acteurs du web 2.0 »). Voir également la revue Legipresse, n° 282, avril 2011, Synthèse - droit des communications électroniques, p. 250 à 260, note Nathalie Mallet-Poujol, spéc. p. 253, La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 16-17, 21 avril 2011, Échos de la pratique, n° 218, p. 5-6, entretien avec Anne Cousin (« La Cour de cassation se prononce sur la responsabilité des hébergeurs sur internet »), et la Gazette du Palais, n° 112-113, 22-23 avril 2011, Chronique de jurisprudence - Droit des technologies avancées, p. 27 à 30, note Mathieu Prud'homme et Katharina Berbett (« La Cour de cassation revient sur le statut d'hébergeur »).

N° 776

## Protection des droits de la personne

Respect de la vie privée. - Atteinte. - Publication de documents sur un site internet. - Indemnisation par l'hébergeur du site. - Condition.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour condamner l'hébergeur d'un site internet à indemniser une personne se prétendant victime de la publication sur ce site de documents portant atteinte à sa vie privée, n'a pas préalablement vérifié si la notification délivrée en application de l'article 6 I 5 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 comportait l'ensemble des mentions prescrites par ce texte.

**1<sup>re</sup> Civ. - 17 février 2011.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 09-15.857. - CA Toulouse, 19 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Garban, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Monod et Colin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Communication, commerce électronique, n° 4, avril 2011, commentaire n° 32, p. 27 à 30, note Christophe Caron (« La Cour de cassation se prononce sur la qualification des acteurs du web 2.0 »). Voir également la revue Legipresse, n° 282, avril 2011, Synthèse - droit des communications électroniques, p. 250 à 260, note Nathalie Mallet-Poujol, spéc. p. 256, et la Gazette du Palais, n° 112-113, 22-23 avril 2011, Chronique de jurisprudence - Droit des technologies avancées, p. 27 à 30, note Mathieu Prud'homme et Katharina Berbett (« La Cour de cassation revient sur le statut d'hébergeur »).

N° 777

## Régimes matrimoniaux

Régimes conventionnels. - Séparation de biens. - Liquidation. - Créance d'un époux contre l'autre. - Évaluation. - Modalités. - Profit subsistant. - Détermination.

Lorsqu'un époux séparé de biens, dont la collaboration, sans rémunération, à l'activité professionnelle de l'autre a servi à acquérir, conserver ou améliorer un bien figurant dans le patrimoine de ce dernier au jour de la liquidation du régime matrimonial, réclame une partie de la plus-value réalisée par le bien, l'indemnité due doit être évaluée selon les règles prescrites par les articles 1469, alinéa 3, 1479, alinéa 2, et 1543 du code civil.

Au sens de l'article 1469, alinéa 3, du code civil, le profit subsistant résulte de la différence entre la valeur actuelle du bien que la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer, qui se retrouve, au jour de la liquidation, dans le patrimoine emprunteur, et celle qu'il aurait eue si la dépense n'avait pas été faite.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**

CASSATION PARTIELLE

N° 09-70.745. - CA Aix-en-Provence, 7 avril 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Savatier, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Laugier et Caston, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 10, 11 mars 2011, Jurisprudence, n° 278, p. 7 (« Créance entre époux : comment évaluer la collaboration non rémunérée de l'époux séparé de biens ? »), également parue dans La Semaine juridique, édition générale, n° 11-12, 14 mars 2011, Jurisprudence, n° 296, p. 520. Voir également cette même revue, n° 19, 9 mai 2011, Jurisprudence, n° 551, p. 919 à 922, note Raymond Le Guidec et Hubert Bosse-Platière (« La créance du conjoint collaborateur à la recherche du profit subsistant »), la revue Droit de la famille, n° 4, avril 2011, commentaire n° 57, p. 32-33, note Bernard Beignier (« Calcul des créances entre époux »), et la Revue Lamy droit civil, n° 81, avril 2011, Actualités, n° 4218, p. 59-60, note Julie Gallois (« La créance entre époux donne-t-elle encore lieu à une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause ? »).

N° 778

## Réglementation économique

Concurrence. - Visites domiciliaires. - Ordonnance prononcée sur commission rogatoire aux fins de désignation des officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations de visite et de saisie. - Recours. - Irrecevabilité.

L'ordonnance rendue par un juge des libertés et de la détention pour désigner des officiers de police judiciaire chargés de prêter leur concours à des opérations de visite et de saisie de documents dans les locaux d'une société, en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles, n'est qu'un acte d'exécution de l'ordonnance principale rendue par le juge des libertés et de la détention pour autoriser lesdites visite et saisie.

