

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

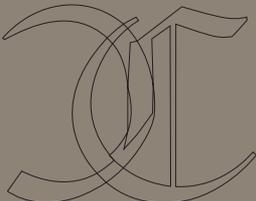
N° 758



*Publication  
bimensuelle*

*15 mars  
2012*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

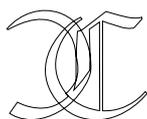
# Consultez sur www.courdecassation.fr

*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

## Jurisprudence



2  
•  
Le 29 novembre dernier, la chambre commerciale a (*infra*, n° 329) cassé l'arrêt « *qui retient qu'une société suit une pratique commerciale trompeuse et déloyale, au sens des dispositions des articles L. 120-1 et L. 121-1 du code de la consommation, en omettant de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix, d'indiquer les périodes de validité des offres, d'indiquer les frais de port et/ou d'enlèvement, d'indiquer les conditions de la garantie des produits et de mentionner les caractéristiques principales des produits ou services offerts, sans vérifier si ces omissions étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur* ».

Commentant cette solution, Jérôme Lasserre Capdeville note (*Gaz. Pal.* 2012, n° 11-12, p. 14 et s.) qu'elle repose sur « *une omission "susceptible" d'altérer le consentement* », indiquant, selon lui, qu'« *il n'est donc pas nécessaire que des personnes aient été effectivement trompées par le manquement* ».

Le 23 novembre dernier, la première chambre civile a (*infra*, n° 297), au visa de l'article 373-2-9, alinéa 3, du code civil, cassé l'arrêt d'une cour d'appel « *qui, après avoir fixé la résidence des trois enfants chez leur père, constatant que la mère n'avait fait aucune demande tendant à l'organisation de son droit de visite à l'égard de ceux-ci, s'est bornée à rappeler aux parents que ce droit s'exercerait d'un commun accord entre eux, alors que, faute de constatation de la teneur d'un tel accord, il lui incombait de fixer les modalités d'exercice du droit de visite de la mère, après avoir invité les parties à présenter leurs observations* ». Approuvant cette solution, Caroline Siffrein-Blanc note (*Actualité juridique Famille*, janvier 2012, p. 46-47) qu'elle « *présente l'avantage d'inscrire de façon formelle dans une décision de justice les modalités d'organisation des droits de chacun des parents et ainsi de prévenir les conflits* ».

## Doctrine



Par deux arrêts du 30 novembre (*infra*, n° 312 et 339), la chambre sociale a jugé, d'une part, qu' « *il résulte de la combinaison des articles L. 1233-3, L. 1233-45 et L. 1233-67 du code du travail que le salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé bénéficie de la priorité de réembauche* », et, d'autre part, que « *Le salarié dont le contrat de travail est rompu à la suite de l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé bénéficie de la priorité de réembauche et [que] ce droit doit être mentionné dans le document écrit énonçant la cause économique de la rupture et être porté à la connaissance du salarié au plus tard au moment de son acceptation* ». Dans son commentaire (*Revue de droit du travail*, janvier 2012, p. 34 et s.), Alexandre Fabre note que ces solutions « *pourraient trouver à s'appliquer au contrat de sécurisation professionnelle* », « *rien dans le nouveau dispositif entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011 ne permet[tant] d'écarter l'application de la priorité de réembauche* ».

Enfin, par avis du 13 février dernier, la Cour, à qui il était demandé si « *le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile issu du décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 constitue [...] une fin de non-recevoir ou une exception de procédure* » ou encore « *une nullité pour vice de forme* », a estimé que « *le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation en partage, faute de comporter un descriptif sommaire du patrimoine à partager, de préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et d'indiquer les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, conformément aux prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir* », sur laquelle, dès lors et « *sauf dispositions spécifiques, le juge ou le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer* ».

# Table des matières

## Jurisprudence

Cour de cassation (\*)

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

Séance du 13 février 2012 Page 5

Procédure civile

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

Numéros

Adjudication	292	
Architecte entrepreneur	293	
Assurance (règles générales)	294-295	
Assurance responsabilité	296	
Autorité parentale	297	
• Bail commercial	298 à 301	
Bail rural	302	
Banque	303	
Cassation	304-305	Juridictions de l'application des peines 324
Compétence	306	Mandat 325
Conflit de lois	307	Outre-mer 326
Construction immobilière	308	Peines 327
Contrat d'entreprise	309	Procédure civile 328
Contrat de travail, exécution	310-311	Protection des consommateurs 329
Contrat de travail, rupture	312-339	Prud'hommes 330
Convention européenne des droits de l'homme	313	Représentation des salariés 331 à 333
Copropriété	314	Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle 334
Divorce, séparation de corps	315-316	Saisie immobilière 335
Douanes	317	Solidarité 336
Élections professionnelles	318-319	Statut collectif du travail 337
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	320-321	Syndicat professionnel 338
Exécution provisoire	322	Travail réglementation, rémunération 339-340
Juridictions correctionnelles	323	Union européenne 341 à 343

\* 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. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 13 FÉVRIER 2012

Titre et sommaire	Page 5
Avis	Page 5
Rapport	Page 7
Observations	Page 15

5

### Procédure civile

*Fin de non-recevoir - Définition - Moyen tendant à faire déclarer irrecevable une assignation en partage.*

Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation en partage, faute de comporter un descriptif sommaire du patrimoine à partager, de préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et d'indiquer les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, conformément aux prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir.

### AVIS

#### LA COUR DE CASSATION,

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

Vu la demande d'avis formulée le 21 octobre 2011 par le tribunal de grande instance d'Ajaccio (juge de la mise en état), reçue le 18 novembre 2011, dans une instance opposant Mme Pasquale X... à Mmes Bianca, Caroline, Diane X... et MM. Dominique et Joseph X..., et ainsi libellée :

« 1) Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile issu du décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 constitue-t-il une fin de non-recevoir ou une exception de procédure ?

2) Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile issu du décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 constitue-t-il une nullité pour vice de forme ?

3) Les prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile constituent-elles des formalités substantielles ou d'ordre public ? »

4) Le juge de la mise en état est-il compétent pour connaître d'un moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 1360 du code de procédure civile ?

Sur le rapport de Mme Leroy-Gissing, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Lathoud, avocat général, entendu en ses observations orales ;

En conséquence,

**EST D'AVIS QUE :**

Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation en partage, faute de comporter un descriptif sommaire du patrimoine à partager, de préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et d'indiquer les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, conformément aux prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir.

Il n'y a pas lieu en conséquence de répondre aux deuxième et troisième questions.

Sauf dispositions spécifiques, le juge ou le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur une fin de non-recevoir.

N° 11-00008 - TGI Ajaccio, 21 octobre 2011.

Mme Favre, Pt. - Mme Leroy-Gissing, Rap., assistée de Mme Polese-Rochard, greffier en chef. - M. Lathoud, Av. Gén.

# Rapport de Mme Leroy-Gissinger

## Conseiller rapporteur

Par jugement du 21 octobre 2011, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance d'Ajaccio a saisi la Cour de cassation pour avis des questions suivantes :

**1) Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile issu du décret n° 2006-1805 [du 23 décembre 2006] constitue-t-il une fin de non-recevoir ou une exception de procédure ?**

**2) Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile issu du décret n° 2006-1805 [du 23 décembre 2006] constitue-t-il une nullité pour vice de forme ?**

**3) Les prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile constituent-elles des formalités substantielles ou d'ordre public ?**

**4) Le juge de la mise en état est-il compétent pour connaître d'un moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 1360 du code de procédure civile ?**

La demande d'avis porte donc sur la qualification procédurale de l'irrecevabilité posée par l'article 1360 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006, décret d'application de la loi du 23 juin 2006 relative à la réforme du droit des successions qui est ainsi rédigé :

« À peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens, ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable ».

## INTRODUCTION

### 1. Faits et procédures à l'origine des demandes d'avis

Les 18 mai, 30 juin et 22 juillet 2010, Mme Pasquale X... a donné assignation à M. Joseph X..., Mme veuve Caroline X... née Z..., M. Dominique X..., sous tutelle de sa sœur, Bianca, Mme Diane X... et Mme Bianca X... (les consorts X...), lesquels sont tous les enfants de Jules X... et Antoinette Y... (les parents) (sous réserve de Mme Z..., qui était l'épouse d'un des enfants, décédé), aux fins de partage des successions de leurs parents (le père étant décédé en 1957 et la date de décès de la mère n'étant pas précisée) ainsi que de celle de Jean-Pierre X..., leur frère (décédé en 2008).

Il résulte du jugement que les parents avaient eu huit enfants, dont trois sont décédés :

- Paul, décédé sans descendant en 1985, dont la succession a été réglée ;
- Jean-Pierre, décédé sans descendance mais ayant institué ses trois sœurs légataires universelles de ses biens ;
- François, laissant pour lui succéder son épouse, Mme Z..., défenderesse à l'action.

Par conclusions d'incident du 1<sup>er</sup> mars 2011, Mme Bianca X... a saisi le juge de la mise en état d'un incident tendant à voir déclarer l'assignation irrecevable, sur le fondement de l'article 1360 du code de procédure civile. Elle reproche à l'assignation de ne comporter qu'un descriptif des biens de Jean-Pierre X... sans aucune description de ceux dépendant des successions des parents, de ne pas indiquer les intentions du demandeur quant au partage ni les diligences entreprises pour parvenir à un partage amiable. Elle prétend en outre que les démarches visant à un tel partage sont en cours. Mme Bianca X... soutient que le juge de la mise en état serait compétent pour connaître de cette irrégularité, qui constitue un défaut de régularité de l'acte introductif d'instance et non une fin de non-recevoir.

Pour décider de transmettre une demande d'avis à la Cour de cassation, le juge de la mise en état d'Ajaccio a retenu que les termes « à peine d'irrecevabilité », utilisés à l'article 1360 du code de procédure civile, prêtent à interprétation et que la qualification de fin de non-recevoir ou d'exception de procédure a une incidence sur la compétence du juge de la mise en état. Il indique que le défaut de motivation de l'assignation pourrait relever de la catégorie des nullités d'actes pour vice de forme, mais souligne que le texte ne prévoit pas expressément une nullité, mais une irrecevabilité. Il envisage que les formalités qu'il impose constituent des formalités substantielles ou d'ordre public.

### 2. La recevabilité de la demande d'avis

a) La recevabilité en la forme

Selon l'article 1031-1 du code de procédure civile :

« Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation, en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet... »

Le juge de la mise en état d'Ajaccio, qui a rendu le jugement par lequel il sollicite l'avis de la Cour de cassation, a adressé aux parties et au procureur de la République, le 30 septembre 2011, le courrier par lequel il les informait de son intention de solliciter l'avis de la Cour de cassation et les invitait à formuler leurs observations avant le 21 octobre 2011.

Le procureur de la République d'Ajaccio n'a formulé aucune observation et Mme Pasquale X... est la seule partie à avoir répondu à cette demande d'avis. Elle a fait valoir que l'incident avait été introduit dans une intention dilatoire par Mme Bianca X... et qu'il appartenait au juge du fond d'analyser cette irrecevabilité, qui ne peut s'analyser en un vice de forme.

Comme l'exige l'article 1031-2 du code de procédure civile, le jugement du 21 octobre 2011 a été notifié aux parties ainsi qu'au procureur de la République, au premier président de la cour d'appel de Bastia et au procureur général près cette même cour.

Les conditions de forme de recevabilité de la demande d'avis prévues par le code de procédure civile paraissent donc remplies.

b) La recevabilité au fond

Selon l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une **question de droit nouvelle** présentant **une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges**. Une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation (non-lieu à statuer sur un point de droit ayant fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation : avis du 25 juin 2010, n° 10-00.003, *Bull.* 2010, Avis, n° 3). En outre, n'est pas nouvelle la question dont est saisie la Cour de cassation à l'occasion d'un pourvoi pendant devant elle (avis du 31 mai 1999, n° 99-20.008, *Bull.* 1999, Avis, n° 4).

La disposition en cause résulte d'un décret du 23 décembre 2006 et n'a pas encore donné lieu à application par la Cour de cassation. En outre, après vérification, aucun pourvoi actuellement en cours d'examen par la Cour de cassation ne porte sur les questions abordées par la demande d'avis. La question, qui est incontestablement de droit, peut donc être considérée comme **nouvelle**.

L'article 1360 du code de procédure civile étant invoqué devant les juges du fond pour s'opposer à des demandes de partage judiciaire, il n'est pas douteux que la question des modalités d'application de cet article est susceptible de se poser **dans de nombreux litiges**, puisque, potentiellement, elle peut se poser dans toute demande de partage judiciaire, soumis aux dispositions de ce décret. La base Jurica mentionne ainsi soixante-deux décisions de cours d'appel rendues depuis le 26 mai 2008.

Rappelons que le décret du 23 décembre 2006, en ce qu'il concerne le droit des successions, s'applique aux successions ouvertes après le 1<sup>er</sup> janvier 2007 ainsi qu'aux successions ouvertes et non encore partagées au 1<sup>er</sup> janvier 2007, sous réserve qu'aucune instance ne soit en cours à cette même date (par combinaison des dispositions transitoires du décret - article 12 du texte - et des dispositions transitoires de la loi du 23 juin 2006 - article 47).

La question du **caractère sérieux** de la demande est plus délicate, et c'est au terme de l'analyse de la demande que la formation pour avis devra décider si la question est véritablement sérieuse.

Rappelons que la question est sérieuse dès lors *qu'elle commande l'objet du litige* (avis du 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.* 2007, Avis, n° 3 ; avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8) et *qu'elle donne ou pourrait donner lieu à plusieurs solutions divergentes d'égale pertinence de la part des juridictions du fond*, en sorte que la demande d'avis vise à prévenir des contrariétés de jurisprudence. Mais une question n'est pas sérieuse lorsqu'elle dépend d'une opération de qualification qui relève de l'office du juge (avis du 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.* 2010, Avis, n° 2), lorsque la réponse va de soi (avis du 29 janvier 2007, n° 07-00.003, *Bull.* 2007, Avis, n° 2) ou encore lorsque la réponse résulte de la lecture et de la combinaison des textes en cause, dont les conditions d'élaboration et d'application ne suscitent aucune interrogation (avis du 26 septembre 2006, n° 06-00.010, *Bull. crim.* 2006, Avis, n° 2).

En ce qui concerne le point de savoir si la question « commande l'objet du litige », il peut être relevé que, compte tenu des dispositions transitoires de la loi du 23 juin 2006 et de son décret d'application, précédemment rappelées, l'article 1360 du code de procédure civile s'applique non seulement à la succession de M. Jean-Pierre X..., décédé en 2008, mais également aux successions de ses parents, qui ont été ouvertes avant le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (nous ignorons la date de décès de la mère, qui était née en 1911), dès lors qu'aucune instance n'avait été engagée avant le 1<sup>er</sup> janvier 2007. Il peut être également noté que si l'assignation en partage qui a été délivrée dans la cause comporte bien une énonciation de certains biens à partager, elle ne contient aucune indication sur les raisons qui ont empêché un partage amiable et qu'elle n'indique d'ailleurs pas si une tentative de partage amiable a été faite. En conséquence, les questions faisant l'objet de la demande d'avis paraissent bien commander l'issue du litige.

Pour évaluer l'existence de divergences jurisprudentielles sur la question, une analyse des soixante-deux décisions mentionnant l'article 1360 du code de procédure civile figurant sur la base Jurica a été effectuée. Il en ressort que la majorité des décisions ne qualifie pas l'irrecevabilité qu'elles retiennent ou écartent. Onze décisions<sup>1</sup> retiennent qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir, et trois décisions retiennent qu'il s'agit d'une

<sup>1</sup> Il s'agit de décisions émanant des cours d'appel d'Agen, Douai, Nîmes, Chambéry, Saint-Denis de La Réunion.

nullité<sup>2</sup>, l'une d'entre elles énonçant qu'il s'agit d'une nullité de fond, solution qui ne peut être approuvée compte tenu de la doctrine, maintenant bien assise, de la Cour de cassation selon laquelle les nullités de fond sont limitativement énumérées à l'article 117 du code de procédure civile<sup>3</sup>.

Il peut donc être noté qu'il n'existe pas d'unanimité jurisprudentielle, même si le faible nombre de décisions appliquant le régime des exceptions de nullité peut être relevé, tout en observant que les décisions analysées ne sont pas totalement représentatives, puisque les cours d'appel les plus importantes sont peu représentées : une seule décision des cours d'appel de Paris et Lyon, deux de Bordeaux, trois décisions de Versailles, aucune de Toulouse. Reste à savoir si les réponses divergentes apportées sont d'égale pertinence, ce que permettra d'évaluer l'examen au fond de la demande d'avis.

