

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

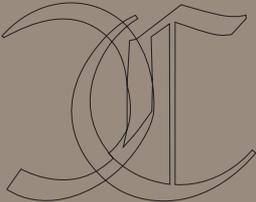
N° 799



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} avril
2014*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

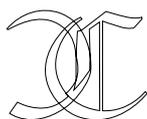
Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Le 7 janvier 2014, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé (*infra*, n° 670) que « *Porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* », précisant que « *Lorsque la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement des mis en cause dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux de garde à vue a participé d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené le gardé à vue à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue, encourt la cassation l'arrêt qui, pour valider un tel procédé, énonce que les règles relatives à la garde à vue et les droits inhérents à cette mesure ont été respectés, que la sonorisation a été menée conformément aux restrictions et aux règles procédurales protectrices des droits fondamentaux posées expressément par la commission rogatoire du juge d'instruction et qu'il peut être discuté tout au long de la procédure* ».

Jurisprudence



Commentant cette solution, qu'il rapproche d'un arrêt rendu le lendemain par la même chambre, aux termes duquel (*infra*, n° 662) « *Les alinéas 2 et 3 de l'article L. 238 du livre des procédures fiscales, qui subordonnent à une autorisation du juge le droit, pour le prévenu, d'apporter la preuve contraire des faits constatés dans un procès-verbal, méconnaissent le principe du respect des droits de la défense résultant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* », Étienne Vergès note (*Recueil Dalloz*, 13 février 2014, p. 407 et s.) qu'avec ces deux arrêts, la Cour de cassation reconnaît « *la suprématie des principes généraux sur le droit spécial des preuves* », corroborant « *la thèse selon laquelle les preuves pénales sont soumises à un double contrôle de licéité, qui ne se limite pas à une stricte conformité aux règles imposées par le code, mais s'étend au respect des principes généraux de la preuve pénale* ».

Doctrine



Le 15 janvier, la première chambre civile a jugé (*infra*, n° 634) que « *La responsabilité des arbitres ne peut être engagée que pour faute qualifiée, et non pour faute simple, lorsque le manquement reproché, tel que la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, tend à remettre directement en cause le contenu de la sentence rendue, et, partant, l'exercice de la fonction juridictionnelle* ». Pour Éric Loquin (JCP 2014, p. 392 et s.), « *le régime de ces deux fautes est différent* » : « *dans le premier cas, la mise en jeu de la responsabilité de l'arbitre est bloqué par [son] immunité juridictionnelle* », et « *seules les fautes d'une particulière gravité pourront engager [sa] responsabilité* », tandis que, « *dans le second cas, le droit commun de la responsabilité contractuelle est applicable* », analyse qui rejoint celle de l'avocat général (même revue, p. 370 et s.), qui notait que « *cette responsabilité varie en intensité selon que le manquement se rattache à la dimension contractuelle ou proprement juridictionnelle de l'arbitrage* ».

Enfin, par avis rendu le 10 février dernier, la Cour de cassation, saisie de la question suivante : « *L'assignation en divorce, délivrée par l'époux à la suite d'une ordonnance de non-conciliation rendue par un juge aux affaires familiales saisi par l'épouse d'une requête en séparation de corps, est-elle recevable, au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile ?* », a estimé que « *Hormis dans l'hypothèse où, lors de l'audience de conciliation, les époux ont accepté le principe de la séparation de corps, l'assignation en divorce délivrée par l'un d'eux, à l'expiration du délai imparti à l'autre par l'ordonnance de non-conciliation rendue sur une requête de ce dernier en séparation de corps, est recevable au regard des dispositions des articles 1076, 1111 et 1113 du code de procédure civile* ».

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Séance du 10 février 2014 Page

Divorce, séparation de corps 6

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

Question prioritaire de constitutionnalité 623 à 626

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

4

• Accident de la circulation 627-628
Action civile 629
Appel civil 630 à 632
Appel correctionnel ou de police 633
Arbitrage 634
Assurance (règles générales) 635-636
Assurance dommages 637
Astreinte (loi du 9 juillet 1991) 638
Cassation 639-640
Cautionnement 641
Chambre de l'instruction 629-642
Circulation routière 643
Construction immobilière 644
Contrat de travail, exécution 645
Contrat de travail, rupture 646 à 650
Convention européenne des droit de l'homme 651
Conventions internationales 652
Dénonciation calomnieuse 653

Donation 654
Douanes 655
Élections professionnelles 656-657
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) 658 à 660
Expert judiciaire 661
Impôts et taxes 662
Indemnisation des victimes d'infraction 663
Indivision 664
Libération conditionnelle 665
Partage 666
Peines 667
Pouvoirs des juges 668
Prescription 669
Preuve 670
Procédure civile 671-689
Procédures civiles d'exécution 672
Propriété industrielle 673
Protection des consommateurs 674
Publicité foncière 675
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle 628
Restitution 676
Séparation des pouvoirs 677
Société civile 678

* 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.

Statut collectif du travail	679	Transports maritimes	687
Statuts professionnels particuliers	680	Travail	629
Syndicat professionnel	681-682	Travail réglementation, rémunération	688
Transports aériens	683 à 686	Union européenne	689

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 10 FÉVRIER 2014

Titre et sommaire	Page 6
Avis	Page 6
Rapport	Page 8
Observations	Page 21

6
•

Divorce, séparation de corps

Procédure. - Requête. - Requête de l'un des époux en séparation de corps. - Ordonnance de non-conciliation. - Ordonnance permettant d'assigner. - Délai imparti au requérant initial. - Expiration. - Assignation en divorce délivrée par l'autre époux. - Recevabilité. - Domaine d'application. - Détermination.

Hormis dans l'hypothèse où, lors de l'audience de conciliation, les époux ont accepté le principe de la séparation de corps, l'assignation en divorce délivrée par l'un d'eux, à l'expiration du délai imparti à l'autre par l'ordonnance de non-conciliation rendue sur une requête de ce dernier en séparation de corps, est recevable au regard des dispositions des articles 1076, 1111 et 1113 du code de procédure civile.

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 22 octobre 2013 par le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de La Rochelle, reçue le 18 novembre 2013, dans une instance opposant M. Y... à Mme X... épouse Y..., et ainsi libellée :

« *L'assignation en divorce, délivrée par l'époux à la suite d'une ordonnance de non-conciliation rendue par un juge aux affaires familiales saisi par l'épouse d'une requête en séparation de corps, est-elle recevable, au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile ?* »

Sur le rapport de Mme Le Cotty, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Bernard de la Gatinais, premier avocat général ;

EST D'AVIS QUE :

Hormis dans l'hypothèse où, lors de l'audience de conciliation, les époux ont accepté le principe de la séparation de corps, l'assignation en divorce délivrée par l'un d'eux, à l'expiration du délai imparti à l'autre par l'ordonnance de non-conciliation rendue sur une requête de ce dernier en séparation de corps, est recevable au regard des dispositions des articles 1076, 1111 et 1113 du code de procédure civile.

N° 13-70.007. - TGI La Rochelle, 22 octobre 2013.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Le Cotty, Rap., assistée de Mme Norguin, greffier en chef. - M. Bernard de la Gatinais, P. Av. Gén.

Note sous Avis, 10 février 2014

L'article 1076 du code de procédure civile dispose :

« L'époux qui présente une demande en divorce peut, en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps.

La substitution inverse est interdite ».

La Cour de cassation a eu l'occasion de faire application de ces dispositions et de rappeler que l'époux qui avait formé une demande en séparation de corps ne pouvait lui substituer une demande en divorce. En conséquence, l'époux qui a formé une demande initiale en séparation de corps ne peut répondre à l'éventuelle demande reconventionnelle en divorce de son conjoint en substituant à sa demande initiale une demande en divorce (1^{re} Civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 07-14.891, *Bull.* 2008, I, n° 110).

À l'inverse, l'époux qui a formé une demande en divorce peut lui substituer, même en appel, une demande en séparation de corps (1^{re} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-22.362, *Bull.* 2013, I, n° 180).

L'époux qui a engagé à l'origine une procédure de séparation de corps ne peut donc ensuite, à quelque stade de la procédure que ce soit, former une demande en divorce. Mais son conjoint peut-il l'assigner en divorce ?

C'est la question posée par le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de La Rochelle dans les termes suivants :

« L'assignation en divorce, délivrée par l'époux à la suite d'une ordonnance de non-conciliation rendue par un juge aux affaires familiales saisi par l'épouse d'une requête en séparation de corps, est-elle recevable, au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile ? »

En l'espèce, l'épouse avait déposé une requête en séparation de corps. L'ordonnance de non-conciliation autorisait l'assignation devant le tribunal de grande instance selon les dispositions de l'article 1113 du code de procédure civile, et l'époux avait délivré une assignation en divorce pour altération définitive du lien conjugal, sur le fondement des articles 237 et 238 du code civil.

Confirmant l'interprétation retenue par la doctrine majoritaire, la Cour de cassation apporte une réponse affirmative à la question posée : à l'issue du délai de trois mois imparti par l'article 1113, alinéa premier, du code de procédure civile à l'époux ayant présenté la requête initiale, son conjoint peut l'assigner en divorce.