Est dès lors irrecevable le recours formé, en application du dernier alinéa de l'article L. 450-4 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, contre l'ordonnance rendue sur commission rogatoire pour désigner les officiers de police judiciaire.

**Crim. - 23 février 2011.**

REJET

N° 09-87.848. - CA Montpellier, 30 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Desgrange, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M<sup>e</sup> Ricard, Av.

N° 779

## Représentation des salariés

Règles communes. - Statut protecteur. - Période de protection. - Point de départ. - Détermination.

La protection du conseiller prud'homme s'applique à compter de la proclamation des résultats des élections, peu important l'ignorance par l'employeur de l'existence du mandat ; seule une fraude du salarié peut le priver de la protection attachée à son mandat, le manquement à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur ne pouvant avoir d'incidence que sur le montant de l'indemnisation due au titre de la violation de son statut protecteur.

**Soc. - 16 février 2011.**

CASSATION

N° 10-10.592. - CA Rouen, 17 novembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, M<sup>e</sup> Ricard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/11, avril 2011, décision n° 362, p. 332.*

**Note sous Soc., 16 février 2011, n° 779 ci-dessus**

Certains salariés bénéficient du statut protecteur, prévu pour les salariés titulaires de mandats représentatifs, pour des mandats exercés en dehors de l'entreprise. Tel est le cas notamment des conseillers du salarié ou des conseillers prud'homaux.

De nombreux litiges viennent régulièrement devant la Cour de cassation à ce sujet, l'employeur invoquant, pour justifier le fait de n'avoir pas saisi l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement, son ignorance de ce que le salarié était titulaire d'un mandat représentatif.

La jurisprudence rappelle, traditionnellement, que l'employeur ne peut pas opposer à l'existence du statut protecteur l'exception liée à son ignorance de l'existence du mandat (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 212). Elle admet cependant que le statut protecteur puisse être écarté dans une situation unique : la fraude du salarié. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un salarié, directeur des ressources humaines, avait lui-même organisé sa propre procédure de licenciement pour faire grief postérieurement à l'employeur de ne pas avoir respecté les formalités protectrices.

Mais elle n'admettait aucune autre exception.

Consciente du paradoxe créé par une situation dans laquelle un employeur peut être sanctionné pour n'avoir pas respecté un statut protecteur dont il ignorait - et n'avait souvent aucun moyen de savoir, la publication des listes de conseillers n'étant pas une condition de l'application du statut protecteur (Soc., 22 septembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 191) - qu'il s'appliquait, la chambre sociale en a appelé à plusieurs reprises, dans son rapport annuel, à l'intervention du législateur pour prévoir l'obligation pour le salarié d'informer son employeur, au plus tard au moment de l'entretien préalable, de l'existence des mandats qu'il exerce à l'extérieur de l'entreprise.

Le législateur n'ayant pas donné suite, la chambre sociale a rappelé constamment, comme elle le fait encore dans l'arrêt du 16 février 2011, que le statut protecteur, d'ordre public, s'applique dès la désignation du conseiller du salarié ou son élection, et que ni l'absence d'information de l'employeur ni même une déloyauté circonstanciée ne peut lui faire perdre ce statut. L'annulation du licenciement prononcé sans respect des formalités protectrices et le droit à réintégration du salarié sont donc des sanctions toujours encourues par l'employeur.

Cependant, dans son arrêt du 16 février 2011, la chambre sociale admet une évolution importante : le manquement par le salarié à son obligation de loyauté peut avoir une incidence sur le montant de l'indemnisation à laquelle il peut prétendre au titre du préjudice résultant pour lui du non-respect de son statut protecteur. Amorcée dans un arrêt du 22 septembre 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 190), cette évolution, par référence à l'obligation de loyauté du salarié, qui ouvre la possibilité d'une modulation du montant de l'indemnisation liée à ce statut, restera à l'évidence circonscrite à l'hypothèse particulière des salariés titulaires de mandats exercés exclusivement à l'extérieur de l'entreprise. Dans ce cas seulement, en effet, l'ignorance de l'employeur peut être légitime.

N° 780

***Responsabilité délictuelle  
ou quasi délictuelle***

Père et mère. - Présomption de responsabilité. - Exonération. - Exonération totale. - Faute de la victime. - Conditions. - Faute de la victime constituant pour les père et mère un événement imprévisible et irrésistible.

Il résulte des alinéas 1, 4 et 7 de l'article 1384 du code civil que la responsabilité des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux est engagée dès lors que le dommage invoqué par la victime a été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur, et que seule la cause étrangère ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité.