### 3. Délimitation de la question

Bien que présentée sous forme de quatre questions, la demande d'avis invite la Cour de cassation à répondre principalement à la question de savoir si l'irrecevabilité posée par l'article 1360 du code de procédure civile constitue une fin de non-recevoir ou une exception de procédure. S'il était considéré qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir, les questions 2 et 3 ne nécessiteraient pas de réponse, puisqu'elles se placent dans l'hypothèse d'une exception de nullité, et seule devrait être examinée la quatrième question, relative aux compétences du juge de la mise en état.

De même, s'il devait être considéré que l'irrecevabilité constitue une nullité pour vice de forme de l'assignation, seule la troisième question devrait être examinée, la réponse à la quatrième question étant alors évidente, puisque le juge de la mise en état tient de l'article 771 du code de procédure civile la compétence exclusive, jusqu'à son dessaisissement, pour statuer sur les exceptions de procédure.

## I. - Une fin de non-recevoir ou une exception de procédure ?

### A. - Définition des notions

Le titre V du code de procédure civile, consacré aux **moyens de défense**, comporte trois chapitres :

- chapitre 1 : Les défenses au fond ;
- chapitre 2 : Les exceptions de procédure ;
- chapitre 3 : Les fins de non-recevoir.

Sont ainsi énumérées les trois catégories de moyens de défense.

#### 1. Les exceptions de procédure

Selon l'article 73 de ce code, constitue une **exception de procédure** tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours. Parmi les exceptions de procédure, figurent les exceptions de nullité, qui comprennent les nullités pour vice de forme (article 112 à 116) et les nullités de fond (article 117 à 121), dont on sait qu'elles sont limitativement énumérées<sup>4</sup>. La nullité affecte la validité de la procédure pour inobservation de règles de forme ou de fond.

L'article 114 du code de procédure pose la règle « pas de nullité sans texte », qui veut qu'un acte ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en a pas été expressément prévue par un texte, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public, règle à laquelle fait référence la troisième question posée par la demande d'avis.

Le régime des exceptions de procédure est défini par l'article 74 du code de procédure civile, qui impose que la nullité soit invoquée, à peine d'irrecevabilité, simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, quand bien même la nullité invoquée serait d'ordre public.

#### 2. Les fins de non-recevoir

Selon l'article 122 du code de procédure civile, « constitue une **fin de non-recevoir** tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, **tel** le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

Les exemples de fins de non-recevoir donnés par cet article ne sont pas limitatifs et la jurisprudence a vu des fins de non-recevoir dans bien d'autres situations procédurales, telle l'obligation légale ou conventionnelle d'un préalable de conciliation avant la saisine d'une juridiction<sup>5</sup>, l'obligation de saisine préalable de la commission de recours amiable en matière de sécurité sociale<sup>6</sup>, l'invocation de l'immunité de juridiction<sup>7</sup> ou l'absence de bonne foi du demandeur en matière de traitement du surendettement<sup>8</sup>. De même, à des fins de « police processuelle »<sup>9</sup>, la jurisprudence a sanctionné par une fin de non-recevoir le comportement

<sup>2</sup> La cour d'appel de Dijon et celle d'Agen ont retenu l'existence d'une nullité de forme et celle d'Aix-en-Provence, une nullité de fond.

<sup>3</sup> Chambre mixte, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6.

<sup>4</sup> Chambre mixte, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6, pourvoi n° 03-20.026 : « La notion d'inexistence ne saurait être admise aux côtés des nullités de forme et des nullités de fond, seules prévues par le nouveau code de procédure civile. Quelle que soit la gravité de l'irrégularité alléguée, seules affectent la validité d'un acte de procédure, indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile. »

<sup>5</sup> Chambre mixte, 14 février 2003, *Bull.* 2003, Ch. mixte, n° 1, pourvois n° 00-19.423 et 00-19.424 ; 1<sup>re</sup> Civ., 30 octobre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 329, pourvoi n° 06-13.366.

<sup>6</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 3 février 2011, *Bull.* 2011, I, n° 27, pourvoi n° 10-10.357.

<sup>7</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 27 avril 2004, *Bull.* 2004, I, n° 114, pourvoi n° 01-12.442.

<sup>8</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 104, pourvoi n° 91-04.051.

<sup>9</sup> Expression utilisée par Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, dans leur ouvrage de droit judiciaire privé, Litec, 6<sup>e</sup> édition, § 480.

procédural incohérent, ou contradictoire au détriment d'autrui. Au-delà de l'irrecevabilité du moyen de cassation contraire aux écritures prises devant le juge du fond<sup>10</sup>, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, le 27 février 2009, que « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* »<sup>11</sup>. Récemment, la chambre commerciale a retenu qu'une partie n'était pas recevable à se prévaloir de son défaut de personnalité juridique alors qu'elle avait elle-même formé et instruit une instance sous cette même dénomination<sup>12</sup>.

MM. Solus et Perrot, dans leur traité datant de 1961, soulignaient déjà l'hétérogénéité des fins de non-recevoir, indiquant que l'on pouvait cependant apercevoir entre elles une certaine unité, fondée sur l'idée que toutes « *ont pour but d'étouffer le débat au fond de manière préalable et d'entraîner l'échec de la demande sans qu'il soit besoin de chercher si elle est fondée ou si elle ne l'est pas ; l'idée d'obstacle anticipé reste sous-jacente à la notion de fin de non-recevoir* ».

M. Guinchard et Mmes Ferrand et Chainais<sup>13</sup> indiquent dans leur cours que « *la fin de non-recevoir désigne le moyen de défense visant à sanctionner le défaut de droit d'agir en justice par un rejet de l'acte processuel, sans examen au fond. L'acte est alors dit irrecevable* ».

Selon MM. Héron et Le Bars<sup>14</sup>, « *on peut dire que la fin de non-recevoir est le moyen qui tend à faire rejeter, sans examen au fond, une demande ou une défense, parce que la partie ne satisfait pas aux conditions exigées pour pouvoir soumettre au juge cet acte processuel (...). La partie qui soulève une fin de non-recevoir soutient que son adversaire ne satisfait pas aux conditions posées par la loi pour pouvoir soumettre au juge l'acte qu'il vient de réaliser* ». Ces mêmes auteurs, reprenant une classification « en trois étapes » faite par Motulski, permettant de distinguer les défenses au fond, les exceptions de procédure et de fin de non-recevoir, indiquent que « *la défense au fond porte sur le droit substantiel, la fin de non-recevoir sur le droit d'agir et l'exception de procédure sur l'acte de procédure* ».

Selon MM. Couchez et Lagarde<sup>15</sup>, « *la partie qui oppose une fin de non-recevoir à son adversaire conteste le droit d'action de celui-ci* ».

Le Répertoire de procédure civile Dalloz<sup>16</sup> indique : « *Une fin de non-recevoir est soulevée et la qualification d'exception se trouve exclue lorsqu'est en cause l'action de l'adversaire, c'est-à-dire lorsqu'il est allégué que son droit d'agir n'existe pas, n'existe pas encore ou n'existe plus.* »

Motulski, dans un commentaire de jurisprudence analysant la notion de fin de non-recevoir, écrivait : « *l'action se définit comme le pouvoir d'obtenir d'un tribunal une décision sur le fond de la prétention qui lui est soumise* ». Il indiquait : « *le bénéfice du droit d'action, c'est donc, en définitive, remplir les conditions nécessaires pour que le tribunal soit tenu de statuer sur le fond* »<sup>17</sup>. L'octroi de l'action est donc indépendant de la question de savoir si le droit substantiel réclamé existe ou non. **La fin de non-recevoir serait donc, selon Motulski, le moyen tendant à nier le droit d'obtenir une décision sur le fond.**

Les fins de non-recevoir revêtent un caractère mixte en ce qu'elles présentent des effets similaires à un rejet au fond des demandes, alors même que, comme les exceptions de procédure, elles ne nécessitent pas d'examen au fond. Il en est ainsi, par exemple, des fins de non-recevoir tenant à l'omission d'un acte de la procédure, comme l'omission de la convocation et d'audition préalable du dirigeant social poursuivi en paiement des dettes sociales<sup>18</sup>, ou à l'expiration d'un délai de forclusion<sup>19</sup>, cette dernière hypothèse se rattachant à la fin de non-recevoir liée au délai préfix, mentionnée à l'article 122 du code de procédure.

Le caractère mixte et complexe des fins de non-recevoir s'illustre également par le fait que, si elles ne nécessitent pas d'examen du fond des demandes, elles ne sont pas toujours sans lien avec le droit substantiel. En effet, certaines fins de non-recevoir vont nécessiter une appréciation de circonstances se rattachant au fond du droit : ce sera le cas, par exemple, de la condition de bonne foi en droit du surendettement ou de l'existence d'une réconciliation des époux en matière de divorce pour faute<sup>20</sup>. Ces fins de non-recevoir sont qualifiées de « fausses » par MM. Héron et Le Bars, en raison de leur caractère non procédural.

<sup>10</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 11 mai 2006, *Bull.* 2006, III, n° 121, pourvoi n° 05-70.020, et 2<sup>e</sup> Civ., 23 octobre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 220, pourvoi n° 07-15.769 : *C'est à juste titre qu'une cour d'appel décide qu'une partie, qui a formé une demande d'arbitrage devant un tribunal institué en vue de régler les différends entre deux pays et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable.*

<sup>11</sup> Assemblée plénière, 27 février 2009, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 07-19.841 ; 1<sup>re</sup> Civ., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, n° 302, pourvoi n° 01-15.912

<sup>12</sup> Com., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-22.888, à paraître, *Dalloz* 2011, p. 2345, commentaire X. Delpèch. Il convient de noter cependant que cet arrêt n'est pas rendu au visa de l'article 122 du code de procédure civile.

<sup>13</sup> *Hypercours Dalloz de Procédure civile*, n° 23 et suivants.

<sup>14</sup> *Droit Judiciaire privé*, 4<sup>e</sup> édition, n° 137 et suivants.

<sup>15</sup> *Procédure civile*, Sirey, 16<sup>e</sup> édition, n° 164 et suivants.

<sup>16</sup> *Répertoire Dalloz*, Défenses, exceptions et fins de non-recevoir, Isabelle Pétel-Teyslié.

<sup>17</sup> Note sous Ch. civ., 6 juin 1962, in Motulski, *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz.

<sup>18</sup> Com., 10 mars 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 34, pourvoi n° 07-20.632, et Com. 28 juin 2011, pourvoi n° 10-30.726. Notons cependant que l'omission d'un acte est parfois prévue par les textes à peine de nullité (voir par exemple l'article R. 123-3 du code de la sécurité sociale, qui concerne l'appel en cause du préfet de région dans les instances engagées par un agent d'un organisme de sécurité sociale contre son employeur et portant sur un différend né à l'occasion du contrat de travail : Soc., 16 avril 2008, *Bull.* 2008, V, n° 91, pourvoi n° 06-44.539).

<sup>19</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 3 avril 2003, *Bull.* 2003, II, n° 91, pourvoi n° 01-04.043, et 2<sup>e</sup> Civ., 18 décembre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 272, pourvoi n° 08-11.103.

<sup>20</sup> Article 244 du code civil.

MM. Solus et Perrot, dans leur traité, estimaient qu'on pouvait distinguer des fins de non-recevoir « de procédure » et d'autres « liées au fond »<sup>21</sup> (certaines fins de non-recevoir étaient d'ailleurs dénommées « exceptions péremptoires »). Motulski récusait cette distinction, même s'il convenait que certaines fins de non-recevoir sont plus près de « *la marche de la procédure* » et d'autres, « *plus près du fond* ».

De ces caractères, il résulte qu'il n'est pas toujours aisé de faire la distinction entre fin de non-recevoir et exception de procédure.

Ainsi, le défaut de pouvoir juridictionnel peut s'apparenter à une exception d'incompétence, mais la jurisprudence, au fil des arrêts, tend à y voir une fin de non-recevoir<sup>22</sup>. Il en a été jugé ainsi en matière d'immunité de juridiction<sup>23</sup>, mais également dans le cas du juge de référé ou plus récemment, s'agissant du défaut de pouvoir juridictionnel, de la cour d'appel qui n'est pas juridiction d'appel du tribunal qui a statué<sup>24</sup>.

Cette distinction est encore rendue plus délicate par le fait que, alors que l'on considère généralement que la fin de non-recevoir est un empêchement définitif à agir (M. Couchez indique que « *l'accueil de la fin de non-recevoir se traduit par une irrecevabilité, mais de ce fait, il est mis fin définitivement au procès, celui-ci ne pouvant en principe recommencer* »), il est des fins de non-recevoir dites « provisoires », qui permettent de retrouver le droit d'action lorsqu'un événement qui faisait défaut dans l'action initiale a été réalisé. C'est, par exemple, le cas de la fin de non-recevoir tenant à l'obligation préalable de conciliation<sup>25</sup>.

Le régime des fins de non-recevoir diffère de celui des exceptions de procédure en ce qu'elles peuvent être invoquées en tout état de cause et ne nécessitent pas la preuve d'un grief. Ce régime est cependant rendu assez subtil par le fait que les pouvoirs du juge ne sont pas les mêmes pour toutes les fins de non-recevoir : le juge **doit** relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public (sans qu'une liste de celles-ci ne soit donnée par les textes), telle la fin de non-recevoir tirée de la fermeture d'une voie de recours ou de l'expiration du délai de recours ; il **peut** relever d'office certaines autres fins de non-recevoir, et les réformes récentes ont élargi les cas dans lesquels cela lui est possible (l'autorité de la chose jugée et le défaut d'intérêt peuvent, depuis le décret du 20 août 2004, être relevés d'office par le juge) ; enfin, il est d'autres fins de non-recevoir qu'il lui est **interdit** de relever d'office, comme celle tirée de la prescription, ou de la mauvaise foi, en matière de surendettement.

## B. - Identification des fins de non-recevoir

L'auteur du *Répertoire Dalloz* consacré aux moyens de défense indique que lorsque le législateur n'a pas lui-même qualifié le moyen de défense de fin de non-recevoir, « *la qualification d'exception se trouve exclue lorsqu'est en cause l'action de l'adversaire, c'est-à-dire lorsqu'il est allégué que son droit d'agir n'existe pas, n'existe pas encore ou n'existe plus* ». Elle indique que la qualification légale de fin de non-recevoir peut résulter soit des textes qui la prévoient expressément, « *mais aussi de ceux qui se bornent à sanctionner une exigence par l'irrecevabilité* ».

De même, MM. Heron et Le Bars indiquent que « *le plus souvent l'identification [de la fin de non-recevoir] s'opère grâce aux mots utilisés par l'auteur de la règle. Les mots « recevable » ou « irrecevable » marquent de façon certaine l'existence d'une fin de non-recevoir.* »

Cependant, si l'usage du terme irrecevable, lorsqu'il concerne une action ou une demande, renvoie sans aucun doute à l'existence d'une fin de non-recevoir puisqu'est ainsi visé le droit d'agir, un doute peut naître lorsqu'il vise **un acte de procédure** et même **les mentions de cet acte**.

En effet, si certains textes indiquent clairement que l'irrecevabilité frappe l'action ou la demande en justice, certains autres, comme l'article 1360 du code de procédure civile, visent l'acte de procédure lui-même.

L'article 257-2 du code civil est ainsi rédigé :

« À peine d'irrecevabilité, la **demande** introductive d'instance [en divorce] comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux ».

D'autres articles semblent, en revanche, viser l'acte de procédure lui-même. Ainsi, les articles 1090 et 1091 du code de procédure civile, relatifs à la **requête** en divorce par consentement mutuel, prévoient que la requête doit comporter un certain nombre de mentions ou d'annexes, à peine d'irrecevabilité. Il en allait de même de l'article 1123 du code de procédure civile, dans sa rédaction antérieure à la réforme du divorce de 2004, qui prévoyait l'irrecevabilité de la **requête initiale** en divorce pour rupture de la vie commune, faute d'indiquer les moyens par lesquels le demandeur subviendrait aux besoins de l'autre époux. On peut encore citer l'omission d'indication du domicile réel dans les conclusions (article 961 du code de procédure civile, qui déclare ces conclusions irrecevables).

Ne doit-on pas considérer qu'il s'agit alors d'une exception de procédure, frappant l'acte de procédure lui-même plutôt que le droit d'agir ?

La doctrine et la jurisprudence nous enseignent que tel n'est pas le cas.

<sup>21</sup> Il peut être rappelé qu'avant le nouveau code de procédure civile, les fins de non-recevoir devaient être soulevées *in limine litis*, comme les exceptions de procédure, règle à laquelle la jurisprudence apportait de très nombreuses dérogations, approuvée par une certaine partie de la doctrine.