Plusieurs arguments militaient en ce sens :

- d'abord, le texte même de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, qui ne vise que l'époux qui a engagé la procédure en séparation de corps. Tous les auteurs s'accordent pour considérer que la raison d'être de cette disposition réside dans le risque de fraude consistant à offrir une simple séparation à l'autre, à obtenir des concessions en contrepartie et ensuite à transformer la demande en divorce. Ce risque n'existe pas lorsque c'est le conjoint qui assigne ;
- ensuite, l'article 297 du code civil, qui autorise expressément le conjoint à former une demande reconventionnelle en divorce une fois l'instance en séparation de corps introduite ;
- enfin, l'esprit de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, qui a créé un « *tronc commun procédural* » et une séparation de la phase de conciliation, d'une part, et de l'instance en divorce ou séparation de corps, d'autre part.

Sans remettre en cause l'interdiction édictée par l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, cette solution évite un alourdissement inutile de la procédure lorsque le conjoint qui n'a pas présenté la requête initiale en séparation de corps souhaite divorcer. En effet, la réponse inverse l'aurait contraint à attendre l'assignation en séparation de corps de son époux pour former une demande reconventionnelle en divorce sur le fondement de l'article 297 du code civil, ou à engager lui-même une nouvelle procédure en présentant une requête en divorce et en provoquant une nouvelle ordonnance de non-conciliation.

Afin de lever toute difficulté d'interprétation, deux précisions ont été apportées par la formation pour avis de la Cour de cassation.

Les articles 1111 et 1113 du code de procédure civile, qui définissent le cadre de l'autorisation d'assigner donnée par l'ordonnance de non-conciliation, ne s'opposent pas à la recevabilité de l'assignation en divorce d'un époux sur une requête de l'autre en séparation de corps. Certains auteurs et tribunaux avaient en effet cru déduire de ces articles que l'autorisation d'assigner concernait une procédure donnée, divorce ou séparation de corps, ce qui excluait de l'utiliser à une fin autre que celle pour laquelle elle avait été accordée.

En revanche, dans l'hypothèse d'une acceptation du principe de la séparation de corps lors de l'audience de conciliation, le principe même de la séparation de corps étant définitivement acquis, en application des articles 233 et 257-1, alinéa 2, du code civil, ensemble l'article 1123 du code de procédure civile, une assignation en divorce ne serait pas recevable.

Rapport de Mme Le Cotty

Conseiller rapporteur

Par ordonnance du 22 octobre 2013, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de La Rochelle a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis suivante :

« *L'assignation en divorce, délivrée par l'époux à la suite d'une ordonnance de non-conciliation rendue par un juge aux affaires familiales saisi par l'épouse d'une requête en séparation de corps, est-elle recevable, au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile ?* »

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

I. - Rappel des faits et de la procédure

Le 3 avril 2009, Mme X... épouse Y... a déposé une requête en séparation de corps devant le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Rochefort-sur-Mer.

Le 22 janvier 2010, le juge aux affaires familiales a rendu une ordonnance de non-conciliation autorisant notamment « *l'assignation devant le tribunal de grande instance selon les dispositions de l'article 1113 du code de procédure civile* ».

Le 29 novembre 2011, M. Y... a assigné son épouse en divorce pour altération définitive du lien conjugal, sur le fondement des articles 237 et 238 du code civil.

Par conclusions d'incident du 6 décembre 2012, M. Y... a sollicité la désignation d'un notaire en vue d'établir un projet d'état liquidatif de la communauté.

Par conclusions du 28 janvier 2013, Mme X... a acquiescé à la demande formulée par son époux.

Par ordonnance du 5 mars 2013, le juge de la mise en état a ordonné la réouverture des débats et fait injonction aux parties de conclure sur la recevabilité de l'assignation en divorce au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile.

Les deux parties ont conclu à sa recevabilité.

Par ordonnance du 22 octobre 2013, le juge aux affaires familiales a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la possibilité pour l'époux non requérant d'assigner son conjoint en divorce après une requête initiale en séparation de corps.

II. - Recevabilité de la demande d'avis

A. - Au regard des règles de forme

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

Le ministère public a, par conclusions du 25 juin 2013, émis un avis favorable à la saisine de la Cour pour avis.

Le 24 septembre 2013, une injonction a été faite aux parties de présenter leurs observations sur la procédure de saisine pour avis pour le 22 octobre 2013.

L'ordonnance sollicitant l'avis a été notifiée, dans les formes de l'article 1031-2, alinéa 2, du code de procédure civile, aux parties, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, lesquels ont été signés le 9 novembre 2013.

Le premier président de la cour d'appel, le procureur général et le procureur de la République auprès du tribunal de grande instance de La Rochelle ont été avisés par lettre du 8 novembre 2013.

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

B. - Au regard des règles de fond

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

Pour être recevable, la demande d'avis doit en conséquence porter sur une question de droit (1), nouvelle (2), qui présente une difficulté sérieuse (3) et se pose dans de nombreux litiges (4).

1. - Une question de droit

La question porte sur l'interprétation de l'article 1076 du code de procédure civile, aux termes duquel :

« *L'époux qui présente une demande en divorce peut, en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps.*

La substitution inverse est interdite. ».

L'époux qui a engagé une procédure de séparation de corps ne peut donc ensuite, à quelque stade de la procédure que ce soit, former une demande en divorce. Mais son conjoint peut-il l'assigner en divorce ? Cette question est une question de droit. Elle est formulée de manière précise.

La question posée doit également commander l'issue du litige¹.

La question soumise à la Cour commande l'issue du litige, à condition toutefois que le juge puisse soulever d'office l'éventuelle irrecevabilité de l'assignation en divorce. En effet, si le juge ne pouvait relever d'office cette fin de non-recevoir, l'épouse n'ayant pas soulevé l'irrecevabilité de l'assignation de son conjoint mais ayant au contraire acquiescé à la procédure de divorce qu'il avait engagée, la procédure aurait dû suivre son cours.

Il est rappelé qu'aux termes de l'article 125 du code de procédure civile, « *les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée* ».

Il a été jugé par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation que, les dispositions relatives à la procédure de divorce étant d'ordre public, la fin de non-recevoir tirée de la substitution d'une demande en divorce à une demande en séparation de corps était d'ordre public et devait être soulevée d'office par les juges du fond (2^e Civ., 28 février 1962, pourvoi n° 61-10.388, *Bull.* 1962, II, n° 239) :

« Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir déclaré cette demande irrecevable, bien que le défendeur n'ait pas soulevé de fin de non-recevoir ;

Mais attendu que les dispositions relatives à la procédure de divorce sont d'ordre public ; que si, aux termes de l'article 239 du code civil, une demande en divorce peut, en tout état de cause, être transformée en demande en séparation de corps, à l'inverse, une demande en séparation de corps ne peut être transformée en demande en divorce ; qu'à juste titre, la cour d'appel a opposé à la demande de Mme X... une irrecevabilité d'ordre public ».

Il résultait en effet de l'interprétation *a contrario* de l'article 239, alinéa 2, du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 (« *le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps* »), qu'une demande en séparation de corps ne pouvait être transformée en demande en divorce.

Il est par ailleurs traditionnellement jugé qu'en matière d'état des personnes, les fins de non-recevoir sont d'ordre public (1^{re} Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 07-21.826, *Bull.* 2009, I, n° 89).

S'agissant de la jurisprudence des juges du fond, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a énoncé, dans un arrêt du 22 février 2002² : « *Attendu que la règle ainsi édictée [par l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile] interdisant la substitution d'une demande en divorce dans le cadre d'une procédure initialement introduite pour solliciter le prononcé d'une séparation de corps est d'ordre public, s'agissant de l'état des personnes ; que, dès lors, la violation de ces dispositions constitue une irrecevabilité qui doit être soulevée d'office par le juge* ».

Dans un arrêt de la même cour en date du 24 février 2003³, la fin de non-recevoir a été relevée d'office, en dépit de l'accord des parties :

« Attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile que si l'époux qui présente une demande en divorce peut, en tout état de cause et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps, la substitution inverse est interdite ; que ces dispositions sont d'ordre public ; qu'en l'espèce, F... X... a présenté une demande en séparation de corps ; que sa demande, qu'il formule en appel aux fins de voir prononcer le divorce aux torts exclusifs de son épouse, et qui est acceptée par cette dernière, se heurte toutefois aux dispositions impératives de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile ».

De même, la cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 15 octobre 2002⁴, a retenu que le caractère d'ordre public du mariage avait conduit le législateur à stipuler des règles précises pour sa rupture, qui ne dépendaient pas de la seule volonté des époux, et qu'il avait notamment institué un contrôle judiciaire du juge aux affaires familiales chargé d'autoriser l'assignation à venir, contrôle qui conduirait la juridiction saisie à soulever d'office l'éventuelle fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation d'agir. Ainsi, selon cette juridiction, « *l'époux assigné sans droit ne peut acquiescer pour supprimer le vice qui touche la procédure, puisqu'un tel accord aurait pour effet de permettre aux parties de se dispenser consensuellement de la phase préalable de tentative de conciliation, fait contraire au vœu du législateur* ».

Le caractère d'ordre public de la fin de non-recevoir a également été retenu par la cour d'appel de Riom dans un arrêt du 9 mars 2009⁵, et par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 juillet 2013⁶. Aucune décision en sens contraire n'a été identifiée.

Dès lors, si la fin de non-recevoir tirée d'une éventuelle irrégularité de l'assignation sur le fondement de l'article 1076 du code de procédure civile est d'ordre public, il appartenait au juge aux affaires familiales de la relever d'office, comme il l'a fait, sans que l'accord des époux ne permette la poursuite de la procédure de divorce.