En conséquence, doit être cassé l'arrêt par lequel une cour d'appel exonère totalement le père d'un mineur de sa responsabilité de plein droit sans constater que la faute retenue à l'encontre de la victime avait été pour ce responsable un événement imprévisible et irrésistible.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION

N° 10-30.439. - CA Paris, 30 novembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Bizot, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Richard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 16, 21 avril 2011, Études et commentaires, p. 1117 à 1121, note Magali Bouteille (« Précision sur l'exonération de la responsabilité parentale »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 18, 2 mai 2011, Jurisprudence, n° 519, p. 859 à 863, note David Bakouche (« L'abandon de la condition relative à la responsabilité de l'auteur du dommage est-il cantonné à la seule responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur ? »), la Revue juridique Personnes et famille, n° 5, mai 2011, p. 20 à 22, note Jérôme Julien (« La faute de la victime doit présenter les caractères de la force majeure pour exonérer les parents de leur responsabilité du fait de leur enfant mineur »), et la Gazette du Palais, n° 124-125, 4-5 mai 2011, Chronique de jurisprudence - droit de la responsabilité civile, p. 23-24, note Mustapha Mekki (« Du statut de parent à celui de garants ou l'impossible force majeure... »).*

N° 781

***Saisie immobilière***

Procédure. - Distribution du prix. - Distribution amiable du prix. - Formalités préalables. - Demande de déclaration actualisée des créances. - Production d'un décompte actualisé dans le délai de quinze jours. - Défaut. - Sanction. - Déchéance du bénéfice de la sûreté.

Fait une exacte application des dispositions des articles 2215 du code civil et 113 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2009-160 du 12 février 2009, la cour d'appel qui, dans une procédure de distribution du prix de vente d'un immeuble, dont l'ouverture de l'ordre, au sens de l'article 750 du code de procédure civile ancien, n'a pas été requis avant le 1<sup>er</sup> février 2007, déclare déchu du bénéfice de sa sûreté un créancier qui n'avait pas déclaré sa créance dans le délai de quinze jours de la sommation qui lui avait été faite.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

REJET

N° 10-15.100. - CA Lyon, 14 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Bardy, Rap. - M. Berkani, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, M<sup>e</sup> Foussard, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

N<sup>o</sup> 782

### *Sécurité sociale, accident du travail*

Imputabilité. - Preuve. - Présomption d'imputation. - Période couverte par la présomption. - Détermination. - Portée.

La présomption d'imputabilité au travail des lésions apparues à la suite d'un accident du travail s'étend pendant toute la durée d'incapacité de travail précédant soit la guérison complète, soit la consolidation de l'état de la victime.

En conséquence, viole l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale la cour d'appel qui, pour dire inopposables à un employeur les dépenses liées aux arrêts de travail prescrits à un de ses salariés à la suite d'un accident du travail dont il avait été victime, retient que la présomption d'imputabilité définie par ce texte s'attache à la qualification de l'accident mais non aux prestations constituant la base de calcul de la tarification appliquée aux employeurs, alors qu'elle avait constaté que la société ne remettait pas en cause l'imputabilité au travail de l'accident initial.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION

N<sup>o</sup> 10-14.981. - CA Aix-en-Provence, 16 décembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - Mme Fouchard-Tessier, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Boutet, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N<sup>o</sup> 783

### *Sécurité sociale, accident du travail*

Procédure. - Procédure préliminaire. - Appréciation du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie. - Décision de la caisse. - Reconnaissance du caractère professionnel de l'accident. - Réserves de l'employeur. - Objet. - Circonstances de temps et de lieu de l'accident ou existence d'une cause totalement étrangère au travail.

Les réserves visées par l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale, s'entendant de la contestation du caractère professionnel de l'accident par l'employeur, ne peuvent porter que sur les circonstances de temps et de lieu de celui-ci ou sur l'existence d'une cause totalement étrangère au travail.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION

N<sup>o</sup> 10-15.276. - CA Aix-en-Provence, 6 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Salomon, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Boutet, SCP Didier et Pinet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n<sup>o</sup> 5/11, mai 2011, décision n<sup>o</sup> 466, p. 413.*

N<sup>o</sup> 784

### *1<sup>o</sup> Sécurité sociale, assurances sociales*

Prestations (dispositions générales). - Prestations indues. - Règles de tarification. - Application. - Preuve. - Charge. - Détermination. - Portée.

### *2<sup>o</sup> Sécurité sociale, assurances sociales*

Maladie. - Frais d'hospitalisation. - Supplément « soins particulièrement coûteux ». - Prise en charge. - Conditions. - Détermination. - Portée.