<sup>22</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 21 avril 2005, *Bull.* 2005, II, n° 116, pourvoi n° 03-15.607.

<sup>23</sup> Cf. note 7.

<sup>24</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 9 juillet 2009, *Bull.* 2009, II, n° 186, pourvoi n° 06-46.220, *Bull.* 2009, II, n° 187, pourvoi n° 08-40.541, et *Bull.* 2009, II, n° 188, pourvoi n° 08-41.465 : « Une cour d'appel qui, tenue de vérifier la régularité de sa saisine, constate que l'appel d'un jugement rendu par un conseil de prud'hommes a été formé devant une cour dans le ressort de laquelle n'est pas située la juridiction dont émane la décision attaquée en déduit exactement que l'appel n'est pas recevable ».

<sup>25</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 03-10.237 ; en matière de demande prématurée, 2<sup>e</sup> Civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-16.298, en matière d'exequatur, 1<sup>er</sup> Civ., 22 octobre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 234, pourvoi n° 00-14.035.

Les auteurs du Dalloz Action<sup>26</sup> indiquent en effet : « Il arrive en effet qu'un texte mentionne expressément que l'omission de certaines mentions dans un acte est **une cause d'irrecevabilité de l'acte**, sanctionnée par une fin de non-recevoir. **Dans ces cas, l'acte échappe au régime des nullités des articles 112 et suivants** ». Ils citent à titre d'exemple le cas de la motivation du contredit, dont l'absence constitue une cause d'irrecevabilité de la voie de recours ainsi formée<sup>27</sup>.

Mme Pétel-Teyssié écrit au *Répertoire Dalloz* : « Pareillement, alors même que le droit d'agir existe indépendamment de l'acte par lequel il s'exerce, c'est une fin de non-recevoir qui, par une sorte d'"excroissance légale" (J. Normand, obs. in RTD civ. 1981.685) vient sanctionner l'obligation de motiver le déclinatoire de compétence ou le contredit ».

De son côté, la jurisprudence, lorsqu'elle a été invitée à se prononcer, a jugé qu'il s'agissait de fins de non-recevoir.

Ainsi, il a été jugé que constituait une fin de non-recevoir le fait, pour le demandeur à un divorce pour rupture de la vie commune, de ne pas indiquer les moyens par lesquels il subviendrait aux besoins de l'autre époux, conformément à l'article 1123 du code de procédure civile dans sa rédaction alors applicable (2<sup>e</sup> Civ., 18 septembre 1996, *Bull.* 1996, II, n° 210, pourvoi n° 94-16.941, et 2<sup>e</sup> Civ., 29 novembre 2001, *Bull.* 2001, II, n° 177, pourvoi n° 98-21.342).

De même, il peut être rappelé que l'irrecevabilité des conclusions d'appel, faute d'indiquer le domicile réel de l'appelant, prévue à l'article 961 du code de procédure civile, est considérée comme pouvant être régularisée et ne nécessitant pas la preuve d'un grief<sup>28</sup>. Il a été considéré qu'il ne pouvait s'agir d'une nullité, en l'absence de texte la prévoyant<sup>29</sup>.

À l'inverse, la question s'est posée de savoir quelle était la sanction d'une requête en divorce présentée selon les modalités de l'article 1106 du code de procédure civile, mais qui, contrairement aux prescriptions de cet article, contiendrait l'énoncé de griefs, alors que le texte est muet sur la sanction de cette interdiction. Une décision du tribunal de grande instance de Bordeaux et de la cour d'appel de cette ville ayant opté pour l'irrecevabilité de la requête est approuvée par M. Hauser<sup>30</sup>.

Il résulte de ce qui précède qu'outre les cas mentionnés à l'article 122 du code de procédure civile, une fin de non-recevoir peut sanctionner :

- l'omission d'un acte de la procédure (défaut de convocation du dirigeant social poursuivi personnellement, défaut de mise en cause de toutes les parties en cas de recours en révision - article 595 du code de procédure civile...);
- l'irrégularité affectant l'acte lui-même, quant à ses mentions (article 57 et 1090 du code de procédure civile, concernant les mentions de la requête conjointe) ou quant à ses développements au fond : défaut de motivation (contredit, question prioritaire de constitutionnalité, requête en récusation ou en suspicion légitime...), omission de certaines informations obligatoires (en matière de divorce - articles 257-2 du code civil et 1115 du code de procédure civile) ;
- l'irrégularité affectant les annexes de l'acte (projet de convention en matière de divorce - article 1091 du code de procédure civile, documents médicaux en matière de mesure de protection à l'égard des majeurs - article 1218 du code de procédure civile) ;
- l'irrégularité affectant le support de l'acte lui-même (forme électronique en matière de procédure d'appel - article 930-1 du code de procédure civile) ;
- l'ensemble d'un comportement procédural déloyal (interdiction de se contredire au détriment d'autrui).

Enfin, une fin de non-recevoir sanctionne parfois des conditions de fond de l'action, comme la bonne foi du demandeur en matière de surendettement, la réconciliation des époux en matière de divorce pour faute.

Face à cette hétérogénéité, MM. Héron et Le Bars indiquent « qu'il n'existe pas de fin de non-recevoir par nature que l'on pourrait détecter à partir de ses seuls éléments constitutifs. La fin de non-recevoir n'est qu'une sanction, particulièrement énergique, que le législateur attache à l'inobservation de certaines règles procédurales parce qu'il le trouve bon »<sup>31</sup>. Selon ces auteurs, elle se définit exclusivement **par l'effet** qu'elle entraîne, c'est-à-dire le rejet sans examen au fond de l'acte procédural soumis au juge et permettant de voir la cause jugée.

### C. - Éléments de la réponse s'agissant de l'irrecevabilité posée à l'article 1360 du code de procédure civile

1. La qualification de la sanction prévue par l'article 1360 du code de procédure civile devra tenir compte de la formulation même de l'article, qui utilise le terme d'irrecevabilité, et des rappels doctrinaux et jurisprudentiels qui viennent d'être faits.

2. Il pourra également être tenu compte d'un arrêt récemment rendu par la deuxième chambre en ce qui concerne l'article 257-2 du code civil. Cette chambre a jugé que constitue une fin de non-recevoir régularisable

<sup>26</sup> Dalloz Action, *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. Guinchard, édition 2005/2006, § 193.21.

<sup>27</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 24 juin 1998, *Bull.* 1998, II, n° 209, pourvoi n° 94-43.109, 2<sup>e</sup> Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, II, n° 81, pourvoi n° 03-20.529.

<sup>28</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 8 novembre 2001, pourvoi n° 00-14.440, et 2<sup>e</sup> Civ., 31 mai 2001, pourvoi n° 99-21.436.

<sup>29</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 10 octobre 1990, *Bull.* 1990, II, n° 186, pourvoi n° 89-15.280.

<sup>30</sup> *RTD civ.* 2006, p. 288, et *RTD civ.* 2010, p. 88.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, §§ 441 et 138.

le fait, pour la demande introductive de l'instance en divorce, de ne pas comporter une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux, contrairement aux exigences des articles 257-2 du code civil et 1115 du code de procédure civile (2<sup>e</sup> Civ., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.824, à paraître).

Il convient de souligner cependant que, comme indiqué ci-dessus, l'article 257-2 du code civil n'est pas rédigé dans les mêmes termes que l'article 1360 du code de procédure civile, puisque le premier vise *la demande* introductive d'instance alors que le second vise *l'assignation* en partage.

Précisons que, dans cette affaire, personne ne remettait en cause la qualification de fin de non-recevoir, le débat portant sur la question de savoir si celle-ci devait être soumise dans son intégralité au régime de droit commun des fins de non-recevoir ou si, obéissant à un régime dérogatoire, elle ne pouvait être régularisée. La question résultait des dispositions du dernier alinéa de l'article 1115 du code de procédure civile, qui dispose que l'irrecevabilité doit, contrairement au régime ordinaire des fins de non-recevoir, être invoquée avant toute défense au fond. Malgré cette précision, la deuxième chambre a jugé que cette fin de non-recevoir restait régularisable, comme toute fin de non-recevoir.

La différence rédactionnelle entre les articles 257-2 du code civil et 1360 du code de procédure civile correspond-elle à une différence d'intention du « législateur » ?

3. La circulaire d'application du décret du 23 décembre 2006<sup>32</sup>, sans définir la nature de la sanction, indique que l'article 1360 a été inspiré « *d'une disposition comparable introduite à l'article 1115 du code de procédure civile pour l'assignation en divorce* », et que « *ce mécanisme permettra, d'une part, d'éviter les assignations hâtives alors qu'aucune tentative de partage amiable n'a été réalisée et, d'autre part, donnera au juge saisi une vision plus précise de la situation patrimoniale et des difficultés à trancher* ».

C'est au vu de ces éléments que la formation pour avis devra décider si l'irrecevabilité de l'article 1360 du code de procédure civile s'analyse en une nullité de forme ou une fin de non-recevoir et si les trois premières questions posées présentent un caractère sérieux, aux fins de déterminer s'il y a lieu à avis ou non.

## II. - La compétence du juge de la mise en état

La dernière question de la demande d'avis porte sur le point de savoir si le juge de la mise en état est compétent pour connaître du moyen d'irrecevabilité résultant de l'application de l'article 1360 du code de procédure civile.

La compétence du juge de la mise en état est régie par l'article 771 du code de procédure civile et a beaucoup évolué ces dernières années. Avant la réforme réalisée par le décret du 28 décembre 1998, le juge de la mise en état ne pouvait connaître que des exceptions dilatoires et des nullités pour vice de forme. Le décret de 1998 lui a donné compétence pour statuer sur toutes les exceptions de procédure, c'est-à-dire les exceptions d'incompétence, les exceptions de litispendance et de connexité, les exceptions dilatoires et les exceptions de nullité (pour vice de forme ou irrégularité de fond).

Puis, le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 a complété le deuxième alinéa de l'article 771 par les mots suivants : « *et sur les incidents mettant fin à l'instance* », avant que le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 ne vienne lui ajouter la phrase suivante : « *les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge* ».

Aujourd'hui, cet article est ainsi rédigé :

« *Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour :*

1. *Statuer sur les exceptions de procédure [...] et sur les incidents mettant fin à l'instance ; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ;*
2. *Allouer une provision pour le procès ;*
3. *Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable [...] ;*
4. *Ordonner toute autre mesure provisoire, même conservatoire, à l'exception des saisies conservatoires et hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient été ordonnées ;*
5. *Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction ».*

La question posée est donc de savoir si l'irrecevabilité en cause constitue une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance.

S'il était considéré, au terme de l'examen des trois premières questions posées, que l'irrecevabilité constitue une cause de nullité pour vice de forme de l'assignation, il n'y a pas de doute qu'elle entrerait dans le champ des compétences exclusives du juge de la mise en état, tel qu'énoncé au 1 de l'article 771 ci-dessus. Ainsi que le précise la fiche méthodologique consacrée au conseiller de la mise en état, « *les exceptions de procédure également visées par l'article 771 du code de procédure civile sont celles mentionnées par l'article 73 du code de procédure civile* ».

<sup>32</sup> Circulaire du 29 mai 2007 n° 73-07/C1/5-2/GS, JUSCO754177C.

S'il était considéré que l'irrecevabilité constitue une fin de non-recevoir, pourrait-on considérer qu'elle constitue « un incident mettant fin à l'instance » au sens de l'article 771 susmentionné ?

Rappelons que, selon le code de procédure civile, constituent des incidents de l'instance ceux envisagés au titre XI du livre premier de ce code, soit la jonction et la disjonction, l'interruption d'instance, la suspension de l'instance, le sursis à statuer, la radiation et le retrait du rôle, la péremption d'instance, le désistement, la caducité de la citation et l'acquiescement. Ceux qui mettent fin à l'instance sont ceux qui entraînent son extinction : péremption, désistement, caducité de la citation et acquiescement.

Au-delà des incidents de l'instance, il existe d'autres formes d'incidents de procédure, que l'on classe habituellement en cinq catégories :

- les exceptions ;
- les incidents relatifs à la preuve ;
- les incidents provenant de la modification soit des prétentions des parties, soit des parties au procès (demandes additionnelles, incidentes, et intervention) ;
- incidents relatifs au personnel judiciaire (demande de récusation, abstention, renvoi) ;
- incidents relatifs au cours de l'instance, à son déroulement normal (incidents de l'instance au sens strict).

Les fins de non-recevoir ne figurent pas dans cette énumération. Compte tenu des imprécisions terminologiques résultant de la rédaction de certains articles du code et de l'importance des conséquences désormais attachées à la qualification des différents incidents au regard de la compétence du juge de la mise en état (la compétence exclusive de celui-ci rend irrecevable toute demande présentée après son dessaisissement), la Cour de cassation a été saisie pour avis de la question de savoir si les fins de non-recevoir entraînent dans le champ de l'article 771 du code de procédure. Par un avis du 13 novembre 2006, elle a répondu que « *les incidents mettant fin à l'instance visés par le deuxième alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile sont ceux mentionnés aux articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non-recevoir* »<sup>33</sup>.

Ainsi, le juge de la mise en état n'a pas une compétence exclusive pour connaître des fins de non-recevoir. Mais est-il compétent, concurremment avec le juge du fond, pour en connaître ?

À la suite de l'avis, certains auteurs avaient conclu en ce sens<sup>34</sup>. Cependant, la majorité de la doctrine considère que le juge de la mise en état ne peut statuer sur les fins de non-recevoir<sup>35</sup> et la fiche méthodologique consacrée au conseiller de la mise en état est également en ce sens.

Plusieurs chambres de la Cour de cassation ont eu l'occasion de confirmer et expliciter l'avis rendu en 2006 :

- 2<sup>e</sup> Civ., 18 décembre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 272, pourvoi n° 08-11.103 ;
- 2<sup>e</sup> Civ., 18 juin 2009, pourvoi n° 08-15.940 ;
- 2<sup>e</sup> Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-14.298. Cet arrêt indique notamment que « *les incidents mettant fin à l'instance visés au deuxième alinéa de l'article 771 du code de procédure civile n'incluent pas les fins de non-recevoir ; que la cour d'appel [statuant sur le déféré d'une ordonnance du juge de la mise en état] a donc, en déclarant le juge de la mise en état **sans pouvoir pour statuer sur la prescription** et en disant que la procédure devait se poursuivre, légalement fondé sa décision* » ;
- 1<sup>re</sup> Civ., 9 mars 2011, *Bull.* 2011, I, n° 54, pourvoi n° 10-10.044. Par cette décision, la première chambre fait application de la règle en matière d'immunité de juridiction et décide que le juge de la mise en état doit surseoir à statuer sur les exceptions de procédure dont il est saisi, tant que le **tribunal** n'a pas statué sur la fin de non-recevoir tenant à l'immunité de juridiction invoquée par l'État étranger.

C'est au vu de ces éléments que la formation pour avis devra examiner la pertinence de la quatrième question.

<sup>33</sup> Avis du 13 novembre 2006, *Bull.* 2006, Avis, n° 10, n° 06-00.012, et rapport de Mme Guilguet-Pauthe.

<sup>34</sup> O. Salati, *Répertoire de procédure civile*, Mise en état, §11, *JCP* 2007, éd. Gén., II, 10.027 ; MM. Marchand et Vuitton, *Juris-Classeur de procédure civile*, Fasc. 222.

<sup>35</sup> Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> édition, § 901, N. Fricero, *Juris-Classeur procédure civile*, Fasc. 721, § 54 : « *Les fins de non-recevoir, qui tendent à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande "sans examen au fond", n'entrent pas dans le champ de compétence du juge de la mise en état.* Heron et Le Bars, 4<sup>e</sup> éd., § 575 : « *Si le juge de la mise en état peut statuer sur une exception de nullité (notamment), il ne peut se prononcer sur une fin de non-recevoir tirée par exemple du défaut d'intérêt à agir ou de la prescription* ».

# Observations de M. Lathoud

## Avocat général

La Cour de Cassation a été saisie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, d'une demande d'avis du juge de la mise en état du tribunal de grande instance d'Ajaccio, rendue le 21 octobre 2011, dans le cadre d'une procédure de partage judiciaire de succession, sur les points suivants :

« Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile issu du décret n° 2006-1805, constitue-t-il une fin de non-recevoir ou une exception de procédure ?

Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile issu du décret n° 2006-1805 constitue-t-il une nullité pour vice de forme ?

Les prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile constituent-elles des formalités substantielles ou d'ordre public ?