¹ Avis de la Cour de cassation, 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.* 2007, Avis, n° 3 ; avis de la Cour de cassation, 20 octobre 2000, n° 02-00.014 et n° 02-00.015, *Bull.* 2000, Avis, n° 8.

² Cour d'appel d'Aix-en-Provence (chambre 6, section A), 22 février 2002, RG n° 99/9193, 99/14864.

³ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 24 février 2003, RG n° 00/19299.

⁴ Cour d'appel de Bordeaux (chambre 6), 15 octobre 2002, RG n° 00/01693.

⁵ Cour d'appel de Riom (chambre civile 2), 9 mars 2009, RG n° 08/01676.

⁶ Cour d'appel de Paris, 2 juillet 2013, pôle 3, chambre 2, RG n° 08/00734.

Selon la réponse apportée à la question soumise à la Cour, l'assignation de l'époux devra donc être ou non déclarée irrecevable. La question commande bien l'issue du litige.

2. - Une question nouvelle

La question ne porte pas sur l'application d'un texte nouveau. En effet, l'ancien article 1076 du code de procédure civile, issu du décret n° 81-500 du 12 mai 1981, a été repris à l'identique par le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale.

Comme il vient d'être exposé, l'impossibilité pour un époux de substituer une demande en divorce à une demande en séparation de corps existait même en jurisprudence avant la loi du 11 juillet 1975, en application de l'article 239, alinéa 2, du code civil, *a contrario*.

Toutefois, il existe deux aspects de la nouveauté : la question est nouvelle soit parce qu'elle est suscitée par l'application d'un texte nouveau, soit parce que, suscitée par un texte ancien, elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation, statuant sur un pourvoi⁷ ou une précédente demande d'avis⁸.

Il a été rappelé, dans un arrêt du 16 avril 2008 (1^{re} Civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 07-14.891, *Bull.* 2008, I, n° 110), au visa de l'article 1076, alinéa 2, du code civil, que l'époux qui avait formé une demande en séparation de corps ne pouvait lui substituer une demande en divorce. En conséquence, l'époux qui avait formé une demande initiale en séparation de corps ne pouvait lui substituer une demande reconventionnelle en divorce après que son conjoint eut formé une demande reconventionnelle en divorce.

À l'inverse, l'époux qui a formé une demande en divorce peut lui substituer, même en appel, une demande en séparation de corps, ce qui a été rappelé très récemment par la première chambre civile (1^{re} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-22.362, *Bull.* 2013, I, n° 180).

Il a également été jugé que l'irrecevabilité de la demande principale en divorce pour faute, par application de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, avait pour effet de rendre irrecevable la demande reconventionnelle en divorce formée par l'autre époux, en raison de l'indivisibilité des demandes en matière de divorce (1^{re} Civ., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-19.881, *Bull.* 2005, I, n° 189).

Mme Trassoudaine-Verger, rapporteur, indiquait dans son rapport : « *Les juridictions du fond ont déjà jugé que l'interdiction édictée par l'article 1076 du nouveau code de procédure civile ne vise que l'auteur de la demande. En conséquence, à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint est en droit d'assigner lui-même en divorce, d'autant que l'article 1113 du nouveau code de procédure civile n'impose pas que la procédure finale soit la même que la procédure d'origine (Cf. Juris-Classeur, fasc. 310, n° 37, joint pour les références citées, dont TGI Bourgoin-Jallieu, en sens contraire).* »

Mais aucun de ces arrêts n'a répondu à la question posée, qui ne porte pas sur la substitution par le même époux d'une demande en divorce à sa demande initiale en séparation de corps, mais sur la possibilité pour l'autre époux d'assigner en divorce sur une requête initiale en séparation de corps.

Enfin, dans un avis du 3 avril 2006⁹, la Cour de cassation a dit que « *Lorsqu'une demande en séparation de corps pour faute a été formée avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et qu'une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal est formée sur le fondement de la loi nouvelle, il y a lieu d'examiner en premier lieu la demande en divorce, en application du premier alinéa de l'article 297-1 du code civil.* »

Toutefois, cet avis portait sur les dispositions transitoires de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et sur la priorité accordée par l'article 297-1 du code civil à l'examen de la demande en divorce lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, étant observé que la possibilité de former une demande reconventionnelle en divorce en réponse à une demande initiale en séparation de corps résulte expressément de l'article 297 du code civil, comme il sera exposé ci-dessous.

3. - Une question sérieuse

La demande d'avis ne peut porter que sur des questions pour lesquelles plusieurs réponses peuvent être raisonnablement envisagées, de sorte qu'il existe un risque réel de contrariété de jurisprudence.

L'examen de la jurisprudence des juges du fond montre que la réponse apportée à la question soumise à la Cour n'est pas uniforme.

En effet, alors que certaines décisions admettent la recevabilité de l'assignation en divorce délivrée par le conjoint du requérant initial en séparation de corps, d'autres excluent cette possibilité.

Dans le sens d'une recevabilité, on citera notamment les deux décisions commentées par la doctrine, à savoir le jugement du tribunal de grande instance d'Albertville du 31 mai 1988¹⁰ et celui du tribunal de grande instance de La Rochelle du 12 juillet 1995¹¹, qui retiennent qu'à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint est en droit d'assigner lui-même en divorce. Selon ces décisions, l'article 1113 du code de procédure civile, qui autorise en ce cas le conjoint à assigner le demandeur initial et à requérir un jugement sur le fond, ne dit pas que ce jugement sur le fond doit tendre uniquement au prononcé de la procédure visée dans la requête initiale.

⁷ Avis de la Cour de cassation, 29 avril 2002, n° 02-00.002 (non publié au *Bulletin civil*) ; 10 janvier 2011, n° 10-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n° 1.

⁸ Avis de la Cour de cassation, 6 octobre 2008, n° 08-00.010, *Bull.* 2008, Avis, n° 3.

⁹ Avis de la Cour de cassation, 3 avril 2006, n° 06-00.002, *Bull.* 2006, Avis, n° 2.

¹⁰ Tribunal de grande instance d'Albertville, 31 mai 1988, *Defrénois* 1988, article 34350, p. 1293, obs. J. Massip.-

¹¹ Tribunal de grande instance de La Rochelle, 12 juillet 1995, *Juris-Data* n° 1995-053307.

Dans le même sens, il convient de citer un arrêt de la cour d'appel de Poitiers du 1^{er} septembre 2010¹², un arrêt de la cour d'appel de Douai du 14 avril 2011¹³ et, plus récemment, un arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 3 avril 2013¹⁴.

Ces décisions retiennent que l'interdiction posée par l'article 1076 du code de procédure civile concerne la partie qui a engagé une procédure en séparation de corps et qu'en application conjuguée de l'article 297 du code civil et de l'article 1113 du code de procédure civile, il convient d'admettre qu'à défaut par l'époux demandeur de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint est en droit d'assigner lui-même en divorce.

Dans le sens de l'impossibilité pour l'époux d'assigner en divorce sur une requête en séparation de corps de son conjoint, c'est le jugement du tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu du 27 février 1981¹⁵ qui est cité par la doctrine. Selon cette décision, l'époux qui assigne doit se conformer aux termes de l'ordonnance de non-conciliation. Dès lors, en présence d'une ordonnance autorisant une assignation en séparation de corps rendue à la requête de l'époux, l'épouse ne pourrait assigner en divorce.

Dans le même sens, un jugement du tribunal de grande instance de Nanterre du 19 mars 1997¹⁶ a retenu que l'autorisation d'assigner délivrée par le juge aux affaires familiales était toujours donnée pour une procédure particulière, divorce ou séparation de corps, de sorte que la demande en divorce d'un époux sur le fondement d'une ordonnance de non-conciliation autorisant les époux à assigner en séparation de corps était irrecevable.

Ont également statué en ce sens la cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 6 novembre 2001¹⁷, la cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 15 octobre 2002¹⁸, la cour d'appel de Besançon, dans deux arrêts des 2 février et 14 juin 2012¹⁹, et la cour d'appel de Douai, dans un arrêt très récent du 5 décembre 2013²⁰.

La cour d'appel de Paris, après avoir, dans un arrêt du 7 septembre 2000²¹, jugé que l'interdiction posée par l'article 1076 du code de procédure civile concernait la partie qui avait engagé la procédure en séparation de corps et n'interdisait pas à l'autre époux d'assigner en divorce, a décidé très récemment²² que, l'épouse ayant déposé une requête en séparation de corps et les époux ayant été autorisés à introduire l'instance en séparation de corps, le mari ne pouvait assigner en divorce.

La doctrine est également partagée.

C. Watine-Drouin²³ indique que : « l'interdiction édictée par l'article 1076 du code de procédure civile vise l'auteur de la demande. En conséquence, certaines juridictions avaient, avant la réforme, considéré qu'à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint était en droit d'assigner lui-même en divorce (tribunal de grande instance d'Albertville, 31 mai 1988 : Defrénois 1988, article 34350, p. 1293, observations J. Massip. - tribunal de grande instance de La Rochelle, 12 juillet 1995 : Juris-Data n° 1995-053307 ; RTD civ. 1996, p. 587, observations J. Hauser. - CA Paris, 7 septembre 2000 : Juris-Data n° 2000-125474). D'autres juridictions lui avaient en revanche dénié une telle faculté (tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu, 27 février 1981 : D. 1983, inf. rap., p. 33, observations J. Groslière. - tribunal de grande instance de Nanterre, 19 mars 1997 : Juris-Data n° 1997-045012 ; Droit de la famille 1997, commentaire n° 178, observations H. Lécuyer). La controverse reste là encore ouverte car la rédaction de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile n'a pas été modifiée ».