1<sup>o</sup> Ayant constaté que c'est à partir des données médico-administratives issues du contrôle que l'indu a pu être déterminé, dossier par dossier, pour des séjours clairement identifiés, et que le contrôle a donné lieu à l'établissement d'un rapport subséquent non critiqué par la clinique, la cour d'appel a pu, sans inverser la charge de la preuve, déduire que des suppléments avaient été facturés pour des patients qui n'avaient pas été pris en charge dans les conditions prévues par la réglementation tarifaire.

2<sup>o</sup> Selon l'article 5 I 7<sup>o</sup> a de l'arrêté du 31 janvier 2005 relatif à la classification et à la prise en charge des prestations d'hospitalisation pour les activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie et pris en application de l'article L. 162-22-6 du code de la sécurité sociale, un supplément « soins particulièrement coûteux » (SRA) ne peut être facturé que pour un patient pris en charge soit dans un lit de réanimation classé en application des dispositions de l'annexe B de l'arrêté du 29 juin 1978, soit dans un centre lourd de néphrologie ou d'hémodialyse mentionnée à l'annexe C du même arrêté, soit dans un lit classé en chirurgie à soins particulièrement coûteux en application des dispositions de l'annexe A du même arrêté.

Ayant énoncé que la clinique bénéficiait, depuis 2004, d'un classement de médecine à soins particulièrement coûteux comportant à ce titre huit lits de réanimation cardiologique et seize lits de surveillance continue, la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute dénaturation, que la clinique ne pouvait facturer des suppléments « SRA » que pour les patients ayant relevé d'une prise en charge dans un lit de réanimation reconnu comme tel dans le cadre de son classement, la clinique ne disposant pas de lits entrant dans les autres catégories précédemment mentionnées.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

REJET

N<sup>o</sup> 10-16.179. - CA Agen, 9 février 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Prétot, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Nicolaï, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N<sup>o</sup> 785

### *Sécurité sociale, assurances sociales*

Vieillesse. - Pension. - Conditions. - Périodes d'assurance. - Exclusion. - Cas. - Trimestres de bonification accordés aux sapeurs-pompiers professionnels.

Selon l'article L. 351-1-1 du code de la sécurité sociale, l'âge de 60 ans prévu par les articles L. 351-1, alinéa premier, et R. 351-2 de ce code est abaissé pour les assurés qui ont commencé leur activité dans les conditions prévues par l'article D. 351-1-3 du même code et qui ont accompli une durée totale d'assurance ou de périodes reconnues équivalentes, dans le régime général et, le cas échéant, un ou plusieurs autres régimes de base obligatoires, au moins équivalente à la durée d'assurance indiquée et précisée par les articles D. 351-1-2 dudit code et D. 351-1-3 précité.

Il s'en déduit que les périodes d'assurance ainsi définies pour l'ouverture du droit à une pension de retraite au titre des carrières longues doivent avoir été accomplies, que ce soit des périodes d'activité ou des périodes équivalentes.

Viole ce texte une cour d'appel qui retient que les trimestres de bonification dont a bénéficié un assuré, lors de son activité de sapeur-pompier professionnel, en ce qu'ils avaient fait l'objet de cotisations au titre d'un régime obligatoire, devaient être retenus pour le calcul de la durée de son droit à retraite pour carrières longues, alors que les trimestres de bonification qui ont été accordés aux sapeurs-pompiers professionnels, peu important les retenues supplémentaires effectuées à ce titre, en ce qu'ils ajoutent à des périodes accomplies au titre du régime

des fonctionnaires territoriaux, ne sont pas au nombre des trimestres dont il peut être tenu compte pour l'ouverture des droits à pension de retraite au titre des carrières longues.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

CASSATION

N° 10-11.049. - CA Orléans, 25 novembre 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Barthélemy, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 463, p. 410-411.*

N° 786

### *Sécurité sociale, contentieux*

Contentieux spéciaux. - Expertise technique. - Expertise consécutive à un accident de travail. - Litige entre la caisse et l'assuré social. - Opposabilité à l'employeur (non).

Mise en œuvre dans les seuls rapports de la caisse et de l'assuré, la procédure d'expertise médicale technique, prévue par les articles L. 141-2-1 et R. 142-24-3 du code de la sécurité sociale et à laquelle donnent lieu les contestations relatives à l'état de santé du malade ou l'état de la victime, n'est pas opposable à l'employeur, lequel n'est pas autorisé à se faire représenter dans cette procédure.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

REJET

N° 10-14.925. - CA Orléans, 27 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Salomon, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 471, p. 416-417.*

N° 787

### *Sécurité sociale, contentieux*

Preuve. - Procès-verbaux des contrôleurs de la sécurité sociale. - Opérations de contrôle. - Audition des salariés. - Modalités. - Envoi de questionnaires aux salariés. - Possibilité.