Le juge de la mise en état est-il compétent pour connaître d'un moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 1360 du code de procédure civile ? »

### I. - Les faits et la procédure

M. Jules X... et son épouse, Antoinette Y..., aujourd'hui décédés, ont eu huit enfants :

- Joseph Marie, né en 1931 ;
- Dominique Antoine, né en 1937, placé sous tutelle ;
- Paul, né en 1940, décédé le 20 novembre 1985, sans enfant ;
- Jean-Pierre, né en 1943, décédé le 6 janvier 2008, sans enfant,

laissant un testament instituant ses trois sœurs légataires universelles :

- Bianca, née en 1946 ;
- Diane, née en 1949 ;
- Pasquale, née en 1952,
- François, décédé, marié à Caroline Z..., épouse X...

Mme Pasquale X..., par exploits introductifs d'instance des 18 mai, 30 juin, 22 juillet 2010, a fait assigner ses frères et sœurs devant le tribunal de grande instance d'Ajaccio pour qu'il soit procédé :

- au partage de la succession des époux X... ;
- mais également, en ce qui concerne ses deux sœurs instituées légataires de Jean-Pierre X... :
- au partage des biens de ce dernier, qui incluront la part successorale lui venant de ses parents ;
- à la désignation d'un expert et d'un notaire pour qu'il soit procédé aux opérations d'évaluation, de liquidation et partage...

L'une des défenderesses, Mme Bianca X..., a présenté une requête au juge de la mise en état, en mars 2011, pour que soit déclarée irrecevable l'assignation introductive d'instance, en faisant valoir qu'elle ne comprenait pas les informations exigées par l'article 1360 du code de procédure civile (descriptif sommaire des successions concernées, intentions relatives au partage des biens, justification des diligences entreprises pour parvenir à un partage amiable).

Après audience tenue le 23 septembre 2011, le juge de la mise en état a rendu la présente demande d'avis, le 21 octobre 2011.

### II. - La régularité de la demande d'avis

Il résulte du dossier de la procédure que les formalités prévues aux articles 1031-1, alinéa premier, et 1031-2 du code de procédure civile ont été respectées : la demande d'avis est recevable en la forme.

Sur le fond, la question posée, qui porte sur la qualification d'exception de nullité ou de fin de non-recevoir du défaut de motivation de l'assignation introductive d'instance, commande bien l'issue du litige.

La question est nouvelle, puisqu'elle concerne l'interprétation de l'article 1360 du code de procédure civile, résultant du récent décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, en application de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, relative à la réforme des successions et libéralités. La Cour de cassation ne s'est pas déjà prononcée sur la question.

La question paraît présenter une difficulté sérieuse, au regard des développements qui suivront. La question peut se poser dans de nombreux litiges relatifs aux liquidations judiciaires de successions. Pour ces différentes raisons, la demande d'avis semble recevable au regard des conditions fixées par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

### III. - Sur le fond

L'article 840 du code civil, résultant de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, précise : « *Le partage est fait en justice lorsque l'un des indivisaires refuse de consentir au partage amiable ou s'il s'élève des contestations sur la manière d'y procéder ou de le terminer ou lorsque le partage amiable n'a pas été autorisé ou approuvé dans l'un des cas prévus aux articles 836 et 837* ».

L'article 1360 du code de procédure civile, résultant du décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006, précise à propos de ce partage judiciaire : « **À peine d'irrecevabilité**, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable ».

Le juge de la mise en état du tribunal de grande instance d'Ajaccio expose que les termes « à peine d'irrecevabilité » prêtent à interprétation, car il lui semble que les motivations de l'assignation en partage judiciaire, exigées par l'article 1360 du code de procédure civile, pourraient être considérées comme des règles de forme dont le non-respect devrait relever d'une exception de nullité et non d'une fin de non-recevoir.

#### A. - La distinction entre les exceptions de nullité et les fins de non recevoir, dans le code de procédure civile

Le code de procédure civile distingue clairement le régime de l'exception de procédure, prévu par l'article 73, et celui de la fin de non-recevoir, défini par l'article 122 :

l'exception de procédure est une irrégularité qui concerne le fond ou la forme des actes de procédure ; elle affecte la validité de la procédure, alors que la fin de non-recevoir est une irrégularité qui touche au droit d'agir : elle affecte l'action elle-même, la justification même de l'acte.

L'exception de procédure ne peut être soulevée que si celui qui l'invoque justifie d'un grief (article 114, alinéa 2, du code de procédure civile), alors que la fin de non-recevoir peut être soulevée même sans grief (article 124 du code de procédure civile).

L'exception de procédure doit être soulevée *in limine litis* (article 74 du code de procédure civile), alors que la fin de non-recevoir peut être soulevée en tout état de cause (article 123 du code de procédure civile).

L'exception de nullité peut être régularisée ultérieurement (article 115 du code de procédure civile).

En principe, l'instance s'éteint par l'effet de la caducité de la citation (article 385 du code de procédure civile). Mais dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue (article 126 du code de procédure civile).

Le juge de la mise en état est compétent pour statuer sur les exceptions de procédure mettant fin à l'instance (article 771, alinéa premier, du code de procédure civile), alors qu'il ne peut statuer sur les fins de non-recevoir, qui concernent le droit d'agir, comme cela résulte expressément de l'avis de la Cour de cassation rendu le 13 novembre 2006 (*Bull.* 2006, Avis, n° 10, n° 06-00.012).

La nullité sanctionne les vices de forme, relatifs à une omission ou au non-respect d'une règle formelle de rédaction d'un acte. Ces nullités sont expressément prévues par un texte (articles 114, 693 et 694 du code de procédure civile), ou peuvent être prononcées en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

Constitue une fin de non-recevoir, selon l'article 122 du code de procédure civile, « **tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable... pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée** ».

La liste de l'article 122 du code de procédure civile n'est pas limitative : des fins de non-recevoir nombreuses existent en droit de la famille (procédure de réconciliation des époux dans la procédure de divorce, filiation...), en matière de publicité foncière (fin de non-recevoir pour non-publication de la demande au bureau des hypothèques, dans les actions en nullité ou en résolution affectant des droits immobiliers - décret du 4 janvier 1955, article 28), en matière de surendettement des particuliers (absence de bonne foi du demandeur).

Le code de procédure civile contient un certain nombre de dispositions sanctionnant le non-respect de règles de forme par l'irrecevabilité et non par la nullité, pour :

- le contredit, qui doit, à peine d'irrecevabilité, être motivé et remis au secrétariat de la juridiction (article 82 du code de procédure civile) ;
- l'exception d'incompétence, qui doit, à peine d'irrecevabilité, être motivée et indiquer la juridiction devant laquelle l'affaire devrait être portée (article 75 du code de procédure civile) ;
- l'inscription de faux, qui doit, à peine d'irrecevabilité, articuler avec précision les moyens que la partie invoque pour établir le faux (article 306 du code de procédure civile) ;
- la demande de récusation, qui doit, à peine d'irrecevabilité, indiquer avec précision les motifs de la récusation et être accompagnée des pièces propres à la justifier (article 344 du code de procédure civile) ;
- la requête en divorce par consentement mutuel, qui doit contenir, à peine d'irrecevabilité, la convention portant règlement des effets du divorce et un état liquidatif du régime matrimonial (article 1091 du code de procédure civile) ;
- la prise à partie, dont la requête, adressée au premier président, doit contenir, à peine d'irrecevabilité, l'énoncé des faits reprochés au juge et être accompagnée des pièces justificatives (article 366-2 du code de procédure civile).

## B. - Les analyses de la doctrine sur la distinction entre exception de nullité et fin de non-recevoir

Les auteurs reconnaissent que l'on peut parfois hésiter sur la distinction entre nullités pour vice de forme et fins de non-recevoir :

ainsi, le professeur Guinchard (in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, n° 193.21) indique :

« Il arrive qu'un texte mentionne expressément que l'omission de certaines mentions dans un acte est une cause d'irrecevabilité de l'acte, sanctionnée par une fin de non-recevoir. Dans ce cas, l'acte échappe au régime des nullités des articles 112 et suivants ».

Il cite le défaut de motivation du contredit de compétence, le défaut de publication d'une demande en nullité d'une vente immobilière.

Il ajoute : « chaque fois qu'aucun texte ne vise l'irrecevabilité de l'acte pour absence d'une mention, il est préférable d'y voir une exception de nullité ».

Il admet toutefois que l'on peut hésiter sur certaines solutions retenues par la jurisprudence : « Cela concerne des exceptions de nullité, aussi bien pour vice de fond que pour vice de forme, que l'on a du mal à distinguer des fins de non-recevoir, certaines fins de non-recevoir ayant été disqualifiées en vice de forme ».

Nous évoquerons ultérieurement la jurisprudence à ce sujet, citée dans son traité.

Les professeurs J. Heron et Th. Lebars (in *Droit judiciaire privé*, Montchrestien 2010, n° 139) analysent ainsi la distinction :

« Il n'existe pas de différence de nature entre les deux types de défense procédurale que sont les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure. Les différences portent sur leurs effets respectifs. Lorsque le législateur entend subordonner à certaines conditions le droit de soumettre un acte processuel au juge, il va sanctionner leur absence par l'irrecevabilité de l'acte. La détermination des fins de non-recevoir dépend donc exclusivement de la volonté de l'auteur du texte.

Le rapprochement des articles 56 et 57 du code de procédure civile fait apparaître au grand jour l'absence de différence de nature entre une fin de non-recevoir et une exception de procédure. L'omission dans l'assignation des prescriptions de l'article 56 est sanctionnée par une exception de procédure, alors que l'inobservation des mêmes mentions dans la requête conjointe est sanctionnée par une fin de non-recevoir. Comment expliquer des sanctions différentes ? On ne peut invoquer la nature des choses, à propos de mentions qui sont évidemment de même nature dans les deux actes. La différence ne s'explique que par la volonté du législateur... ;

C'est l'absence de définition de la fin de non-recevoir à partir de ses éléments constitutifs qui explique la difficulté d'identifier celles des défenses procédurales qui doivent être ainsi qualifiées. Le plus souvent l'identification s'opère grâce aux mots utilisés par l'auteur de la règle. Les mots « recevable » et « irrecevable » marquent de façon certaine l'existence d'une fin de non-recevoir. La même certitude existe lorsque un texte évoque les conditions « d'ouverture » d'une procédure... »

Les professeurs L. Cadier et E. Jeulan (in *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2011, n° 485 et 486) caractérisent ainsi la fin de non-recevoir :

elle a pour objet de « sanctionner le défaut d'une condition classique du droit d'action : l'irrecevabilité est ici un instrument de police processuelle qui pourrait aussi sanctionner un comportement procédural incohérent ou contradictoire ; mais la fin de non-recevoir peut également exprimer le refus de la loi d'accorder l'action en justice à ceux qui entrent dans ses prévisions : la fin de non-recevoir est alors un instrument de politique législative ».

Dans le *Juris-Classeur de procédure civile* (LexisNexis), le professeur J. Beauchard évoque, à propos de la nullité des actes de procédure (fascicule 136, n° 29 à 32), les hésitations possibles entre vice de forme et fin de non-recevoir, citant le défaut de publication d'une demande en nullité d'une vente immobilière, le défaut de motivation d'un contredit ou le défaut d'exposé des moyens par lequel l'époux demandeur du divorce pour rupture de vie commune assurera son devoir de secours, qui sont sanctionnés par l'irrecevabilité.

Il ajoute (n° 32) : « il arrive que le législateur ait, à dessein, prévu la sanction d'irrecevabilité pour sanctionner certaines irrégularités qui paraissent n'être que de forme afin de leur appliquer le régime juridique des fins de non-recevoir ».

Il cite les diverses irrégularités de forme, sanctionnées dans le code de procédure civile par l'irrecevabilité, déjà mentionnées : contredit, exception d'incompétence, inscription de faux, absence de mentions obligatoires de la requête conjointe...

Il ajoute : « On peut faire observer que l'absence de motivation d'un acte est beaucoup plus qu'un vice de forme et touche à la justification même de l'acte. En outre, c'est l'action qui se trouve affectée par l'irrégularité de l'acte, de sorte que l'irrecevabilité est la sanction adéquate. Par exemple, on peut dire que la motivation du contredit de compétence est une des conditions de cette action ».

Deux auteurs du *Répertoire de procédure civile* Dalloz évoquent ainsi, dans leurs articles, des « excroissances de la notion de fin de non-recevoir » :

Mme I. Petel-Teyssié, in « défenses, exceptions, fins de non-recevoir » (n° 55 et 56), rappelle que, dans certains cas, « le respect dû à la loi impose la qualification de fin de non-recevoir même lorsque l'irrecevabilité ne coïncide pas avec la définition de ce moyen ».

À propos de l'obligation de motiver le déclinatoire de compétence ou de porter certaines mentions sur la requête conjointe, elle remarque que « *alors même que le droit d'agir existe indépendamment de l'acte par lequel il s'exerce, c'est une fin de non-recevoir qui, par une sorte « d'excroissance légale », vient sanctionner leur non-respect* ».

M. N. Cayrol, in « Action en justice » (n° 80 et 81), relève que « *les règles du code de procédure civile relatives à la nullité pour vice de forme sont contraignantes. Mais cette logique est parfois indésirable. Aussi, pour l'écartier, le législateur et le juge ont-ils recours à un artifice : au lieu d'être un vice de forme qui affecte l'acte, l'irrégularité sera qualifiée de défaut d'action en justice, opposable par conséquent sans grief et en tout état de cause au moyen d'une fin de non-recevoir* ».

Avant d'évoquer les cas dans lesquels la jurisprudence a qualifié de fins de non-recevoir des moyens procéduraux de défense qu'on s'attendrait à définir comme exceptions de nullité pour vice de forme, il constate qu'en « *législation, de tels stratagèmes sont relativement fréquents. La doctrine en a pris acte et y voit des excroissances de la notion de fin de non-recevoir* ». Il cite trois exemples (la demande introductive d'instance du divorce, le contredit, publications du décret du 4 janvier 1955).

Il résulte donc de l'ensemble des analyses de ces auteurs que l'irrégularité de forme, lorsqu'elle est prévue expressément, « à peine d'irrecevabilité », par un texte, n'est pas une exception, mais bien une fin de non-recevoir. La régularité de l'acte touche alors les conditions mêmes de l'action et n'est pas une simple exception procédurale.

### C. - La jurisprudence

Il convient de rappeler que les fins de non-recevoir, avant d'être expressément prévues par le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 instituant le nouveau code de procédure civile (articles 123 et 124), ont d'abord été une création de la jurisprudence.

À l'origine, le code de procédure civile distinguait simplement les exceptions de procédure et les défenses au fond : afin d'éviter les manœuvres dilatoires, les exceptions de procédure devaient être proposées *in limine litis* et être justifiées, alors que les défenses au fond pouvaient être proposées en tout état de cause et sans avoir à justifier d'un grief.

C'est la Cour de cassation qui introduisit dans la jurisprudence, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, entre les défenses au fond et les exceptions de procédure, une troisième catégorie de moyens de défense « procéduraux », qui, sans toucher au fond du droit, pouvaient être soulevés sans grief, à tout moment de la procédure (jurisprudence ancienne citée dans le *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2007, « Action en Justice », n° 25). Avant le nouveau code de procédure civile de 1972, une certaine imprécision favorisait parfois la difficulté de faire la distinction entre exception de procédure et fin de non-recevoir.

Ainsi, dans le cadre de la saisie immobilière antérieure à la réforme de l'ordonnance du 21 avril 2006, l'ancien article 608 du code de procédure civile prévoyait que « *celui qui se prétend propriétaire pourra s'opposer à la vente par exploit [...] dénoncé au saisissant et au saisi, contenant [...] l'énonciation des preuves de propriété, à peine de nullité* ».

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt daté du 21 octobre 1976 (*Bull.* 1976, II, n° 290, pourvoi n° 75-12.128), a confirmé que le défaut d'énonciation des preuves de propriété dans l'assignation constituait une nullité causant un dommage, même si la communication de pièces avait eu lieu ultérieurement.

Dans son commentaire de la décision à la *Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.* 1977, page 633), le doyen Perrot observe que le grief pouvait se confondre avec l'irrégularité elle-même, dans la mesure où l'omission faisant grief ne permettait plus au créancier saisissant d'apprécier d'emblée le sérieux d'une contestation. Selon lui, l'irrecevabilité eut été une sanction plus adéquate.

Dans une autre décision du 16 novembre 1983, relative aux conséquences du défaut d'assignation du saisi par l'auteur d'une demande en distraction, énonciation prévue par l'ancien article 608 du code de procédure civile à propos des saisies-exécution, la deuxième chambre civile (*Bull.* 1983, II, n° 181, pourvoi n° 82-12.900) a encore considéré que cette omission ne constituait « *que l'inobservation d'une formalité de procédure au sens de l'article 116 du code de procédure civile* », remarquant que la partie saisie, non assignée régulièrement, était présente aux débats et que la défense au fond avait couvert l'irrégularité formelle.