De même, A. Breton et J. Bouton²⁴ exposent que :

« En matière d'assignation, la jurisprudence n'est pas uniforme concernant l'application de cette interdiction. Ainsi, il a été jugé que, lorsqu'une autorisation d'assigner concerne la séparation de corps, une assignation en divorce est irrecevable, même lorsqu'il s'agit de l'époux qui n'est pas le bénéficiaire de l'autorisation d'assigner (tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu, 27 février 1981, D. 1983, IR. 33, observations Groslière), ou encore que lorsque le demandeur, dans une procédure de séparation de corps pour faute, n'assigne pas son conjoint dans le délai de trois mois de l'ordonnance de non-conciliation, le défendeur ne peut, à la veille de la péremption des mesures provisoires, assigner son conjoint en divorce (tribunal de grande instance de Nanterre, 19 mars 1997, Droit de la famille 1997, n° 178, note critique Lécuyer). Deux jugements traitant de cette même question y ont fort heureusement apporté une réponse inverse (tribunal de grande instance d'Albertville, 31 mai 1988, Defrénois 1988, 1293, observations Massip. - TGI La Rochelle, 12 juillet 1995, Juris-Data, n° 053307 ; RTD civ. 1996, 587, observations Hauser). »

Deux approches peuvent donc être raisonnablement soutenues.

¹² Cour d'appel de Poitiers, chambre civile 4, 1^{er} septembre 2010, RG n° 09/01035.

¹³ Cour d'appel de Douai, chambre 7, section 2, 14 avril 2011, RG n° 10/07295.

¹⁴ Cour d'appel de Nîmes, chambre civile 2C, 3 avril 2013, RG n° 12/00140.

¹⁵ Tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu, 27 février 1981, *Recueil Dalloz* 1983, informations rapides, p. 33, obs. J. Groslière.

¹⁶ Tribunal de grande instance de Nanterre, 19 mars 1997, Juris-Data n° 1997-045012.

¹⁷ Cour d'appel de Grenoble, 6 novembre 2001, RG n° 00/04816.

¹⁸ Cour d'appel de Bordeaux (chambre 6), 15 octobre 2002, RG n° 00/01693.

¹⁹ Cour d'appel de Besançon, 2 février 2012, RG n° 10/01053, et 14 juin 2012, RG n° 11/01278.

²⁰ Cour d'appel de Douai (chambre 7, section 1), 5 décembre 2013, RG n° 13/01751.

²¹ Chambre 24, section C, 7 septembre 2000, RG n° 2000/02328, Juris-Data n° 2000-125474.

²² Cour d'appel de Paris, 2 juillet 2013, pôle 3, chambre 2, RG n° 08/00734.

²³ *Juris-Classeur Civil* - articles 296 à 304 - Fasc. unique : « séparation de corps - causes - procédure - effets », date de fraîcheur : 15 mai 2009, spéc. n° 38.

²⁴ *Répertoire civil Dalloz*, « séparation de corps - actualisation », par E. Fortis - janvier 2013, spéc. n° 84.

4. - Une question se posant dans de nombreux litiges

Les demandes en séparation de corps sont très nettement inférieures aux demandes en divorce, puisque le nombre de séparations de corps prononcées est de moins de 4 000 par an²⁵, alors que le nombre de divorces prononcés est de plus de 130 000 par an.

La séparation de corps n'a donc pas, et de loin, l'importance du divorce, mais elle convient toujours à certains couples qui souhaitent être dispensés de l'obligation de cohabiter sans dissoudre le lien matrimonial. « *C'est sans doute pour cette raison que le législateur de 2004, pas plus que son prédécesseur, ne s'est risqué à la supprimer* »²⁶.

S'il n'est pas possible de disposer de statistiques sur la fréquence des hypothèses semblables à celle actuellement en instance devant le juge aux affaires familiales de La Rochelle, les décisions rendues par les juges du fond témoignent de l'existence d'un contentieux en la matière. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que la question posée est une question de droit nouvelle qui conditionne l'issue du litige. Si la Cour de cassation estime que, posant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, elle entre dans les prévisions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, ces considérations pourraient justifier un examen au fond de la question posée.

III. - Éléments de réponse à la question posée

Nous verrons que la similitude des causes et des procédures de divorce et de séparation de corps (A) a conduit le législateur à prévoir des mécanismes d'articulation entre ces deux modes de rupture, qui ne sont pas toujours d'une parfaite cohérence (B).

A. - Les procédures de divorce et de séparation de corps

Si les procédures de divorce et de séparation de corps sont similaires (1), leurs effets diffèrent quant au lien matrimonial, dissous dans un cas et simplement relâché dans l'autre (2).

1. - Deux procédures similaires

La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce n'a pas remis en cause les similitudes procédurales existant sous l'empire des textes antérieurs entre les procédures de divorce et de séparation de corps.

Selon l'article 296 du code civil, la séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce.

Ainsi, la séparation de corps peut, comme le divorce, être prononcée pour consentement mutuel, demande acceptée, altération définitive du lien conjugal ou faute (article 229 du code civil).

Il résulte de l'article 298 du code civil que les règles relatives à la procédure de divorce sont applicables à la procédure de séparation de corps.

Ce principe est rappelé à l'article 1129 du code de procédure civile, qui dispose que « *la procédure de la séparation de corps obéit aux règles prévues pour la procédure de divorce* ».

La procédure de divorce par consentement mutuel est particulière puisqu'il s'agit d'une procédure gracieuse (article 1088 du code de procédure civile), qui repose sur l'accord des époux, tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. Le juge est saisi par une requête conjointe des époux, requête unique à laquelle est annexée la convention de divorce réglant les conséquences du divorce (articles 250 du code civil, 1089 et 1092 du code de procédure civile). Cette convention est homologuée par le juge, qui prononce le divorce « *s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé* » (article 232 du code civil).

La séparation de corps par consentement mutuel est possible, mais elle se situe hors du champ de la question posée, laquelle vise expressément les procédures contentieuses, qui se déroulent en deux étapes, la première étape centrée autour de la tentative de conciliation et la seconde, l'étape contentieuse, introduite par l'assignation.

L'une des originalités de la procédure de divorce (ou de séparation de corps) contentieux est en effet la division de la procédure en deux parties : la première, phase préparatoire, le « *tronc commun procédural* » institué par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce²⁷, et la seconde, l'instance proprement dite, donnant lieu au jugement de divorce (ou de séparation de corps). Si la procédure débute par l'acte unilatéral d'un époux, la requête initiale, l'instance est introduite par une assignation ou une requête conjointe, conformément aux règles applicables à la procédure contentieuse devant le tribunal de grande instance.

a) le tronc commun procédural

Le juge aux affaires familiales est saisi par une requête initiale qui ne doit pas indiquer les motifs du divorce ou de la séparation de corps (articles 251 du code civil et 1106 du code de procédure civile). Il convoque les époux pour tenter de les concilier et, à défaut, prescrit les mesures provisoires.

Dans l'ordonnance de non-conciliation, le juge autorise les époux à introduire l'instance et leur rappelle les délais pour ce faire.

²⁵ En 2010, les juges aux affaires familiales ont été saisis de 3 387 demandes en séparation de corps et les cours d'appel de 249 demandes (secrétariat général - service support et moyens du ministère - sous-direction de la statistique et des études, annuaire statistique de la justice, édition 2011-2012, La Documentation française 2012, spéc. p. 47).

²⁶ S. Del Arco et J.J. Lemouland, « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2005, étude 5 ; v. également l'objectif du législateur de « *préserver une pluralité des réponses judiciaires aux attentes des couples* », exposé des motifs de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

²⁷ V. Exposé des motifs de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

L'article 1111 du code de procédure civile précise :

« Lorsqu'il constate, après avoir entendu chacun des époux sur le principe de la rupture, que le demandeur maintient sa demande, le juge rend une ordonnance par laquelle il peut soit renvoyer les parties, conformément à l'article 252-2 du code civil, à une nouvelle tentative de conciliation, soit autoriser immédiatement les époux à introduire l'instance en divorce.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner tout ou partie des mesures provisoires prévues aux articles 254 à 257 du code civil.

Lorsqu'il autorise à introduire l'instance, le juge rappelle dans son ordonnance les délais prévus à l'article 1113 du présent code ».

b) l'instance

C'est l'assignation en divorce (ou en séparation de corps) qui introduit l'instance. Ainsi, l'article 257-1 du code civil dispose qu'après l'ordonnance de non-conciliation, un époux peut « *introduire l'instance* », et l'article 257-2 précise qu'à peine d'irrecevabilité, la « *demande introductive d'instance* » comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.

Cette instance est en principe « *formée, instruite et jugée selon la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance* » (article 1114 du code de procédure civile).

Des particularités distinguent toutefois la procédure de divorce des autres procédures :

- les délais et l'autorisation d'assigner : l'autorisation d'assigner est accordée par le juge aux affaires familiales dans l'ordonnance de non-conciliation et des délais sont imposés aux époux.

Ainsi, selon l'article 1113 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 :

« Dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner en divorce.

En cas de réconciliation des époux ou si l'instance n'a pas été introduite dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance, toutes ses dispositions sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance ».