Une cour d'appel qui relève que, selon l'article L. 324-12 devenu L. 8271-11 du code du travail, les agents assermentés des organismes de sécurité sociale sont habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, toute personne rémunérée, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant afin de connaître la nature de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature, et observe que le même texte prévoit que les auditions peuvent faire l'objet d'un procès-verbal signé des agents et des intéressés en déduit à bon droit qu'en cas de contrôle opéré dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé, la rédaction d'un procès-verbal d'audition n'est qu'une faculté, en sorte que l'envoi de questionnaires aux salariés, qui sont libres d'y répondre, n'est pas de nature à entraîner la nullité du contrôle.

**2<sup>e</sup> Civ. - 17 février 2011.**

REJET

N° 10-14.388. - CA Rennes, 13 janvier 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Feydeau, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Boutet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 15, 14 avril 2011,*

*Études et commentaires, n° 1316, p. 50-51, note François Taquet (« Contrôle opéré dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé »). Voir également la revue Droit social, n° 5, mai 2011, p. 512 à 517, note Xavier Prétot (« La fraude aux cotisations : quelques observations à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 5/11, mai 2011, décision n° 459, p. 408-409.*

N° 788

### *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif à un contrat de droit privé. - Contrat de droit privé. - Caractérisation. - Cas. - Contrat d'assurance conclu par une personne publique non soumis, à la date de sa conclusion, au code des marchés publics.

Viola l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier l'arrêt qui, pour accueillir l'exception d'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, retient qu'un contrat d'assurance conclu par une personne publique, soumis au code des marchés publics, est un contrat administratif par détermination de la loi, alors qu'à la date de sa conclusion, le contrat en cause n'était pas soumis au code des marchés publics.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**

CASSATION

N° 09-15.272. - CA Chambéry, 31 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bobin-Bertrand, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Boutet, SCP Defrenois et Levis, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 789

### *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à la publication d'un ouvrage destiné au public élaboré par un enseignant-chercheur à partir de ses travaux universitaires.

Quel qu'en soit le support, la publication d'un ouvrage qui est le résultat de recherches universitaires entre dans la mission de service public de l'enseignement supérieur et relève des fonctions des enseignants-chercheurs qui s'exercent dans le domaine de la diffusion des connaissances.

Dès lors, les juridictions de l'ordre judiciaire sont incompétentes pour apprécier la faute qu'aurait commise un universitaire à l'occasion de la publication, par une maison d'édition privée, d'un ouvrage destiné au public qui est la reproduction d'un rapport d'habilitation à diriger des recherches.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 février 2011.**

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-72.059. - CA Versailles, 16 septembre 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Mellottée, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 96-97, 6-7 avril 2011, Jurisprudence, p. 13 à 16, note Emmanuelle Pierroux (« L'être et l'enseignant-chercheur »). Voir également la revue Propriétés intellectuelles, n° 39, avril 2011, Chroniques - droit d'auteur et droits voisins, n° 6, p. 193-194, note Jean-Michel Bruguière (« Compétence du juge pour connaître de propos diffamatoires d'un enseignant-chercheur (relatifs à un plagiat) »), et la revue Communication, commerce électronique, n° 5, mai 2011, commentaire n° 43, p. 27-28, note Christophe Caron (« Nouvelles menaces sur le droit d'auteur des universitaires ? »).*



## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **104,70 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 97) : **19 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon  
la zone de destination, tarif sur demande

Société : .....

Civilité - Nom - Prénom : .....

Complément de nom : .....

Adresse : .....

Complément d'adresse : .....

Code postal : .....

Ville : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Adresse électronique : .....

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) : .....

Numéro de payeur : .....

Date : ..... Signature : .....

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,  
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

<sup>2</sup> Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2010, frais de port inclus.

191117440-000611



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

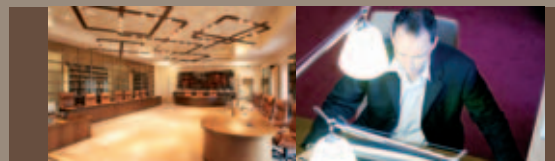
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



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 0750-3865



**Direction de l'information  
légale et administrative**  
accueil commercial :  
01 40 15 70 10  
commande :  
Administration des ventes  
23, rue d'Estrées, CS 10733  
75345 Paris Cedex 07  
télécopie : 01 40 15 68 00  
[ladocumentationfrancaise.fr](http://ladocumentationfrancaise.fr)