Le professeur P. Julien, dans son commentaire (*DS* 1984, p. 370), considère que ce défaut d'assignation délivrée au saisi constituait en réalité une fin de non-recevoir.

L'auteur souligne que « *l'erreur commise par l'article 608 s'explique par le fait que ce texte date de 1806 et qu'à cette époque, la notion de fin de non-recevoir n'avait pas acquis son autonomie* ».

A propos de l'inobservation du délai de dénonciation de la surenchère à l'adjudicataire surenchéri, prévu par l'ancien article 709 du code de procédure civile, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 21 octobre 1982, qu'il s'agissait d'une nullité, édictée par l'article 114 du code de procédure civile.

Le professeur P. Julien, dans un commentaire critique (*DS* 1983, *IR*, p. 139), rappelle que l'(ancien) article 715 du code de procédure civile disposant que les délais prévus aux (anciens) articles 708 à 711 du code de procédure civile sont prescrits à peine de déchéance, la sanction des délais de procédure ne relevait pas du régime des nullités pour vice de forme.

On peut donc souligner que ces quelques décisions relatives à des fins de non-recevoir disqualifiées en vice de forme, citées par le doyen Guinchard dans son traité précité, sont anciennes et concernent des irrégularités prévues dans la législation antérieure au nouveau code de procédure civile. Depuis lors, ces hésitations ne se retrouvent plus.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « *l'irrecevabilité pour non-motivation du contredit n'est pas une simple nullité pour vice de forme, qui ne pourrait être prononcée que sur justification d'un grief* » (2<sup>e</sup> Civ., 7 juin 1974, *Bull.* 1974, II, n<sup>o</sup> 185, pourvoi n<sup>o</sup> 73-40.509) et que « *le défaut de motivation du contredit est une fin de non-recevoir d'ordre public qui doit être relevée d'office* » (2<sup>e</sup> Civ., 23 novembre 1994, *Bull.* 1994, II, n<sup>o</sup> 238, pourvoi n<sup>o</sup> 93-10.586).

À propos de la procédure de récusation, alors que la demande n'énonçait aucun motif de récusation, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé que la sanction de cette exigence était assurée non point par une exception de nullité, mais par l'irrecevabilité de la demande (2<sup>e</sup> Civ., 24 janvier 2002, *Bull.* 2002, II, n<sup>o</sup> 6, pourvoi n<sup>o</sup> 00-01.225).

#### **D. - L'action en partage judiciaire depuis la loi du 23 juin 2006 : une forme de partage voulue par le législateur subsidiaire et plus efficace**

L'article 1360 du code de procédure civile, relatif au partage judiciaire, exige, « *À peine d'irrecevabilité, [que] l'assignation en partage [contienne] un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable* ». Cette disposition récente résulte du décret n<sup>o</sup> 2006-1805 du 2 décembre 2006, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

Ce décret a été pris en application de la loi n<sup>o</sup> 2006-728 du 23 juin 2006 réformant les successions et libéralités, qui précise (article 4 de la loi, devenu l'article 840 du code civil) : « *Le partage est fait en justice lorsque l'un des indivisaires refuse de consentir au partage amiable ou s'il s'élève des contestations sur la manière d'y procéder ou de le terminer ou lorsque le partage amiable n'a pas été autorisé ou approuvé dans l'un des cas prévus aux articles 836 et 837* » (indivisaire absent, sous régime de protection ou défaillant).

Le partage judiciaire dans la loi nouvelle est envisagé comme une forme résiduelle de partage, dans trois cas limitativement énumérés. Le législateur a souhaité privilégier le partage amiable et rendre plus efficace la procédure de partage judiciaire, en réduisant sa complexité et sa longueur (cf. *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action 2011, n<sup>o</sup> 271653).

Le garde des sceaux, au cours des débats parlementaires (Assemblée nationale, 21 février 2006, et Sénat le 16 mai 2006), a indiqué que le projet de loi avait pour objet de « *favoriser le partage amiable et limiter le recours au partage judiciaire aux seuls cas où il existe un véritable litige... cela évitera le recours à une procédure lourde et souvent inutile, aboutissant principalement à retarder les opérations de partage* ».

Ces objectifs du projet de loi ont été approuvés par les rapporteurs du texte devant les deux assemblées et pas contestés au cours des débats parlementaires.

Le contenu de l'assignation en partage tel qu'il résulte du décret du 23 décembre 2006 permet aux parties et au tribunal d'avoir un « *aperçu complet des difficultés ayant fait obstacle à un partage amiable qui a, à l'évidence, les préférences du législateur* » (*Juris-Classeur civil* LexisNexis ; articles 840 à 842, fasc. 20 : partage judiciaire, n<sup>o</sup> 57 à 5, 2007).

Par ces dispositions, la loi et le décret ont souhaité privilégier le partage amiable sur le partage judiciaire. Ils ont également exigé du demandeur des précisions permettant de clarifier et d'accélérer la procédure : la sanction d'irrecevabilité de l'article 1360 du code de procédure civile, imposant des indications précises dans l'assignation à l'origine de l'action, répond manifestement à ces objectifs.

#### **E. - De la compétence du juge de la mise en état pour statuer sur une fin de non-recevoir**

La présente demande d'avis interroge sur la compétence du juge de la mise en état pour connaître du moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 1360 du code de procédure civile.

Dans l'avis rendu le 13 novembre 2006, la Cour de cassation, après rapport circonstancié du conseiller Guiget-Pauthé et observations de l'avocat général Kessous, avait considéré que « *les incidents mettant fin à l'instance visés par le second alinéa de l'article 771 du code de procédure civile [donnant compétence au juge de la mise en état] sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non-recevoir* » (*Bull.* 2006, Avis, n<sup>o</sup> 10, n<sup>o</sup> 06-00.012).

Il en résulte clairement, selon la plupart des commentateurs, que le juge de la mise en état peut donc statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance, mais non sur les fins de non-recevoir.

Cette analyse est confirmée par un arrêt récent de la Cour de cassation à propos de la fin de non-recevoir tirée de l'immunité de juridiction d'un État (1<sup>re</sup> Civ., 9 mars 2011, *Bull.* 2011, I, n<sup>o</sup> 54, pourvoi n<sup>o</sup> 10-10.044) et par de nombreuses décisions de cours d'appel publiées sur Jurisdata.

Certains auteurs regrettent toutefois que le juge de la mise en état ne puisse statuer sur une fin de non-recevoir, alors que ses pouvoirs juridictionnels ont sans cesse été utilement élargis : R. Perrot, in *Droit judiciaire privé*, 2007, 177 ; O. Salati, in *Répertoire de procédure civile* Dalloz, Mise en état, n<sup>o</sup> 119, et *La Semaine juridique* 2007, II, 10027, également X. Marchandât et X. Vuitton in *Juris-Classeur procédure civile*, compétence du juge de la mise en état, fasc. 222, n<sup>o</sup> 66.

Le rapport Magendie de juin 2004 a suggéré, dans ses propositions de réforme, que l'on permette au juge de la mise en état de statuer sur toute cause d'irrecevabilité manifeste ou de saisir aussitôt, sur la question, le tribunal.

Le récent décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010 modifiant l'article 914 du code de procédure civile a donné compétence au conseiller de la mise en état pour « *déclarer un appel irrecevable [...] ou pour déclarer des conclusions irrecevables* » : on pourrait ainsi souhaiter qu'un décret vienne modifier l'article 771 du code de procédure civile et donner au juge de la mise en état des pouvoirs similaires à ceux dont dispose le conseiller de la mise en état pour statuer sur des fins de non-recevoir.

Mais il me paraît, en l'état, non justifié de modifier le sens de l'avis déjà formulé le 13 novembre 2006, en interprétation de l'article 771, alinéa premier, du code de procédure civile.

#### **4. - Avis**

Le juge de la mise en état du tribunal de grande instance d'Ajaccio, dans sa saisine de la cour de cassation, s'interrogeait sur l'interprétation à donner aux termes « à peine d'irrecevabilité » figurant dans l'article 1360 du code de procédure civile.

Il considérerait que, s'agissant du respect de règles de forme relatives à l'assignation en partage judiciaire, l'irrecevabilité pourrait être envisagée non comme une véritable fin de non-recevoir, mais comme une nullité pour vice de forme, dont la pertinence, s'il s'agissait d'une formalité substantielle ou d'ordre public, pouvait être appréciée par le juge de la mise en état.

Mais il me semble qu'il résulte des dispositions mêmes de la loi récente du 23 juin 2006 (article 840 du code civil) et du décret du 23 juin 2006 (article 1360 du code de procédure civile) que le législateur a souhaité conditionner l'action en partage judiciaire au respect de règles de forme importantes, justifiant l'action en justice.

Considérer que l'irrecevabilité expressément prévue par le texte de l'article 1360 n'est pas une fin de non-recevoir mais une exception de nullité serait dénaturer les termes mêmes du code de procédure civile et introduire une confusion totale entre l'exception et l'irrecevabilité, qui sont clairement distinguées par le code de procédure civile pour sanctionner le non-respect d'un certain nombre de devoirs des requérants à la procédure ou demandeurs à l'action. Il serait regrettable de créer ainsi une grave insécurité juridique, alors que les deux concepts ont été clairement distingués par le code de procédure civile, la doctrine et la jurisprudence.

Enfin, confirmant l'avis formulé le 13 novembre 2006 par la Cour de cassation, il m'apparaît que le juge de la mise en état n'est pas compétent pour connaître d'un moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 1360 du code de procédure civile (non-respect de prescriptions touchant le contenu de l'assignation en partage).

Il appartiendra au tribunal saisi d'apprécier, au vu des éléments contenus dans l'assignation, si l'action en partage est recevable ou non.

Pour ces motifs, j'émet l'avis que :

- 1) le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile, issu du décret du 23 juin 2006, constitue une fin de non-recevoir, et non une exception de procédure ;
- 2) le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation pour le non-respect des prescriptions prévues par l'article 1360 du code de procédure civile ne constitue pas une nullité pour vice de forme ;
- 3) la question concernant le caractère substantiel ou d'ordre public des prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile est sans objet ;
- 4) le juge de la mise en état n'est pas compétent pour connaître d'un moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 1360 du code de procédure civile.

## II - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

### ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 292

#### *Adjudication*

Saisie immobilière. - Surenchère. - Risques de l'immeuble. - Charge. - Détermination. - Portée.

En cas de surenchère, l'immeuble demeure aux risques du débiteur saisi jusqu'à l'adjudication de surenchère.

**2° Civ. - 17 novembre 2011.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 10-20.957. - CA Pau, 30 mars 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Leroy-Gissinger, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier-Bourdeau, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit bancaire et financier, n° 1, janvier-février 2011, commentaire n° 21, p. 36-37, note Stéphane Piedelièvre (« Surenchère et transfert de propriété »).*

N° 293

#### *Architecte entrepreneur*

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Garanties légales. - Domaine d'application. - Désordres affectant moquettes et tissus tendus (non).

Des moquettes et tissus tendus ne sont pas des éléments d'équipement soumis à la garantie de bon fonctionnement de l'article 1792-3 du code civil.

**3° Civ. - 30 novembre 2011.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 09-70.345. - CA Aix-en-Provence, 25 juin 2009.

M. Terrier, Pt. - M. Mas, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Boulloche, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - Urbanisme - Construction, n° 2, février 2012, Chroniques, p. 100-101, note Philippe Malinvaud (« Moquette et tissus tendus ne sont pas des éléments d'équipement »). Voir également ce même numéro, Chroniques, p. 106-107, note Pascal Dessuet (« Les tissus muraux et les moquettes doivent-ils demeurer dans les assiettes de prime d'assurance obligatoire ? »).*

N° 294

#### *Assurance (règles générales)*

Police. - Clause. - Mentions obligatoires. - Mention relative à la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Aux termes de l'article R. 112-1 du code des assurances, les polices d'assurance relevant des branches 1 à 17 de l'article R. 321-1 dudit code doivent rappeler les dispositions des titres I et II du livre premier de la partie législative du code des assurances concernant la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance. Il en résulte que l'assureur est tenu de rappeler dans le contrat d'assurance, sous peine d'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 du code des assurances, les causes d'interruption de la prescription biennale prévues à l'article L. 114-2 du même code.

**3° Civ. - 16 novembre 2011.**

*CASSATION*

N° 10-25.246. - CA Paris, 15 juin 2010.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Haas, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

N° 295

#### *Assurance (règles générales)*

Police. - Résiliation. - Résiliation par l'assureur. - Préjudice de l'assuré. - Indemnisation. - Exclusion. - Cas. - Faute de l'assuré ayant causé l'aggravation du préjudice. - Caractérisation. - Nécessité.

Viole l'article 1147 du code civil l'arrêt qui, pour rejeter la demande d'un assuré en indemnisation du préjudice né de la privation de jouissance de son véhicule à raison du refus de l'assureur de continuer à le garantir, énonce que l'assuré n'établit pas que la décision de l'assureur l'ait empêché d'utiliser sa voiture en s'adressant à un autre assureur, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel.

**2° Civ. - 24 novembre 2011.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 10-25.635. - CA Chambéry, 21 octobre 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Chaumont, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Haas, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 2, 12 janvier 2012, Etudes et commentaires, p. 141 à 143,*

note Hugues Adida-Canac (« Mitigation of damage : une porte entrouverte ? »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 90, février 2012, Actualités, n° 4547, p. 20-21, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« Quid de l'obligation de minimiser son propre dommage ? »).

## N° 296

### Assurance responsabilité

Assurance obligatoire. - Travaux de bâtiment. - Articles L. 241-1 et A. 243-1 du code des assurances. - Garantie. - Étendue. - Travaux ayant fait l'objet d'une ouverture de chantier. - Définition.

L'assurance de responsabilité couvre les travaux ayant fait l'objet d'une ouverture de chantier pendant la période de validité du contrat d'assurance.

Cette notion s'entend comme le commencement effectif des travaux confiés à l'assuré.

#### 3<sup>e</sup> Civ. - 16 novembre 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-24.517. - CA Toulouse, 28 juin 2010.

M. Terrier, Pt. - Mme Lardet, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Didier et Pinet, SCP Odent et Poulet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - Urbanisme - Construction, n° 2, février 2012, Chroniques, p. 104 à 106, note Pascal Dessuet (« Période de référence pour l'application des polices RC décennale : DROC ou début des travaux par l'entreprise ? »).*

## N° 297

### Autorité parentale

Exercice. - Exercice par les parents séparés. - Droit de visite et d'hébergement. - Modalités. - Fixation par le juge. - Pouvoirs. - Étendue. - Détermination.

Selon l'article 373-2-9, alinéa 3, du code civil, lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales doit statuer sur les modalités du droit de visite de l'autre parent.

Viole, par refus d'application de ce texte, une cour d'appel qui, après avoir fixé la résidence des trois enfants chez leur père, constatant que la mère n'avait fait aucune demande tendant à l'organisation de son droit de visite à l'égard de ceux-ci, s'est bornée à rappeler aux parents que ce droit s'exercerait d'un commun accord entre eux, alors que faute de constatation de la teneur d'un tel accord, il lui incombait de fixer les modalités d'exercice du droit de visite de la mère, après avoir invité les parties à présenter leurs observations.

#### 1<sup>er</sup> Civ. - 23 novembre 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-23.391. - CA Saint-Denis de La Réunion, 15 décembre 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Pluyette, Rap. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 6-7, 6-7 janvier 2012, Chronique de jurisprudence - droit de la famille, p. 41-42, note Anne-Laure Casado. Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2012, Jurisprudence, p. 46-47, note Caroline Siffrein-Blanc (« Fixation des modalités du droit de visite : un devoir pour le juge »), et la Revue Lamy droit civil, n° 89, janvier 2012, Actualités, n° 4510, p. 47-48, note Elodie Pouliquen (« En matière de droit de visite, l'office du juge est obligatoire »).*

## N° 298

### Bail commercial

Cession. - Cession par le preneur âgé ou invalide. - Conditions. - Détermination.

La faculté, offerte par l'article L. 145-51 du code de commerce, au preneur à bail commercial qui demande à bénéficier de ses droits à la retraite, d'obtenir la déspecialisation de son bail en vue de sa cession est ouverte au preneur en situation de cumul de la retraite de base et d'une activité professionnelle dans les conditions de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 et qui demande à bénéficier de sa retraite complémentaire.

#### 3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2011.

REJET

N° 10-25.108. - CA Pau, 12 juillet 2010.