Dans les trois mois de l'ordonnance de non-conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut donc assigner son conjoint. Mais, à défaut pour lui d'avoir agi dans ce délai, l'autre époux peut également délivrer l'assignation, et ce, pendant les vingt-sept mois qui suivent. Les deux époux ont donc la possibilité d'agir, passé le délai de trois mois. La loi du 26 mai 2004 a prévu un délai aussi long afin de permettre à l'époux demandeur de réaliser le délai de deux ans de séparation nécessaire pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Ces principes sont rappelés par la circulaire du 23 novembre 2004 de présentation de la loi relative au divorce²⁸ :

« La réforme a conservé la règle selon laquelle, pendant les trois mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner (article 1113 du nouveau code de procédure civile, issu de l'ancien article 1111 du même code).

À l'expiration de ce délai, cette faculté est ouverte à l'époux le plus diligent. En effet, l'autorisation d'introduire l'instance accordée par le juge dans l'ordonnance de non-conciliation vise désormais les deux époux, et non plus seulement celui des deux qui a déposé la requête initiale (article 1111 nouveau).

Il convient toutefois d'observer que le premier alinéa de l'article 1113 ne vise que « l'assignation » en divorce formée par un époux et non « l'introduction de l'instance ».

Ainsi, le privilège reconnu au requérant pour assigner dans les trois mois de l'ordonnance de non-conciliation ne s'applique pas à la requête conjointe, laquelle peut être présentée par les époux immédiatement après l'ordonnance de non-conciliation ».

- l'introduction de l'instance : c'est seulement à l'issue de la tentative de conciliation que l'assignation précisera le fondement choisi. Un époux peut alors choisir l'un des trois cas de divorces contentieux. En principe, l'acte introductif d'instance est une assignation, mais les époux peuvent également introduire l'instance par requête conjointe lorsqu'à l'audience de conciliation, ils ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du code civil.

L'assignation contient les mentions obligatoires des articles 56 et 752 du code de procédure civile.

La circulaire d'application du 23 novembre 2004 expose sur ce point²⁹ :

« L'introduction de l'instance peut, conformément aux dispositions prévues en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance, s'effectuer par assignation ou par requête conjointe.

Cette dernière présente un intérêt particulier en matière de divorce accepté. Le recours à la requête conjointe est même obligatoire lorsque les époux s'accordent après l'ordonnance de non-conciliation sur le prononcé d'un divorce sans considération des faits à l'origine de la rupture ».

²⁸ Circulaire (n° NOR : JUS-C-0420849 C-CIV / 16 / 04) du 23 novembre 2004 de présentation de la loi relative au divorce, du décret portant réforme de la procédure en matière familiale et du décret fixant les modalités de substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire, 2.1.5.1, Introduction de l'instance, n° 40, a, « délais ».

²⁹ Circulaire précitée, n° 41, b, « forme ».

Elle précise ensuite³⁰ :

Le demandeur peut introduire l'instance pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute (article 257-1 du code civil). Son choix doit porter sur l'un seul de ces cas, sans possibilité de demande subsidiaire. Une telle demande, si elle était toutefois formulée dans l'assignation, ne saisirait pas le juge (article 1077 du nouveau code de procédure civile). »

La question posée par le juge aux affaires familiales de La Rochelle nous invite à examiner les effets de l'autorisation d'assigner donnée par l'ordonnance de non-conciliation : il s'agit d'une autorisation générale, qui ne distingue pas selon les différents cas de divorces contentieux. Mais s'agit-il aussi d'une autorisation donnée pour la séparation de corps comme pour le divorce ?

Le « tronc commun procédural » concerne-t-il tout autant les cas de divorce que les procédures de divorce et séparation de corps ?

Cette question nous conduit à examiner le cas particulier du divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage : une assignation en divorce est-elle possible en cas de requête en séparation de corps et d'ordonnance de non-conciliation ayant constaté l'acceptation par les époux du principe de la séparation de corps ?

c) le cas particulier du divorce accepté

L'article 233 du code civil permet à l'un des époux ou aux deux époux de demander le divorce lorsqu'ils « acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celui-ci ». Il précise que « cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel ».

L'objectif recherché par le législateur de 2004 était de favoriser une plus grande sécurité juridique en évitant la remise en cause dilatoire de l'acceptation du divorce sur le fondement de l'article 233, comme cela pouvait être le cas auparavant, avec le divorce sur double aveu issu de la loi du 11 juillet 1975³¹.

Dans un avis du 9 juin 2008³², la Cour de cassation a rappelé ce principe en affirmant que « l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, sauf vice du consentement ».

En raison de cette acceptation irrévocable, l'article 257-1, alinéa 2, du code civil énonce que « lorsqu'à l'audience de conciliation, les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233, l'instance ne peut être engagée que sur ce même fondement ».

Ainsi, l'article 1123, alinéas 2, 3 et 4, du code de procédure civile précise qu'« à l'audience de conciliation, cette acceptation est constatée immédiatement dans un procès-verbal dressé par le juge et signé par les époux et leurs avocats respectifs. Le juge renvoie alors les époux à introduire l'instance pour qu'il prononce le divorce et statue sur ses effets, la cause du divorce demeurant acquise. Le procès-verbal est annexé à l'ordonnance.

À défaut, chaque époux peut déclarer, par un écrit signé de sa main, qu'il accepte le principe de la rupture du mariage.

Les deux déclarations sont annexées à la requête conjointe introductive d'instance ».

Comme le rappelle la circulaire du 23 novembre 2004, « il n'existe qu'une seule exception à [la] liberté de choisir le cas de divorce. Si, lors de l'audience de conciliation, les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du code civil, l'instance ne peut être introduite que sur ce fondement »³³.

Dès lors, du fait du parallélisme des procédures, si, à l'audience de conciliation, un procès-verbal d'acceptation du principe de la séparation de corps est signé par les époux, sur requête en séparation de corps de l'un d'eux, il semble que l'autre ne puisse assigner en divorce, et ce, quelle que soit la réponse apportée à la question posée, le principe même d'une séparation de corps acceptée étant définitivement acquis³⁴.

2. - Des effets qui diffèrent : relâchement ou dissolution de l'union

La séparation de corps est une dispense judiciaire de l'obligation de vie commune. Contrairement au divorce, elle n'a pas pour conséquence la dissolution du mariage, mais opère seulement un relâchement du lien matrimonial. L'article 299 du code civil l'exprime ainsi : « la séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation ». Il en résulte une « incontestable ambiguïté », une situation « à mi-chemin entre l'état de mariage et l'état de célibat »³⁵.

Pour cette raison, elle a été, pendant longtemps, présentée comme le divorce des catholiques, car elle est compatible avec le dogme de l'indissolubilité du mariage prôné par le droit canonique. Toutefois, elle peut être convertie en divorce, y compris contre le gré d'un époux. Elle est donc souvent aujourd'hui une étape intermédiaire vers le divorce³⁶.

Pour certains auteurs, le législateur de 2004 a contribué à faire évoluer la séparation de corps vers le divorce : « Si la séparation de corps présente toujours un double visage, d'un côté tourné vers le mariage (qu'elle ne dissout

³⁰ Circulaire précitée, n° 42, c, « choix du cas ».

³¹ Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n° 120.

³² Avis de la Cour de cassation, 9 juin 2008, n° 08-00.004, *Bull.* 2008, Avis, n° 4.

³³ À noter également que, selon la majorité de la doctrine, dès lors que l'acceptation du principe de la rupture se concrétise postérieurement à l'ordonnance de non-conciliation, les époux ne peuvent introduire l'instance que par requête conjointe contentieuse, et non par assignation (et ce, en application des alinéas 3 et 4 de l'article 1123. V. notamment Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille*, Defrénois, 3^e éd., n° 668 ; O. Matocq et Y. Favier, *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010, Cas de divorce, n° 132.173, et circulaire du 23 novembre 2004, 2.1.5.1, n° 41 et 50).

³⁴ *Lamy Droit des personnes et de la famille*, partie 3, les couples, titre 2, le divorce, étude 374 - La séparation de corps, spéc. n° 37418.

³⁵ A. Bénabent, *Droit civil, Droit de la famille*, Montchrestien, 2010, spéc. n° 364.

³⁶ P. Courbe, A. Gouttenoire, *Droit de la famille*, Sirey, 6^e éd., 2013, spéc. n° 701.

pas et qui peut être revivifié par la simple reprise de la vie commune), d'un autre côté vers le divorce (dans lequel elle peut se transformer par simple conversion), c'est vers le second que la loi du 26 mai 2004 fait nettement pencher la balance »³⁷.

Certains effets de la séparation de corps sont identiques à ceux du divorce, comme le sort des donations et avantages matrimoniaux (article 304 du code civil).

Les époux n'étant plus tenus de cohabiter, chaque époux recouvre le droit de fixer librement sa résidence, puisqu'il n'y a plus de résidence commune (article 108-1 du code civil). La disparition du devoir de cohabitation est l'effet essentiel recherché généralement par les époux.

De ce fait, « la séparation de corps entraîne toujours séparation de biens » (article 302 du code civil). En effet, le régime de la communauté serait peu adapté à la cessation de la cohabitation.

Mais, pour le reste, les effets de la séparation de corps sont marqués par le maintien du mariage.

Ainsi, la séparation de corps est sans incidence sur le nom, chaque époux conservant l'usage du nom de l'autre, sauf si le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur l'interdit (article 300 du code civil).

La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours, qui prend la forme d'une pension alimentaire ou d'un capital lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur s'y prête (article 303 du code civil). En revanche, la séparation de corps n'ouvre pas droit à une prestation compensatoire.

En cas de décès de l'un des époux, l'autre conserve « les droits que la loi accorde au conjoint survivant » quel que soit le cas de séparation de corps ou la répartition des torts (article 301 du code civil).

Enfin, la séparation de corps prend fin soit en raison de la reprise de la vie commune (article 305 du code civil), soit par sa conversion en divorce selon les modalités prévues aux articles 306 à 308 du code civil, avec une conversion de plein droit lorsque la séparation a duré deux ans.

B. - L'articulation séparation de corps/divorce au regard des dispositions des articles 1076 du code de procédure civile et 297 du code civil

L'interdiction posée par l'article 1076 du code de procédure civile, qui peut apparaître comme la survivance d'une préférence ancienne pour la séparation de corps (1), contraste avec la souplesse prévue par les articles 297 et 297-1 du code civil (2), ainsi que le souligne une partie de la doctrine (3).

1. - La règle édictée par l'article 1076 du code de procédure civile : le maintien d'une « faveur au profit de la solution la moins destructrice » ?

La similitude des causes et des procédures de divorce et de séparation de corps a conduit le législateur à prévoir des « passerelles » entre ces deux modes de séparation.

Ainsi, le demandeur qui présente une demande en divorce peut toujours lui substituer une demande de séparation de corps. Il s'agit d'une dérogation au principe de l'immutabilité de la demande.

En revanche, et c'est l'objet de la question, la substitution inverse est interdite. En application de l'article 1076 du code de procédure civile, il n'est pas possible de transformer une demande initiale en séparation de corps en demande en divorce.

Comme il a été exposé précédemment, cette interdiction est ancienne. On la retrouve en jurisprudence dès 1888 : « les demandes en séparation de corps et en divorce forment deux types de demandes essentiellement distinctes par leurs caractères et le but auquel elles tendent, puisque les premières comportent le maintien du lien conjugal, dont les secondes poursuivent la rupture. Si la demande en divorce comprend virtuellement la demande en séparation de corps, et si le demandeur peut en tout état de cause transformer sa demande en divorce en simple demande en séparation, il en est différemment quand la première instance introduite est une demande en séparation de corps, qui ne saurait être considérée comme comprenant une demande de dissolution du mariage » (Civ., 22 février 1888, DP 1888, 1, p. 223).

Commentant l'arrêt précité du 16 avril 2008 (1^{re} Civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 07-14.891, Bull. 2008, I, n° 110 ; v. déjà en ce sens 2^e Civ., 28 février 1962, Bull. 1962, II, n° 239, D. 1962, p. 293), M. Douchy-Oudot³⁸ explique : « En l'espèce, le mari avait initié une séparation de corps, sa femme ayant opposé une demande en divorce, il entendait substituer à sa demande en séparation une demande en divorce aux torts exclusifs de celle-ci. La Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, refuse la substitution et casse l'arrêt de la cour d'appel. La solution est antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, qui ne l'a pas modifiée. L'idée sans doute est que celui qui intente une action en justice pour demander la séparation de corps n'a pas la volonté de divorcer, mais seulement de distendre le lien conjugal. Pour autant, on soulignera que la présence simultanée d'une demande en séparation de corps et d'une demande en divorce prive, quelle que soit l'hypothèse, le demandeur en séparation de corps du prononcé d'un divorce aux torts exclusifs de celui qui lui aura opposé à titre reconventionnel le divorce ».

Pour les auteurs, la raison d'être de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile réside dans le risque de fraude en cas de substitution par le demandeur d'une demande en divorce à une demande initiale de séparation

³⁷ S. Del Arco et J.-J. Lemouland, « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2005, étude 5.

³⁸ M. Douchy-Oudot, *Recueil Dalloz* 2009, 53.

de corps : « l'interdiction ne s'applique qu'au demandeur lui-même et s'explique par le risque de fraude qui consisterait à offrir une simple séparation à l'autre, à obtenir des concessions en contrepartie et ensuite à transformer la demande en divorce. Le risque n'existe évidemment pas dans [l'autre] hypothèse »³⁹.

Le requérant initial ne peut donc « aggraver » sa demande. Il ne peut que la « réduire »⁴⁰.

J.-J. Lemouland⁴¹ s'interroge toutefois sur « la faveur ainsi maintenue au profit de la solution la moins destructrice », alors que le législateur de 2004 a accordé une primauté au divorce. Il ajoute qu'une partie de la doctrine conteste cette préférence « qui peut sembler dépassée (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7^e éd., 2005, Dalloz, n° 509). Il est vrai que l'une des raisons qui la justifiait a disparu : la procédure de divorce exigeait autrefois la présentation de la requête initiale par l'époux en personne, formalité substantielle qui n'était pas nécessaire pour la séparation de corps. Le souci d'éviter les fraudes permettait de comprendre que le passage fût en sens unique, mais ce n'est plus le cas aujourd'hui ».

J. Massip⁴² s'interroge également sur le bien-fondé de cette solution à l'heure de la « banalisation » du divorce : « On a fait observer que les règles de l'article 1076 avaient une certaine valeur philosophique, dans la mesure où elles allaient dans le sens du maintien du lien conjugal et semblaient sous-entendre que la séparation de corps était préférable au divorce. On faisait aussi valoir que l'interdiction de substituer une demande en divorce à une demande en séparation de corps pouvait se justifier par des raisons pratiques : éviter de remettre en cause certains arrangements auxquels les époux pouvaient être parvenus dans la perspective d'une séparation de corps dont la base se trouverait remise en cause en cas de transformation de la demande initiale en demande en divorce. Mais on peut se demander si ces arguments conservent leur valeur à l'heure actuelle, compte tenu de la banalisation des divorces. Quant aux accords qui auraient pu intervenir entre les époux, ils sembleraient pouvoir être remis en cause si l'objet de la demande se trouvait modifié ».

Cette analyse est partagée par E. Mulon⁴³, qui, commentant l'arrêt du 16 avril 2008, se demande « si ces dispositions, qui témoigneraient de l'attachement du législateur à l'institution du mariage, ne sont pas vieillissantes. Il paraît quelque peu hypocrite aujourd'hui de permettre la substitution d'une demande en séparation de corps à une demande en divorce (article 1076, alinéa 1, du code de procédure civile) et de ne pas permettre l'inverse (article 1076, alinéa 2, du même code), et ce, d'autant que rien n'empêche le demandeur à la séparation de se désister de son action pour engager, finalement, une procédure de divorce. Cette interdiction de substitution qui lui est faite alourdit ainsi la procédure, et entraîne des coûts inutiles. Elle est, de plus, dangereuse, car le conjoint peut, comme en l'espèce, face à la demande en séparation de corps formée, faire une demande reconventionnelle en divorce, par application de l'article 297 du code civil. Et le juge est tenu d'examiner d'abord la demande en divorce, sauf à ce que les deux demandes soient fondées sur la faute, auquel cas le juge les examine toutes les deux, et peut prononcer le divorce aux torts partagés. Les dispositions de l'article 1076, alinéa 2, sont donc clairement de nature à décourager un époux incertain de commencer par une procédure de séparation de corps. À quand donc une réforme de cet article, qui pourrait prévoir, par exemple, que peut être substituée à la demande en séparation de corps une demande en divorce, dès lors que le conjoint a formé une demande reconventionnelle en divorce ? »

Comme exposé par cet auteur, la voie du divorce n'est toutefois pas fermée à l'époux demandeur, qui peut se désister de sa demande en séparation de corps et lui substituer une demande nouvelle et distincte en divorce (Civ., 31 décembre 1928, *DH* 1929, 84). Mais, en cas de contestation relative à ce désistement, il lui faudra attendre que la décision concernant le désistement soit devenue définitive (2^e Civ., 19 juillet 1963, pourvoi n° 61-12.748, *Bull.* 1963, II, n° 555).

Quoi qu'il en soit, l'interdiction de l'article 1076, alinéa 2, s'étend-elle au conjoint de l'époux requérant à la séparation de corps ? La circulaire du 23 novembre 2004 ne contient aucun développement sur la mise en œuvre de l'article 1076 du code de procédure civile et aucun élément de réponse à la question posée dans l'avis. Peut-on trouver des éléments de réponse dans l'article 297 du code civil ?

2. - La souplesse offerte par l'article 297 du code civil et la primauté accordée au divorce par l'article 297-1

L'article 1076 du code de procédure civile n'interdit pas à un époux de former une demande reconventionnelle en divorce, en réponse à une demande principale en séparation de corps, ce que l'article 297 du code civil lui permet expressément.

En effet, aux termes de l'article 297 du code civil :

« L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. Toutefois, lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce. L'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en divorce ».

La solution était identique sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2004, à une réserve près : la demande reconventionnelle en divorce peut désormais être formée non seulement pour faute, mais également pour altération définitive du lien conjugal (article 238, alinéa 2, du code civil), ce qui était antérieurement prohibé (article 241, alinéa 2, ancien du code civil, abrogé).

³⁹ J. Hauser, *Revue trimestrielle de droit civil* 1996, p. 587, « Demandeur et défendeur dans les actions imbriquées en divorce et séparation » ; dans le même sens, J.J. Lemouland, *Répertoire de procédure civile Dalloz* : « séparation de corps », spéc. n° 37, et C. Watine-Drouin, *Juris-Classeur Civil*, articles 296 à 304, fasc. unique : « séparation de corps - causes - procédure - effets », spéc. n° 34.

⁴⁰ A. Bénabent, *Droit civil, Droit de la famille*, Montchrestien, 2010, spéc. n° 363.