M. Terrier, Pt. et Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Administrer, n° 450, janvier 2012, Jurisprudence, p. 54 à 56, note Jehan-Denis Barbier.*

## N° 299

### Bail commercial

Preneur. - Obligations. - Clause du bail. - Obligation d'adhésion à une association de commerçants. - Nullité. - Effets. - Restitutions. - Étendue. - Détermination.

L'annulation d'un contrat à raison de l'atteinte à la liberté fondamentale de ne pas s'associer ne fait pas échec au principe des restitutions réciproques en cas d'annulation d'un contrat exécuté.

#### 3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2011.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-23.928. - CA Rennes, 9 juin 2010.

M. Terrier, Pt. et Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blondel, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 43, 8 décembre 2011, Actualité/droit des affaires, p. 2928, note Yves Rouquet (« Clause d'adhésion d'un commerçant locataire à une association : portée de la nullité »). Voir également la Gazette du Palais, n° 1-5, 1<sup>er</sup>-5 janvier 2012, Chronique de jurisprudence - droit civil des affaires, p. 15-16, note Louis-Frédéric Pignarre (« Contrats d'affaires et droits fondamentaux »), la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, n° 1-2012, janvier 2012, p. 30 à 35, note Adeline Cerati-Gauthier (« Nullité d'une clause d'adhésion obligatoire à une association »), et la Revue Lamy droit civil, n° 90, février 2012, Actualités, n° 4541, p. 12-13, note Elodie Pouliquen (« Nullité du contrat : la restitution est de principe »).*

## N° 300

### Bail commercial

Procédure. - Prescription. - Prescription biennale. - Domaine d'application. - Action en requalification du bail.

Une demande de requalification d'un bail en bail commercial est soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du code de commerce.

#### 3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2011.

REJET

N° 10-24.163 et 10-27.188. - CA Versailles, 3 juin 2010.

M. Terrier, Pt. et Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 22 décembre 2011, Actualité/droit des affaires, p. 2991, note Yves Rouquet (« Requalification du bail dérogatoire : prescription biennale »). Voir également la revue Administrer, n° 450, janvier 2012, Sommaires, p. 59, note Danielle Lipman-W. Bocarra.*

## N° 301

### Bail commercial

Renouvellement. - Refus. - Motif. - Motifs graves et légitimes. - Mise en demeure. - Domaine d'application.

Le refus de renouvellement d'un bail commercial pour motifs graves et légitimes doit être précédé d'une mise en demeure lorsque le preneur peut régulariser sa situation.

Tel est le cas lorsque le bailleur reproche au preneur de poursuivre l'exploitation d'un débit de boissons en dépit de condamnations pénales lui interdisant, en vertu des articles L. 3336-2 et suivants du code de la santé publique, d'exploiter un tel commerce, cette situation pouvant être régularisée selon différentes voies de droit.

**3° Civ. - 23 novembre 2011.**

CASSATION

N° 10-24.180. - CA Bordeaux, 23 juin 2010.

M. Terrier, Pt. et Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 22 décembre 2011, Actualité/droit des affaires, p. 2992, note Yves Rouquet (« Congé-sanction pour exploitation illégale : nécessité d'une mise en demeure »). Voir également la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, n° 1-2012, janvier 2012, p. 27 à 29, note Adeline Cerati-Gauthier (« Congé sans offre d'indemnité d'éviction : la mise en demeure est nécessaire »).*

## N° 302

### Bail rural

Bail à ferme. - Nullité. - Nullité du bail consenti par le titulaire du droit d'usage et d'habitation. - Cas. - Nullité sollicitée par l'héritier de l'usager.

Le propriétaire d'un bien donné à bail rural par un titulaire du droit d'usage et d'habitation peut, serait-il l'héritier de celui-ci, en poursuivre la nullité.

**3° Civ. - 9 novembre 2011.**

CASSATION

N° 10-18.473. - CA Amiens, 18 mars 2010.

M. Terrier, Pt. - M. Crevel, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Fabiani et Luc-Thaler, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 398, décembre 2011, commentaire n° 133, p. 35, note Samuel Crevel (« Du bail rural consenti par un usager »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2012, Jurisprudence, p. 56-57, note Christophe Vernières (« Le successeur pur et simple a-t-il le droit d'agir contre les actes de son auteur accomplis en dépassement de ses droits ? »), et le Répertoire du notariat Defrénois, n° 2, 30 janvier 2012, Acte courants - immobilier, n° 40322, p. 72 à 78, note Antoine Tadros (« Nullité du bail commercial conclu par le titulaire d'un droit d'usage »).*

## N° 303

### 1° Banque

Responsabilité. - Compte. - Ouverture de compte. - Obligations du banquier. - Postulant relevant d'une activité réglementée. - Vérification de l'agrément nécessaire pour exercer.

### 2° Banque

Responsabilité. - Compte. - Fonctionnement. - Mouvements de fonds anormaux. - Surveillance accrue. - Défaut.

### 3° Banque

Responsabilité. - Compte. - Fonctionnement. - Dépôt répété de chèques émis à l'ordre de la banque. - Vigilance particulière. - Défaut.

1° Une cour d'appel, ayant fait ressortir qu'une banque, qui ne pouvait ignorer à la lecture des statuts d'une société que celle-ci entendait se livrer à la réception des fonds et à la fourniture de crédits, de services financiers et de prestations de services d'investissements et que ces activités relevaient de professions réglementées, aurait dû faire preuve d'une vigilance particulière, a pu, sans imposer une restriction affectant la libre prestation de services au sein de l'Union européenne, retenir que cette banque avait l'obligation de vérifier que cette société avait obtenu l'agrément légalement prévu.

2° Sans avoir à se référer aux obligations de vigilance imposées aux organismes financiers par l'article 14 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, devenu l'article L. 563-3 du code monétaire et financier, une cour d'appel a retenu à juste titre que le fonctionnement du compte d'une société, qui présentait des mouvements très nombreux sans justification apparente et des virements de sommes ainsi créditées sur des comptes étrangers, ouverts en Suisse ou aux Bahamas, ne pouvait qu'attirer l'attention, s'agissant d'opérations qui font nécessairement l'objet d'une surveillance accrue.

3° Après avoir relevé que la méfiance née du fonctionnement de ce compte aurait dû être encore accrue en raison du dépôt répété sur le compte de cette société de chèques émis à l'ordre de la banque avec ou non indication d'un second bénéficiaire, la cour d'appel a retenu à juste titre que celle-ci aurait dû s'interroger sur les risques de confusion entretenue par cette société avec sa propre dénomination comme sur la volonté de l'émetteur du chèque, le véritable bénéficiaire de ce dernier étant la banque, de sorte qu'au regard des anomalies de fonctionnement ainsi constatées, qui appelaient une vigilance particulière de la banque, la cour d'appel a pu retenir que cette dernière avait commis une faute en procédant à l'encaissement de tels chèques dans ces conditions.

**Com. - 22 novembre 2011.**

CASSATION PARTIELLE

N° 10-30.101. - CA Lyon, 29 octobre 2009 et 3 mars 2010.

Mme Favre, Pt. - M. Gérard, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Vincent et Ohl, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 43, 8 décembre 2011, Actualité/droit des affaires, p. 2924, note Xavier Delpech (« Banquier teneur de compte : obligation de vigilance particulière »), et p. 2927, note Alain Lienhard (« Liquidation-sanction d'un dirigeant : recours effectif »).*

## N° 304

### Cassation

Décisions susceptibles. - Décision par défaut. - Délai de pourvoi. - Point de départ. - Détermination.

En application de l'article 613 du code de procédure civile, le délai de pourvoi contre une décision par défaut ne court, même à l'égard des parties comparantes devant le juge du fond, qu'à compter du jour où le délai d'opposition n'est plus recevable.

Pour l'exercice, par une société d'aménagement foncier et d'établissement rural, de l'action en nullité prévue par l'article L. 412-12 du code rural, la publication de l'acte de vente à la conservation des hypothèques ne fait pas à elle seule, faute de procurer une connaissance effective de la date de cette vente, courir le délai de forclusion de six mois imparti par ce texte.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2011.**

CASSATION

N° 10-10.788 et 10-15.410. - CA Aix-en-Provence, 20 novembre 2009.

M. Terrier, Pt. - M. Crevel, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 399, janvier 2012, commentaire n° 3, p. 69-70, note Samuel Crevel (« Publié n'est pas connu »).*

## N° 305

### Cassation

Pourvoi. - Recevabilité. - Conditions. - Exclusion. - Cas. - Jugement ordonnant la production de pièces détenues par un tiers.

Il résulte de l'article 141 du code de procédure civile que, lorsqu'un jugement a ordonné la production de pièces détenues par un tiers, celui-ci peut, en cas de difficulté ou s'il est invoqué quelque empêchement légitime, exercer un recours devant la juridiction ayant rendu ce jugement, puis interjeter appel de la décision rendue sur recours.

Il s'ensuit que, conformément à l'article 605 du code de procédure civile, le pourvoi formé contre un tel jugement n'est pas recevable.

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

IRRECEVABILITÉ

N° 10-21.326. - TGI Mende, 18 mai 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Boval, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

## N° 306

### Compétence

Compétence matérielle. - Cour d'appel. - Institut national de la propriété industrielle (INPI). - Décision du directeur. - Incidence directe sur les titres de propriété industrielle. - Nécessité (non).

La compétence de la juridiction judiciaire, prévue aux articles L. 411-4 et L. 615-17 du code de la propriété intellectuelle, ne se limite pas aux seuls recours contre les décisions du directeur général de l'INPI ayant une incidence directe sur la délivrance ou le maintien des titres de propriété industrielle.

Viola dès lors ces textes la cour d'appel qui se déclare incompétente pour connaître d'un recours contre une décision

du directeur général de l'INPI ayant refusé de recevoir la traduction en français de la partie descriptive d'un brevet européen, déposé dans une des deux autres langues officielles de l'Office européen des brevets.

**Com. - 29 novembre 2011.**

CASSATION

N° 10-25.277. - CA Paris, 26 mai 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Mandel, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, M<sup>e</sup> Bertrand, Av.

## N° 307

### Conflit de lois

Statut personnel. - Divorce, séparation de corps. - Loi applicable. - Détermination. - Office du juge. - Étendue.

Viola les articles 3 et 309 du code civil une cour d'appel qui, pour prononcer un divorce et condamner l'époux au versement d'une prestation compensatoire, fait application du droit français, alors que les époux étaient, l'un, de nationalité américaine, l'autre, de nationalité anglaise et que l'épouse était domiciliée en Angleterre, de sorte qu'il lui incombait de rechercher, même d'office, si une loi étrangère se reconnaissait compétente.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 novembre 2011.**

CASSATION PARTIELLE

N° 10-25.206. - CA Paris, 14 janvier 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Pluyette, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 6-7, 6-7 janvier 2012, Chronique de jurisprudence - droit de la famille, p. 38 à 39, note Elodie Mulon (« L'office du JAF en matière matrimoniale »), la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2012, Jurisprudence, p. 49-50, note Alexandre Boiché (« Mise en œuvre des règles de conflit de lois étrangères en matière de divorce : rappel »), et la Revue Lamy droit civil, n° 90, février 2012, Actualités, n° 4561, p. 39, note Elodie Pouliquen (« Divorce : mise en œuvre de la règle de conflit de lois »).*

## N° 308

### Construction immobilière

Immeuble à construire. - Vente. - Contrat préliminaire. - Contrat de réservation. - Caducité. - Opposabilité aux réservataires. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Dès lors qu'il résulte des termes d'un contrat de réservation d'immeuble à construire que la société ne s'est pas engagée à vendre dès la signature mais, en cas de réalisation du programme de construction, à proposer à la vente, par préférence dans un certain délai, cette société est, en application des dispositions contractuelles, en droit d'opposer aux réservataires la caducité des contrats de réservation, sans que ceux-ci puissent lui opposer à cet égard sa mauvaise foi.

**3<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2011.**

REJET

N° 10-25.451. - CA Aix-en-Provence, 22 avril 2010.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - Urbanisme - Construction, n° 2, février 2012, Chroniques, p. 95-96, note Olivier Tournafond (« L'intensité variable des obligations du réservant dans le contrat préliminaire »).*

## N° 309

### *Contrat d'entreprise*

Sous-traitant. - Contrat de sous-traitance. - Nullité. - Juste coût des travaux. - Détermination. - Conditions.

Le juste coût des travaux exécutés par un sous-traitant dont le contrat a été annulé ne peut être déterminé par référence à ses dépenses réelles telles qu'elles ressortent de sa seule comptabilité analytique.

**3° Civ. - 30 novembre 2011.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 10-27.021. - CA Versailles, 9 septembre 2010.

M. Terrier, Pt. - M. Mas, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Bénabent, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

## N° 310

### *Contrat de travail, exécution*

Maladie du salarié. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Protection. - Étendue.

S'il résulte de l'article L. 1226-6 du code du travail que les dispositions spécifiques relatives à la législation professionnelle ne sont pas applicables aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle survenu ou contractée au service d'un autre employeur, le nouvel employeur est néanmoins tenu, conformément aux articles L. 1226-2 et L. 1226-4 du code du travail, de chercher à reclasser, avant toute rupture du contrat de travail, le salarié dont l'inaptitude est médicalement constatée alors qu'il est à son service.

Doit être approuvée la décision d'une cour d'appel qui condamne un employeur, nouvel attributaire du marché de nettoyage, pour manquement à son obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail survenu alors qu'il était au service d'un précédent employeur.

**Soc. - 29 novembre 2011.**

*REJET*

N° 10-30.728. - CA Caen, 19 mars 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Trédez, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Roger et Sevaux, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 51, 19 décembre 2011, Jurisprudence, n° 1416, p. 2518, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Accident du travail antérieur au transfert d'entreprise : le cessionnaire doit reclasser »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 134, p. 121-122.*

## N° 311

### *Contrat de travail, exécution*

Modification. - Modification imposée par l'employeur. - Modification du contrat de travail. - Accord du salarié. - Nécessité.

L'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail ne se présume pas et ne peut résulter de la seule poursuite par lui de l'exécution du contrat de travail dans ses nouvelles conditions.

Doit être cassé l'arrêt qui déboute un salarié de ses demandes relatives à son déclassement alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié n'avait pas donné son accord exprès à la modification de son contrat de travail.

**Soc. - 29 novembre 2011.**

*CASSATION PARTIELLE PARTIELLEMENT SANS RENVOI*

N° 10-19.435. - CA Colmar, 21 avril 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Trédez, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M<sup>e</sup> Balat, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 110, p. 107-108, et décision n° 173, p. 143-144.*

## N° 312

### *Contrat de travail, rupture*

Licenciement économique. - Mesures d'accompagnement. - Convention de reclassement personnalisé. - Adhésion du salarié. - Effets. - Priorité de réembauchage. - Modalités. - Mention dans un document écrit énonçant la cause économique de la rupture. - Information du salarié. - Moment. - Détermination. - Portée.

Le salarié dont le contrat de travail est rompu à la suite de l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé bénéficie de la priorité de réembauche et ce droit doit être mentionné dans le document écrit énonçant la cause économique de la rupture et être porté à la connaissance du salarié au plus tard au moment de son acceptation.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

*REJET*

N° 10-21.678. - CA Basse-Terre, 8 mars 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 1, janvier 2012, Chroniques, p. 34 à 36, note Alexandre Fabre (« La convention de reclassement personnalisé n'exclut pas la priorité de réembauche »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 180, p. 147.*

## N° 313

### *Convention européenne des droits de l'homme*

Article 6 § 1. - Compatibilité. - Décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006. - Article 6. - Portée.

En matière de saisie immobilière, la règle selon laquelle, à peine d'irrecevabilité, aucune contestation ni aucune demande incidente ne peut, sauf disposition contraire, être formée après l'audience d'orientation, à moins qu'elle ne porte sur des actes de procédure postérieurs à celle-ci, ne méconnaît pas les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

**2° Civ. - 17 novembre 2011.**

*REJET*

N° 10-26.784. - CA Pau, 28 septembre 2010.

M. Loriferne, Pt. - Mme Bardy, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 42, 1<sup>er</sup> décembre 2011, Actualité / procédure civile et voie d'exécution, p. 2877, note Valérie Avena-Robardet (« Saisie immobilière : audience d'orientation et contestation du débiteur »). Voir également la revue Droit et procédures, n° 1, janvier 2012, Jurisprudence commentée, p. 23 à 26, note Olivier Salati, et la Revue de droit bancaire et financier, n° 1, janvier-février 2011, commentaire n° 22, p. 37-38, note Stéphane Piedelièvre (« Contestation et audience d'orientation »).*

## N° 314

### 1° Copropriété

Syndic. - Obligations. - Remise des pièces et fonds disponibles au nouveau syndic. - Qualité pour agir. - Syndicat des copropriétaires.