⁴¹ préc., n° 39.

⁴² J. Massip, *Defrénois*, 30 septembre 2008, n° 16, article 38829, p. 1833.

⁴³ E. Mulon, *Gazette du Palais*, 25 novembre 2008, n° 330, p. 25.

Par exception, si la demande principale est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre à la séparation de corps : déjà séparé depuis deux ans (article 238 du code civil), le conjoint contre qui la demande est formée ne doit pas être à même de paralyser la demande en divorce, puisqu'il existe désormais un droit à la rupture du lien conjugal⁴⁴.

La circulaire du 23 novembre 2004 rappelle la possibilité d'une demande reconventionnelle dans les deux sens⁴⁵ :

« En principe, l'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en divorce ou en séparation de corps et inversement, l'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande en divorce ou en séparation de corps.

Toutefois, dans la continuité des dispositions de l'article 241 ancien, l'article 297 interdit toute demande reconventionnelle en séparation de corps lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal ».

La demande reconventionnelle ne pouvant être formée qu'une fois l'instance en divorce ou en séparation de corps introduite, l'article 297 du code civil ne permet pas de répondre à la question posée, qui concerne une assignation introduisant l'instance en divorce, alors que la requête initiale visait la procédure de séparation de corps.

Il témoigne toutefois de la souplesse voulue par le législateur dans l'articulation entre les procédures de séparation de corps et de divorce. En effet, si un époux dépose une requête en séparation de corps et assigne en séparation de corps, son conjoint pourra demander reconventionnellement le divorce. En outre, en application de l'article 297-1 du code civil, la demande en divorce sera examinée en priorité et, si elle est jugée fondée, c'est un divorce qui sera prononcé, du fait de la primauté qui lui est désormais accordée⁴⁶.

L'article 297-1 du code civil dispose ainsi que :

« Lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies. À défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.

Toutefois, lorsque ces demandes sont fondées sur la faute, le juge les examine simultanément et, s'il les accueille, prononce à l'égard des deux conjoints le divorce aux torts partagés ».

La circulaire du 23 novembre 2004, précitée⁴⁷, explique que la demande en divorce prime à deux égards :

- *« Quel que soit le fondement respectif de la demande en séparation de corps et de la demande en divorce, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci si les conditions en sont réunies. À défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.*

- *« Quand les deux demandes sont fondées sur la faute, le juge les examine toutes les deux et, s'il les accueille, prononce le divorce aux torts partagés ».*

Ces dispositions s'inscrivent dans l'évolution législative favorable au divorce plutôt qu'à la séparation de corps, l'esprit général des textes étant de ne pas maintenir les époux dans un lien matrimonial dont ils ne veulent plus⁴⁸.

Pour F. Terré et D. Fenouillet⁴⁹, l'interdiction posée par l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile « s'accorde mal avec la solution retenue au sujet de la demande reconventionnelle en divorce admise face à une demande principale en séparation de corps. Certes, l'acte considéré n'est pas le même ; mais il y a quelque anomalie dans une certaine discordance entre le code civil et le code de procédure civile, qui lui est, en quelque sorte, préféré ».

En pratique, interdire à l'époux non requérant à la séparation de corps d'assigner son conjoint en divorce en application de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile peut conduire à bloquer pendant trente mois le divorce, si l'époux requérant n'assigne pas en séparation de corps. En effet, le premier ne peut alors assigner en divorce ni former de demande reconventionnelle à cette fin pendant les trente mois prévus par l'article 1113 du code de procédure civile précité. Il doit attendre que son époux assigne pour porter le débat sur le divorce, avec le risque d'une caducité de toutes les dispositions de l'ordonnance de non-conciliation.

La seule solution, s'il ne veut pas attendre ce délai, est d'engager une nouvelle procédure en divorce, distincte de la première, ce qui suppose une nouvelle tentative de conciliation et une nouvelle ordonnance de non-conciliation, laquelle ne pourra que réitérer la première, sauf éléments nouveaux.

3 - La position de la doctrine

Comme cela a déjà été évoqué⁵⁰, la doctrine n'est pas unanime, même si, dans leur majorité, les auteurs admettent la possibilité pour l'époux non requérant d'assigner en divorce.

J. Massip⁵¹ a commenté le jugement du tribunal de grande instance d'Albertville du 31 mai 1988 précité⁵². Les faits étaient les suivants : l'épouse, qui avait présenté une requête en séparation de corps et été autorisée à assigner par l'ordonnance de non-conciliation, n'avait pas usé de cette autorisation dans les trois mois. Son mari

⁴⁴ Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n° 120.

⁴⁵ Circulaire précitée : IV - séparation de corps - 1.1. présentation des demandes et 1.2. examen des demandes, n° 92.

⁴⁶ Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n° 120 ; A. Bénabent, *Droit civil, Droit de la famille*, Montchrestien, 2010, spéc. n° 363.

⁴⁷ Circulaire précitée, n° 93.

⁴⁸ M. Brusorio, « La nouvelle physiologie du divorce », *La Semaine juridique, édition nationale et immobilière*, n° 39, 24 septembre 2004, 1451, spéc. n° 3 et 20 ; H. Fulchiron, « Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004) », *Deffrénois*, 15 septembre 2004, n° 17, p. 1103 ; J.-J. Lemouland, « La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », *Recueil Dalloz* 2004, p. 1825 ; Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n° 120.

⁴⁹ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil - La famille*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2011, spéc. n° 224.

⁵⁰ Cf. *supra*, II - B - 3.

⁵¹ J. Massip, *Deffrénois* 1988, 1293.

⁵² Cf. *supra*, II - B - 3.

lui avait alors fait délivrer une assignation en divorce dont elle soulevait l'irrecevabilité au motif qu'elle n'avait formé aucune demande en séparation de corps et que, la demande du mari n'étant pas une demande reconventionnelle mais une demande principale, elle ne pouvait être reçue.

Le tribunal a jugé qu'en rapprochant les articles 1113 du code de procédure civile et 297 du code civil, il convenait d'admettre qu'à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint était en droit d'assigner lui-même en divorce.

Pour J. Massip, qui approuve la solution retenue par le tribunal, « *l'interdiction édictée par le deuxième alinéa de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile concerne la partie qui a engagé une procédure en séparation de corps. Elle peut se justifier au plan pratique par l'idée que le défendeur a pu, parce que son conjoint ne demandait que la séparation de corps, consentir certaines concessions qu'il n'aurait pas faites en cas de demande en divorce. Cette raison ne peut être mise en avant lorsque la demande en divorce émane de l'époux défendeur. Et il est logique d'admettre, comme l'a fait le tribunal d'Albertville, que la disposition de l'article 297 du code civil, qui permet justement à l'époux défendeur de riposter à une demande en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce, doit être étendue au cas où l'époux qui a pris l'initiative du divorce s'abstient d'assigner son conjoint. Admettre la solution inverse obligerait l'époux qui n'a pas présenté la requête à en présenter lui-même une et à provoquer une nouvelle tentative de conciliation, ce qui aboutirait à un alourdissement totalement inutile de la procédure* ».

Rappelant que, sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 11 juillet 1975, non seulement la substitution d'une demande en divorce à une demande en séparation de corps était interdite, mais encore, qu'il ne pouvait être répondu à une demande en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce, il explique que ces solutions étaient alors justifiées par des différences procédurales qui ont aujourd'hui disparu et, de façon plus profonde, par l'idée qu'il convenait de décourager par tous les moyens, y compris procéduraux, les époux de recourir au divorce. Ces solutions ayant, depuis, perdu beaucoup de leur force, il estime que « *l'article 1076 du nouveau code de procédure civile maintient quelque chose du droit ancien ; il apparaît comme un ultime « coup de chapeau » au mariage, et on peut se demander s'il ne constitue pas une sorte de survivance historique. Toutes choses qui nous paraissent militer à l'encontre de la conception extensive de ce texte soutenue par l'épouse dans la présente affaire, solution extensive qui aurait eu pour conséquence de ressusciter les embûches procédurales du passé* ».

H. Lecuyer⁵³ a émis les mêmes réserves en commentant le jugement du tribunal de grande instance de Nanterre du 19 mars 1997 précité⁵⁴, ayant retenu que l'autorisation d'assigner délivrée par le juge aux affaires familiales était donnée pour une procédure particulière, de sorte que la demande en divorce de l'épouse sur le fondement d'une ordonnance de non-conciliation autorisant les époux à assigner en séparation de corps était irrecevable. Il soutient que « *l'article 1113 du nouveau code de procédure civile ne s'oppose nullement à ce que le défendeur initial assigne en divorce : l'article ne distingue pas et autorise simplement le défendeur à requérir un jugement sur le fond. Comme l'avait souligné en son temps le tribunal de La Rochelle, rien dans le texte de l'article 1113 ne dit que la procédure finale doit être la même que la procédure d'origine (v. J. Hauser, obs. préc.). On ne doit pas pouvoir non plus opposer à la demande du conjoint défendeur les dispositions de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile. Le tribunal de Nanterre en livre, selon nous, une interprétation trop amplifiante en posant que ce texte interdit de substituer à titre principal une demande en divorce à une demande en séparation de corps. Comme l'a si bien souligné M. Massip, « l'interdiction édictée par le deuxième alinéa de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile concerne la partie qui a engagé une procédure en séparation de corps » [...] En conclusion, ni l'article 1113 ni l'article 1076 du nouveau code de procédure civile ne constituent des obstacles à la recevabilité de la demande en divorce du défendeur, dans l'hypothèse soumise au tribunal* ».