### 2° Copropriété

Syndic. - Obligations. - Transmission des documents et archives du syndicat. - Caractère portable. - Portée.

### 3° Copropriété

Syndic. - Obligations. - Transmission des documents et archives du syndicat. - Exonération.

1° L'article 18-2 de la loi du 10 juillet 1965, qui permet au nouveau syndic ou au président du conseil syndical d'agir contre l'ancien syndic pour obtenir la remise des pièces du syndicat, n'exclut pas l'action du syndicat des copropriétaires.

2° Les documents et archives de la copropriété que l'ancien syndic est tenu de remettre au nouveau syndic, aux termes de l'article 18-2, sont portables.

3° La cour d'appel, qui a constaté que des documents nécessaires à la vie du syndicat des copropriétaires, que l'ancien syndic avait vocation à détenir soit en raison de sa qualité de premier syndic soit au regard des actes qu'il ne contestait pas avoir accomplis, n'avaient pas été remis au nouveau syndic, peut retenir, sans inverser la charge de la preuve, que cet ancien syndic ne peut s'affranchir de son obligation en se contentant d'affirmer, sans le prouver, qu'il ne détenait pas ces documents ou que ceux-ci étaient détenus par un tiers, auquel cas il lui appartenait alors de les réclamer.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2011.**

REJET

N° 10-21.009. - CA Paris, 5 mai 2010.

M. Terrier, Pt. - Mme Masson-Daum, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, M<sup>e</sup> Copper-Royer, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 41, 24 novembre 2011, Actualité/droit immobilier, p. 2798, note Yves Rouquet (« Changement de syndic : transmission des archives et des fonds »).*

## N° 315

### Divorce, séparation de corps

Divorce sur demande conjointe. - Convention entre époux. - Convention définitive. - Homologation par le juge. - Effet.

Après son homologation par le jugement prononçant le divorce, la convention définitive revêt la même force exécutoire que celle d'une décision de justice et ne peut plus être remise en cause hors des cas limitativement prévus par la loi, dans lesquels n'entre pas l'action en inopposabilité fondée sur la fraude.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 novembre 2011.**

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 10-26.802. - CA Grenoble, 7 septembre 2010.

M. Charruault, Pt. - M. Chaillou, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 49, 5 décembre 2011, Jurisprudence, n° 1346, p. 2400 (« Pas de fraude à la réserve héréditaire en présence d'une convention définitive homologuée »). Voir également la Gazette du Palais, n° 6-7, 6-7 janvier 2012, Chronique de jurisprudence - droit de la*

*famille, p. 25 à 28, note Elodie Mulon (« La convention définitive homologuée par le jugement de divorce ne peut être remise en cause sur le fondement du principe fraus omnia corrumpit »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2012, Jurisprudence, p. 47-48, note Stéphane David (« Divorce par consentement mutuel : propice à la faute ? »).*

## N° 316

### Divorce, séparation de corps

Procédure. - Appel. - Intérêt. - Caractérisation. - Cas. - Appelant ayant obtenu le bénéfice de ses conclusions en première instance. - Fait nouveau. - Portée.

Caractérise l'intérêt d'une épouse à former appel d'un jugement ayant prononcé son divorce et accueilli l'ensemble de ses demandes, notamment celle relative à l'octroi d'une prestation compensatoire, une cour d'appel qui estime que l'ignorance de l'information selon laquelle l'époux avait perçu des revenus d'un montant supérieur à celui mentionné dans l'attestation sur l'honneur qu'il avait souscrite était de nature à affecter tant la teneur des prétentions de l'épouse que l'appréciation de celles-ci par les premiers juges.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 novembre 2011.**

REJET

N° 10-19.839. - CA Poitiers, 17 mars 2010.

M. Charruault, Pt. - M. Savatier, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Gaschignard, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 49, 5 décembre 2011, Jurisprudence, n° 1345, p. 2400, note Olivier Salati (« La recevabilité de l'appel, une sanction efficace contre les fausses déclarations sur l'honneur ? »). Voir également la revue Procédures, n° 1, janvier 2012, commentaire n° 13, p. 20-21, note Méline Douchy-Oudot (« Divorce »), et le Recueil Dalloz, n° 4, 26 janvier 2012, Panorama - procédure civile, p. 244 à 253, spéc. n° IV - C, p. 250, note Natalie Fricero (« La recevabilité de la demande »).*

## N° 317

### Douanes

Droits. - Recouvrement. - Avis de mise en recouvrement. - Domaine d'application. - Répétition de l'indu.

La procédure d'avis de mise en recouvrement prévue à l'article 345 du code des douanes étant applicable au recouvrement des créances de toute nature, constatées et recouvrées par l'administration des douanes, cette administration est fondée à émettre un avis de mise en recouvrement d'une somme qu'elle estime avoir indûment payée à la suite d'une demande de remboursement de droits d'accises infondée.

**Com. - 29 novembre 2011.**

REJET

N° 10-28.339. - CA Douai, 25 octobre 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Mouillard, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

## N° 318

### Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Éligibilité. - Conditions. - Salarié de l'entreprise. - Cas. - Salarié travaillant simultanément dans plusieurs entreprises. - Salarié candidat. - Choix de l'entreprise. - Nécessité. - Portée.

Lorsque des salariés travaillent simultanément dans plusieurs entreprises, ils doivent, conformément aux articles L. 2314-16 et L. 2324-15 du code du travail, choisir celle dans laquelle ils font acte de candidature.

**Soc. - 16 novembre 2011.**

CASSATION

N° 11-13.256. - TI Lunéville, 18 février 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Béraud, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 1, 5 janvier 2012, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 22, note Franck Petit (« Conditions de vote des salariés à temps partiel : révision urgente ! »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 175, p. 145.*

N° 319

## Élections professionnelles

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Délégation du personnel. - Désignation. - Contestation. - Délai. - Point de départ. - Détermination. - Survenance d'un fait nouveau. - Qualification. - Portée.

La contestation relative à la désignation des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) devant être effectuée dans le délai de quinze jours suivant cette désignation en application des dispositions de l'article R. 4613-11 du code du travail, l'annulation ultérieure des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel n'a pas pour effet d'ouvrir un nouveau délai de forclusion.

Doit en conséquence être annulé le jugement du tribunal d'instance estimant recevable la demande d'annulation de la désignation des membres du CHSCT au motif que cette demande avait été présentée dans les quinze jours suivant la survenance du fait nouveau que constituait l'annulation par le tribunal des élections professionnelles.

**Soc. - 16 novembre 2011.**

CASSATION SANS RENVOI

N° 11-11.486. - TI Aulnay-sous-Bois, 21 janvier 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 108, note Franck Petit. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 178, p. 146.*

N° 320

## Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de continuation. - Apurement du passif. - Admission définitive d'une créance. - Paiement des annuités antérieurement échues.

Ne méconnaît pas l'autorité de chose jugée attachée au jugement arrêtant un plan de continuation qui prévoit l'apurement de la totalité du passif tel qu'il sera définitivement admis la cour d'appel qui, après avoir ordonné à titre définitif l'admission d'une créance au passif, décide que le paiement des échéances échues devra être effectué lorsque sa décision sera signifiée.

**Com. - 22 novembre 2011.**

REJET

N° 10-24.129. - CA Nîmes, 17 juin 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Bénabent, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 43, 8 décembre 2011, Actualité/droit des affaires, p. 2927 (« Admission définitive des créances : paiement des annuités échues »).*

N° 321

## Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Responsabilité. - Dirigeant social. - Action en redressement ou liquidation judiciaire. - Effets. - Passif. - Composition. - Recours du dirigeant de fait.

Lorsqu'un dirigeant de fait d'une personne morale est mis en redressement judiciaire en application des dispositions de l'article L. 624-5 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005, après l'expiration du délai de recours prévu par l'article 103 de la loi du 25 janvier 1985, ce dernier se trouve, dans ce cas, privé d'un recours effectif au juge pour discuter du passif de la personne morale mis à sa charge.

Aussi, viole l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une cour d'appel qui, après avoir énoncé qu'aux termes du paragraphe II de l'article L. 624-5 ancien du code de commerce, applicable en l'espèce, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires des dirigeants, prononcé en application du paragraphe I dudit article, le passif comprenait, outre le passif personnel, celui de la personne morale, a retenu qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge-commissaire de la procédure collective des dirigeants de statuer sur l'admission ou le rejet des créances déclarées au passif de la personne morale.

**Com. - 22 novembre 2011.**

CASSATION

N° 10-25.096. - CA Paris, 29 juin 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Jacques, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bouthors, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

N° 322

## Exécution provisoire

Suspension. - Consignation. - Exclusion. - Cas. - Sommes présentant un caractère alimentaire. - Applications diverses. - Créance salariale. - Définition. - Sommes déposées sur un plan d'épargne salariale (non).

Le premier président d'une cour d'appel qui, saisi par une société d'une demande de consignation sur le fondement de l'article 521, alinéa premier, du code de procédure civile, a relevé que le plan d'épargne groupe au titre duquel la société avait été condamnée au paiement était destiné à favoriser la formation d'une épargne nouvelle en permettant aux membres du personnel de constituer, avec l'aide de l'employeur, un portefeuille de valeurs mobilières et que les sommes ainsi recueillies étaient employées à l'acquisition de parts de fonds communs de placement dont chaque participant était propriétaire en a exactement déduit, pour accueillir la demande, que les sommes litigieuses ne revêtaient pas le caractère d'une créance salariale, faisant ainsi ressortir qu'elles n'avaient pas le caractère alimentaire.

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

REJET

N° 10-24.833. - CA Paris, 11 mai 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. André, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Capron, Av.

N° 323

## Juridictions correctionnelles

Citation. - Prévenu domicilié à l'étranger. - Transmission de la copie de l'acte conformément à la convention internationale applicable. - Défaut. - Effet.

La juridiction n'est valablement saisie que si la personne demeurant à l'étranger a été citée selon la convention internationale applicable, une remise de citation au parquet général étant insuffisante.

**Crim. - 4 octobre 2011.**  
CASSATION

N° 10-85.739. - CA Nancy, 31 mars 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Nunez, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, Av.

N° 324

## Juridictions de l'application des peines

Peines. - Exécution. - Peine privative de liberté. - Mesure d'aménagement de peine. - Conditions. - Durée des peines prononcées ou restant à subir. - Révocation d'un sursis antérieur (effet).

La demande d'aménagement d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à deux ans est irrecevable lorsque, cette condamnation ayant pour effet la révocation de plein droit d'un sursis simple antérieurement accordé, la durée totale des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir excède, de ce fait, le seuil de deux ans prévu par l'article 723-15 du code de procédure pénale.

**Crim. - 26 octobre 2011.**  
REJET

N° 10-88.462. - CA Nîmes, 7 septembre 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 325

## Mandat

Mandataire. - Rémunération. - Demande de réduction. - Aléa supporté exclusivement par une partie au contrat. - Absence d'influence.

L'aléa exclusivement supporté par une des parties au contrat de mandat ne fait pas obstacle à la réduction éventuelle de la rémunération convenue.

**1<sup>re</sup> Civ. - 23 novembre 2011.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 10-16.770. - CA Versailles, 18 février 2010.

M. Charruault, Pt. - Mme Bignon, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier-Bourdeau, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 49, 5 décembre 2011, Jurisprudence, n° 1344, p. 2399-2400, note Bélanda Waltz (« Le caractère aléatoire d'une convention ne fait pas obstacle à la réduction judiciaire d'une rémunération excessive »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 43, 8 décembre 2011, Actualité/*

*droit civil, p. 2932, note Inès Gallmeister (« Contrat aléatoire : réduction de la rémunération convenue »), la Gazette du Palais, n° 11-12, 11-12 janvier 2012, Chronique de jurisprudence - droit des contrats, p. 22-23, note Dimitri Houtcieff (« L'aléa ne chasse pas la réduction des rémunérations »), la Revue Lamy droit civil, n° 89, janvier 2012, Actualités, n° 4491, p. 16, note Alexandre Paulin (« Du pouvoir de révision judiciaire du prix en présence d'un aléa »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 2, février 2012, Jurisprudence, p. 112-113, note Audrey Bonnet (« Réduction du montant de la rémunération convenue du généalogiste »).*

N° 326

## Outre-mer

Nouvelle-Calédonie. - Élections. - Liste électorale. - Liste électorale spéciale à l'élection du congrès et des assemblées de province. - Inscription. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Le paragraphe 1 a de l'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie permet l'inscription, sur la liste électorale spéciale à l'élection du congrès et des assemblées de province de Nouvelle-Calédonie, des électeurs ayant rempli les conditions pour être inscrits sur les listes électorales de la Nouvelle-Calédonie établies en vue de la consultation du 8 novembre 1998. Le paragraphe 1 b du même article prévoit aussi l'inscription sur cette liste électorale spéciale des personnes inscrites sur le tableau annexe et domiciliées en Nouvelle-Calédonie depuis dix ans à la date de l'élection. L'article 77, dernier alinéa, de la Constitution, tel que modifié par la loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007, précise que le tableau annexe est celui dressé à l'occasion du scrutin du 8 novembre 1998 et comprenant les personnes alors non admises à y participer.

Ayant retenu, d'une part, que, quoique présente sur le territoire depuis plus d'une année en novembre 1998, Mme X... n'avait pas, pour des raisons personnelles, fait le nécessaire pour être inscrite sur la liste générale et, de ce fait, sur le tableau annexe ou sur la liste spéciale, d'autre part, qu'elle ne s'était inscrite sur la liste générale qu'en 2007, le tribunal de première instance en a exactement déduit que Mme X... ne pouvait être inscrite sur la liste électorale spéciale de sa commune.

**2<sup>e</sup> Civ. - 16 novembre 2011.**  
REJET

N° 11-61.169. - Tribunal de première instance de Nouméa, 11 avril 2011.

M. Loriferne, Pt. - Mme Fontaine, Rap. - M. Maître, Av. Gén.

N° 327

## Peines

Circonstance aggravante. - Éléments constitutifs. - Infraction commise par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. - Victime, ancien conjoint ou concubin.

Encourt la cassation l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui retient la circonstance aggravante définie à l'alinéa 2 de l'article 132-80 du code pénal sans rechercher si l'infraction a été commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime.

**Crim. - 12 octobre 2011.**  
CASSATION

N° 11-85.474. - CA Poitiers, 28 juin 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Castel, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 328

## Procédure civile

Conclusions. - Conclusions d'appel. - Dernières écritures. - Office du juge. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Méconnaît les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile une cour d'appel qui adopte l'exposé des faits et des moyens des parties des premiers juges, ne vise pas les écritures des parties avec indication de leur date et n'expose pas, même succinctement, les moyens développés en cause d'appel par les parties.

**3<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2011.**

CASSATION

N° 10-18.648. - CA Paris, 16 avril 2010.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Bouthors, SCP Odent et Poulet, SCP Peignot et Garreau, Av.

N° 329

## Protection des consommateurs

Pratiques commerciales réglementées. - Pratiques commerciales trompeuses. - Conditions. - Altération du comportement économique. - Vérification nécessaire.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui retient qu'une société suit une pratique commerciale trompeuse et déloyale, au sens des dispositions des articles L. 120-1 et L. 121-1 du code de la consommation, en omettant de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix, d'indiquer les périodes de validité des offres, d'indiquer les frais de port et/ou d'enlèvement, d'indiquer les conditions de la garantie des produits et de mentionner les caractéristiques principales des produits ou services offerts, sans vérifier si ces omissions étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur.

**Com. - 29 novembre 2011.**

CASSATION PARTIELLE

N° 10-27.402. - CA Grenoble, 21 octobre 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Mouillard, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 11-12, 11-12 janvier 2012, Jurisprudence, p. 14 à 16, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Précisions utiles sur l'élément matériel du délit de pratiques commerciales trompeuses »).*

N° 330

## Prud'hommes

Compétence. - Compétence matérielle. - Litiges nés à l'occasion du contrat de travail. - Contrat de travail. - Avenant au contrat de travail. - Clause compromissoire. - Inopposabilité. - Portée.

Il résulte de l'article L. 1411-4 du code du travail que le principe compétence-compétence, selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, n'est pas applicable en matière prud'homale.

Une cour d'appel décide à juste titre qu'indépendamment de la signature du contrat de travail, lorsque le salarié adhère à une charte contenant des dispositions relatives aux conditions

d'exécution du contrat de travail, aux modalités de rémunération et à l'obligation de non-concurrence, cette charte constitue, pour ces stipulations, un avenant au contrat de travail et que, dès lors, la clause compromissoire qui y était stipulée était inopposable aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du code du travail.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

REJET

N° 11-12.905 et 11-12.906. - CA Versailles, 15 février 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Fabiani et Luc-Thaler, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 51, 19 décembre 2011, Jurisprudence, n° 1417, p. 2518-2519, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier (« Exclusion du recours à l'arbitrage en matière prud'homale »). Voir également la Revue de droit du travail, n° 1, janvier 2012, Actualités, n° 4, p. 7, note Frédéric Guiomard (« Clauses de conciliation obligatoire et clause compromissoire face à la compétence d'ordre public de la juridiction prud'homale »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 181, p. 148 à 150.*

N° 331

## Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Fonctionnement. - Bureau. - Constitution. - Membres. - Désignation. - Partage des voix. - Élection au bénéfice de l'âge. - Détermination. - Portée.

La désignation des membres du bureau du comité d'entreprise, en cas de partage des voix et dans le silence du règlement intérieur, se fait, conformément aux règles habituelles du droit électoral et sans qu'il soit porté atteinte au principe de non-discrimination en raison de l'âge, au profit du candidat le plus âgé.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

REJET

N° 10-23.986. - CA Montpellier, 10 mars 2010.

M. Béraud, Pt (f.f.). - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 159, p. 135-136.*

N° 332

## Représentation des salariés

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Délégation du personnel. - Désignation. - Scrutin. - Mode de scrutin. - Scrutin de liste à un seul tour. - Effets. - Droit de rayer les noms de candidats. - Possibilité.

Dans les élections des représentants du personnel, le droit de rayer les noms de candidats est inhérent au scrutin de liste, de sorte que, sauf accord unanime des membres du collège désignatif, chaque électeur peut en faire usage lors de la désignation des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), conformément aux dispositions des articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du code du travail.

Doit en conséquence être cassé le jugement qui annule la désignation des membres d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail au motif que le droit de rayer des noms de candidats ne résulte pas du droit commun électoral et qu'aucune disposition légale relative à la désignation des membres du CHSCT ne réserve une telle faculté aux électeurs.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 11-11.560. - TI Clermont-Ferrand, 21 janvier 2011.

M. Béraud, Pt (f.f.). - Mme Lambremon, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 177, p. 145-146. Voir également la revue Droit social, n° 2, février 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 207-208, note Franck Petit.*

---

N° 333

## Représentation des salariés

Institution représentative du personnel. - Mise en place. - Obligation. - Carence. - Effets. - Résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur (non).

La carence fautive de l'employeur qui n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel ne constitue pas un manquement de nature à fonder la résiliation judiciaire d'un contrat de travail à ses torts.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

REJET

N° 09-67.798 et 10-17.552. - CA Paris, 12 mai 2009 et 16 mars 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Goasguen, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Brouchet, Av.

---

N° 334

## 1<sup>o</sup> Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Domage. - Réparation. - Préjudice corporel. - Indemnisation. - Frais divers. - Bilan d'un ergothérapeute. - Caractère impératif. - Caractérisation. - Nécessité.

## 2<sup>o</sup> Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Domage. - Réparation. - Indemnité. - Montant. - Fixation. - Éléments pris en considération. - Assistance d'une tierce personne. - Allocation d'une rente. - Condition.

1<sup>o</sup> La victime d'un dommage corporel ne peut prétendre à l'indemnisation du coût du bilan d'un ergothérapeute qu'elle a sollicité à l'appui de sa demande d'indemnisation du préjudice liée à l'assistance d'une tierce personne que si elle a été contrainte d'exposer ces frais.

2<sup>o</sup> En application du principe de la réparation intégrale, le montant de l'indemnité allouée au titre de l'assistance d'une tierce personne ne saurait être réduit ni en cas d'assistance familiale, ni en cas d'organisation d'une mesure de protection des majeurs.

**2<sup>e</sup> Civ. - 24 novembre 2011.**

CASSATION PARTIELLE

N° 10-25.133. - CA Aix-en-Provence, 20 janvier 2010.

M. Bizot, Pt (f.f.). - M. Adida-Canac, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 2, février 2012, Jurisprudence, p. 109-110, note Thierry Verheyde (« Principe de réparation intégrale du préjudice et organisation d'une mesure de protection des majeurs »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 90, février 2012, Actualités, n° 4546, p. 20, note Gaëlle Le Nestour Drelon (« De la difficulté de mettre en œuvre le principe de la réparation intégrale »).*

---

N° 335

## Saisie immobilière

Procédure. - Audience d'orientation. - Contestations et demandes incidentes. - Recevabilité. - Conditions. - Moment. - Détermination. - Portée.

En application de l'article 6 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, aucune contestation ni aucune demande incidente ne peut, sauf disposition contraire, être formée après l'audience d'orientation.

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

REJET

N° 10-25.439. - CA Aix-en-Provence, 6 juillet 2010.

M. Loriferne, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit et procédures, n° 1, janvier 2012, Jurisprudence commentée, p. 23 à 26, note Olivier Salati. Voir également la revue Procédures, n° 1, janvier 2012, commentaire n° 7, p. 13-14, note Roger Perrot (« Audience d'orientation et renvoi en continuation »), et la Revue de droit bancaire et financier, n° 1, janvier-février 2011, commentaire n° 22, p. 37-38, note Stéphane Piedelièvre (« Contestation et audience d'orientation »).*

---

N° 336

## Solidarité

Domaine d'application. - Infractions connexes ou indivisibles. - Connexité. - Mineur. - Civilement responsable. - Destruction involontaire d'un bien appartenant à autrui et abstention volontaire de prendre ou provoquer les mesures permettant de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes.

La solidarité édictée pour les restitutions et les dommages-intérêts par l'article 480-1 du code de procédure pénale s'applique aux auteurs d'infractions connexes, notamment lorsque ceux-ci ont commis les unes pour assurer l'impunité des autres.

Doit être approuvée la cour d'appel qui énonce que le civilement responsable d'un mineur, définitivement condamné pour abstention volontaire de prendre ou provoquer les mesures permettant de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour les biens ou les personnes, doit répondre solidairement de l'entière réparation envers les parties civiles victimes de la destruction involontaire de leurs biens au motif que les personnes en cause se sont concertées pour assurer leur impunité commune.

**Crim. - 18 octobre 2011.**

REJET

N° 11-81.400. - CA Reims, 12 novembre 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Pers, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 337

## Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Accords soumis à l'approbation des salariés. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Il résulte de l'article 12 II de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 tel qu'issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 qu'en cas d'absence de quorum au premier tour des élections professionnelles en entreprise antérieurement au 21 août 2008, la validité des accords collectifs d'entreprise ou d'établissement n'est subordonnée à l'approbation des salariés que lorsque le scrutin n'a pas donné lieu à dépouillement.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui juge que la validité d'un avenant à un accord collectif, signé après des élections au comité d'entreprise ayant donné lieu à second tour faute de quorum, était subordonnée à l'approbation de la majorité des salariés, alors qu'il n'y avait pas eu carence au premier tour de ces élections, et qu'il lui appartenait de rechercher si le scrutin avait donné lieu à dépouillement et, dans l'affirmative, si l'avenant remplissait les conditions de validité au regard des suffrages obtenus par les syndicats signataires.

**Soc. - 16 novembre 2011.**

CASSATION

N° 09-68.427. - CA Paris, 4 juin 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 109-110, note Franck Petit. Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 179, p. 147.*

N° 338

## Syndicat professionnel

Délégué syndical. - Délégué syndical central. - Désignation. - Condition.

L'article L. 2143-5 du code du travail ne subordonne pas la désignation d'un délégué syndical central à l'obtention, par ce dernier, d'un score électoral.

Doit être cassée, en conséquence, la décision qui annule la désignation d'un délégué syndical central au motif que ce dernier n'a pas été candidat aux dernières élections et n'y a donc pas obtenu au moins 10 % des suffrages.

**Soc. - 16 novembre 2011.**

CASSATION

N° 10-28.201. - TI Puteaux, 7 décembre 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 49, 5 décembre 2011, Jurisprudence, n° 1354, p. 2414, note Gilles Dedessus-Le-Moustier (« Libre choix du délégué syndical dans les entreprises d'au moins 2 000 salariés »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 43, 8 décembre 2011, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 2940, note B. Ines (« Délégué syndical central : pas d'obligation de score électoral »), la Revue de droit du travail, n° 1, janvier 2012, Actualités, n° 4, p. 8, note Alain Moulinier (« Désignation syndicale »), la revue Droit social, n° 1, janvier 2012, Actualité jurisprudentielle, p. 106-107, note Franck Petit, et la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 165, p. 138.*

**Note sous Soc., 16 novembre 2011, n° 338 ci-dessus**

La loi n° 789-2008 du 20 août 2008 prévoit, désormais, une double condition électorale :

- le délégué syndical ne peut être désigné que par une organisation syndicale représentative, donc ayant obtenu au moins 10 % des suffrages lors des élections ;

- le délégué syndical doit lui-même avoir recueilli sur son nom au moins 10 % des suffrages exprimés aux élections qui se sont déroulées dans son champ de désignation.

La question posée à la Cour de cassation portait sur la nécessité, pour le délégué syndical central, de remplir également cette double condition.

S'agissant du délégué syndical central, le texte applicable, l'article L. 2143-5 du code du travail, n'évoque pas expressément, à l'inverse de l'article L. 2143-3 du code du travail, relatif aux délégués syndicaux, la nécessité d'un score personnel de 10 %. Cependant, l'article L. 2143-5, alinéa 2, précise que « l'ensemble des dispositions relatives au délégué syndical d'entreprise est applicable au délégué syndical central », ce qui, selon le tribunal d'instance, impose au délégué syndical central comme au délégué syndical de remplir la condition afférente au score électoral.

Constatant, à l'examen des travaux législatifs, que le délégué syndical central avait volontairement été exonéré de la condition personnelle d'obtention d'un suffrage électoral et que, au regard de sa mission et du champ de désignation, il apparaissait conforme à l'esprit du texte de ne pas la lui imposer, la chambre sociale, prenant acte du silence du texte à cet égard, a dit que l'article L. 2143-5 du code du travail ne subordonne pas la désignation d'un délégué syndical central à l'obtention, par ce dernier, d'un score électoral.

31

N° 339

## 1° Travail réglementation, rémunération

Clause dite de bonne fin. - Licéité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

## 2° Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Mesures d'accompagnement. - Convention de reclassement personnalisé. - Adhésion du salarié. - Portée.

1° Les clauses dites de bonne fin sont licites dès lors qu'elles ne privent le salarié que d'un droit éventuel, et non d'un droit acquis au paiement d'une rémunération.

La cour d'appel, qui a constaté que si les contrats avec leurs clients étaient initialement conclus par les salariés, leur évolution était ensuite le fait d'autres commerciaux ou d'interventions de tiers, les résultats positifs se traduisant par une facturation et un encaissement du chiffre d'affaires par l'employeur, a pu décider que, conformément à la clause contractuelle, les intéressés ne pouvaient prétendre au versement de commissions au-delà de la cessation du contrat de travail.

2° Il résulte de la combinaison des articles L. 1233-3, L. 1233-45 et L. 1233-67 du code du travail que le salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé bénéficie de la priorité de réembauche.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

REJET

N° 09-43.183 et 09-43.184. - CA Paris, 3 septembre 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 1, janvier 2012, Actualités, n° 4, p. 6, note Frédéric Guiomard (« Validité des clauses dites de bonne fin »). Voir également cette même revue, n° 1, janvier 2012, Chroniques, p. 34 à 36, note Alexandre Fabre (« La convention de reclassement personnalisée n'exclut pas la priorité de réembauche »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 120, p. 112-113, et décision n° 180, p. 147.*

## N° 340

### Travail réglementation, rémunération

Salaire. - Égalité des salaires. - Atteinte au principe. - Opposabilité. - Exclusion. - Cas. - Droits et avantages résultant d'une transaction. - Condition.

Un salarié ne peut invoquer le principe d'égalité de traitement pour remettre en cause les droits et avantages d'une transaction revêtue de l'autorité de la chose jugée et dont il ne conteste pas la validité.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

REJET

N° 10-21.119. - CA Paris, 8 juin 2010.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Peignot et Garreau, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 143, p. 125-126.*

## N° 341

### Union européenne

Coopération judiciaire en matière civile. - Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions. - Règlement (CE) n° 44/2001. - Article 19. - Domaine d'application. - Cas. - Coemployeur. - Qualité résultant d'une confusion d'intérêts.

En application de l'article 19 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, l'employeur qui a son domicile dans le territoire d'un autre Etat membre peut être attiré dans un autre Etat membre, notamment devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Selon l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui est transposable pour l'application du Règlement, l'employeur est la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération.

Doit ainsi être rejeté, sans qu'il soit nécessaire de poser une question préjudicielle, le pourvoi formé contre un arrêt qui retient la compétence du juge prud'homal pour connaître d'une demande indemnitaire de salariés travaillant en France dirigée contre une société ayant son siège en Allemagne et qui condamne celle-ci en qualité de coemployeur, dès lors qu'il constate qu'en raison d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre cette société mère de droit allemand et sa filiale française, la société mère assurait la gestion des

ressources humaines de cette filiale, à laquelle elle avait imposé de cesser son activité en organisant alors le licenciement de son personnel, et que le dirigeant de la filiale ne disposait plus d'aucun pouvoir effectif, étant entièrement soumis aux instructions et directives de la direction du groupe, au seul profit de celui-ci, du fait de son immixtion dans la gestion du personnel travaillant en France.

**Soc. - 30 novembre 2011.**

REJET

N° 10-22.964 à 10-22.985 et 10-22.994. - CA Caen, 18 juin 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 2/12, février 2012, décision n° 182, p. 150 à 152. Voir également la revue Droit social, n° 2, février 2012, p. 140 à 146, note Alain Devers (« Compétence internationale du juge français en présence de coemployeurs »), et le Bulletin Joly Sociétés, n° 2, février 2012, n° 75, p. 168 à 172, note Grégoire Loiseau (« Le co-emploi, nouveau virus des groupes de sociétés ? »).*

## N° 342

### Union européenne

Propriété industrielle. - Indications géographiques des boissons spiritueuses. - Règlement (CE) n° 110/2008. - Annexe III. - Domaine d'application. - Détermination.

La protection accordée aux indications géographiques des boissons spiritueuses reconnues par la liste au caractère limitatif de l'annexe III du Règlement (CE) n° 110/2008 ne peut s'appliquer à un mot isolé, tel « scotch », qui n'est pas prévu dans la nomenclature, dès lors que ce terme adjoind à un autre, en l'occurrence « whisky », est seulement pris en tant que dérivé d'un mot écossais représentant le pays d'origine, expressément mentionné comme étant le Royaume-Uni (Écosse).

**Com. - 29 novembre 2011.**

REJET

N° 10-25.703. - CA Bordeaux, 25 février 2010.

Mme Favre, Pt. - Mme Pezard, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Bénabent, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

## N° 343

### Union européenne

Propriété industrielle. - Marque communautaire. - Règlement (CE) n° 40/94. - Compétence et procédure. - Sanctions. - Interdiction d'usage. - Portée territoriale.

Une cour d'appel prive sa décision de base légale, au regard des articles 93, paragraphes 1 à 4, et 98, paragraphe 1, du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, tel que modifié par le Règlement (CE) n° 3288/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, en limitant la demande d'interdiction d'usage, sous astreinte, d'une marque communautaire au seul territoire français, après avoir retenu que l'existence d'un risque de confusion entre les signes en présence n'a été appréciée qu'au regard de la perception que pouvaient en avoir les consommateurs français ou parlant français, alors que de tels motifs n'induisaient pas qu'un tel risque soit limité au seul territoire français et que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit, par arrêt du 12 avril 2011 (C-235/09), que l'article 98, paragraphe 1, du Règlement n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, doit être interprété en ce sens que la portée de l'interdiction de poursuivre des actes de contrefaçon

ou de menace de contrefaçon d'une marque communautaire prononcée par un tribunal des marques communautaires, dont la compétence est fondée sur les articles 93, paragraphes 1 à 4, et 94, paragraphe 1, de ce Règlement, s'étend, en principe, à l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

**Com. - 29 novembre 2011.**  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 08-13.729. - CA Paris, 9 novembre 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Mandel, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, M<sup>e</sup> Bertrand, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 22 décembre 2011, Actualité/droit des affaires, p. 2995 (« Marque communautaire : étendue du risque de confusion »).*



## 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) : **116 €**<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 2012, frais de port inclus.





191127580-000312

Imprimerie de la Direction de l'information  
légale et administrative, 26, rue Desaix,  
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de  
chambre à la Cour de cassation, directeur du  
service de documentation, d'études et du rapport :  
Daniel Tardif

Reproduction sans autorisation interdite  
-Copyright Service de documentation et d'études

Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur  
le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS







# intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix : 8,50 €  
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)