Il convient toutefois de préciser que l'article 1113 du code de procédure civile ancien, issu du décret n° 81-500 du 12 mai 1981, a été modifié par le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004. Il était alors ainsi rédigé : « *Si l'époux n'a pas usé de l'autorisation d'assigner dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, son conjoint pourra, dans un nouveau délai de trois mois, l'assigner lui-même et requérir un jugement sur le fond. Si l'un ou l'autre des époux n'a pas saisi « le juge aux affaires familiales » (mod. D. n° 94-42, 14 janvier 1994) à l'expiration des six mois, les mesures provisoires seront caduques* ».

Il n'était donc pas fait référence à une « assignation en divorce », comme c'est le cas aujourd'hui dans l'article 1113, alinéa premier, du code de procédure civile (ainsi que dans l'article 1111, alinéa premier, du même code)⁵⁵.

Néanmoins, l'analyse de A. Breton et J. Bouton⁵⁶ est la même, alors qu'ils commentent les textes actuels :

« *dans l'hypothèse où un époux demandeur dans une procédure de séparation de corps pour faute n'assigne pas son conjoint dans le délai de trois mois, il semblerait logique, ainsi que l'ont affirmé les jugements d'Albertville et de La Rochelle, que le défendeur initial puisse prendre l'initiative et assigner son conjoint, non en séparation de corps, mais en divorce. En effet, selon l'article 1113, alinéa 2, du code de procédure civile : « En cas de réconciliation des époux ou si l'instance n'a pas été introduite dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance, toutes ses dispositions sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance ». Figurant au titre des règles relatives au divorce demandé par un époux, cet article s'applique en matière de séparation de corps, puisque celle-ci est soumise aux règles prévues pour la procédure du divorce (article 1129 du code de procédure civile). Comme le constatent H. Lecuyer (note crit. préc.) et J. Hauser (obs. préc.), l'article 1113 ne s'oppose pas à ce que le défendeur initial assigne en divorce. De plus [...], l'interdiction posée par l'alinéa 2 de [l'article 1076],*

⁵³ H. Lecuyer, *Droit de la famille* 1997, commentaire 178.

⁵⁴ Cf. *supra*, II - B - 3.

⁵⁵ Cf. *supra*, III - A - 1, les articles 1113 et 1111 du code de procédure civile.

⁵⁶ A. Breton et J. Bouton, *Répertoire civil Dalloz*, « séparation de corps », actualisation par E. Fortis, janvier 2013, spéc. n° 84.

à savoir l'interdiction de substituer une demande en divorce à une demande en séparation de corps, ne vise, comme l'a démontré J. Massip (obs. préc.), que la partie qui a engagé une procédure de séparation de corps, et non le conjoint défendeur à cette action. L'article 1113 du code de procédure civile n'exige pas que la procédure finale soit la même que la procédure initiale. Mais comme l'assignation détermine la demande introductive d'instance, il appartient à l'époux ex-défendeur qui assigne de le faire sur la base d'une autorisation conforme, et non sur la base d'une autorisation qui aurait été prévue pour une autre cause (raisonnement procédural tenu par Huet-Weiller, in Hauser et Huet-Weiller, op. cit., n° 354). Ainsi donc, les articles 1113 et 1076 du code de procédure civile ne s'opposent pas, dans le cas de figure indiqué, à la recevabilité de la demande en divorce du défendeur. Donc l'interdiction instituée par l'article 1076 du code de procédure civile ne concerne que l'époux auteur de la demande initiale ».

De même, selon J. Hauser⁵⁷ :

« L'article 1113 du nouveau code de procédure civile prévoit qu'en cas de non-usage par le demandeur de l'autorisation d'assigner dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, le défendeur peut assigner à son tour dans un délai de trois mois. En somme, il va user de l'autorisation d'assigner dont l'autre n'avait pas profité. Mais si l'autorisation d'origine visait une procédure précise de séparation, le défendeur est-il tenu par cette qualification ? En un mot si, par exemple, le demandeur avait obtenu l'autorisation d'assigner en séparation de corps, l'autre pourrait-il assigner en divorce ? C'est la solution qui avait été retenue par le tribunal d'Albertville le 31 mai 1988 [...] et qui vient d'être réaffirmée par le tribunal de La Rochelle (12 juillet 1995, inédit). Le tribunal constate que rien dans le texte de l'article 1113 du nouveau code de procédure civile ne dit que la procédure finale doit être la même que la procédure d'origine et que l'article 297 du code civil autorise l'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps à former une demande reconventionnelle en divorce. Il serait inutile, a-t-on soutenu, d'obliger le premier défendeur à initier une nouvelle procédure pour obtenir le divorce. Pourtant, on a pu parfois invoquer l'article 1076 du nouveau code de procédure civile, qui interdit à l'époux qui a introduit une demande en séparation de lui substituer une demande en divorce (rapp. tribunal de grande instance Bourgoin-Jallieu, 27 février 1981, D. 1983, IR, 33, obs. Groslière), mais, comme on l'a remarqué (obs. Massip, préc.), l'interdiction ne s'applique qu'au demandeur lui-même [...]. En réalité, l'argumentation inverse (soutenue par D. Huet-Weiller in Hauser et Huet-Weiller, vol. 2, n° 354) repose sur un strict raisonnement procédural selon lequel, l'assignation déterminant la demande introductive d'instance, c'est désormais l'époux ex-défendeur qui assigne, et on voit mal comment il peut assigner sur la base d'une autorisation qui avait été prévue pour une autre cause ».

Cette argumentation inverse, soutenue par D. Huet-Weiller⁵⁸, est la suivante :

« L'instance judiciaire proprement dite débute par une assignation du défendeur devant le tribunal de grande instance qui, outre les prescriptions habituelles, doit viser l'ordonnance du juge aux affaires matrimoniales portant permis de citer et s'y conformer sous peine d'irrecevabilité. Aussi faut-il considérer comme irrecevable la demande principale de la femme et par voie de conséquence la demande reconventionnelle du mari tendant l'une et l'autre au prononcé du divorce lorsque la femme avait été autorisée à assigner en séparation de corps (2^e Civ., 7 juillet 1983 : JCP, 1983, IV, 298). La même solution s'impose, à notre sens, lorsque l'assignation est délivrée non pas par le requérant initial, mais par son conjoint (en ce sens, tribunal de grande instance Bourgoin-Jallieu, 27 février 1981 : D. 1983, IR, 33, obs. Groslière).

L'opinion contraire a, il est vrai, été retenue par une décision (tribunal de grande instance Albertville, 31 mai 1988 : Rép. Defrénois 1988, p. 1293, obs. Massip), et son commentateur l'approuve en invoquant les dispositions de l'article 297 du code civil, qui permettent de riposter à une demande en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce. Mais il s'agit précisément de déterminer la position procédurale du conjoint qui utilise le permis de citer délivré à l'autre. Si l'on s'en tient à la doctrine dominante qui voit dans l'assignation la demande introductive d'instance, c'est l'époux qui assigne (et non le requérant initial) qui devient le demandeur principal, et il doit à ce titre respecter les termes de l'ordonnance de non-conciliation. Il ne saurait donc utiliser une autorisation d'assigner à une fin autre que celle pour laquelle elle a été accordée ».

N. Fricéro⁵⁹ explique également que l'instance judiciaire proprement dite débute en principe par une assignation du défendeur devant le juge aux affaires familiales, qui doit « viser l'ordonnance du juge aux affaires familiales portant permis de citer et s'y conformer sous peine d'irrecevabilité (2^e Civ., 7 juill. 1983 : JCP 1983, G, IV, 298). À cet égard, le défendeur ne saurait assigner en divorce, si la requête initiale et l'ordonnance de non-conciliation visent la séparation de corps (tribunal de grande instance Bourgoin-Jallieu, 27 février 1981 : D. 1983, inf. rap., p. 33, obs. Groslière) ».

L'argumentation développée par ces auteurs tient notamment au fait que l'assignation doit viser, à peine d'irrecevabilité, l'ordonnance de non-conciliation et s'y conformer.

Au soutien de leur analyse, ils visent un seul arrêt, celui de la deuxième chambre civile du 7 juillet 1983 (pourvoi n° 82-10.352, Bull. 1983, II, n° 148), lequel approuve une cour d'appel qui, après avoir déclaré irrecevable la demande principale de l'épouse ayant assigné son mari en divorce alors qu'elle avait été autorisée à l'assigner en séparation de corps, a, par voie de conséquence, déclaré irrecevable la demande reconventionnelle en divorce du mari, dès lors que la femme avait conclu en ce sens, une telle énonciation impliquant que la femme n'avait pas, sur la demande reconventionnelle, accepté la juridiction du tribunal saisi :

« Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué, qui a déclaré irrecevable la demande principale en divorce pour faute de Mme X..., d'avoir, par voie de conséquence, déclaré irrecevable la demande reconventionnelle en divorce du

⁵⁷ J. Hauser, « Demandeur et défendeur dans les actions imbriquées en divorce et séparation », *Revue trimestrielle de droit civil* 1996, p. 587.

⁵⁸ J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil* (ss. dir. J. Ghestin), La famille - Dissolution de la famille, LGDJ, 1991, spéc. n° 354.

⁵⁹ *Juris-Classeur Divorce* - Cote : 05, 2012, fasc. 140 : « procédure de divorce Introduction et déroulement de l'instance - Jugement et voies de recours », date de fraîcheur : 24 juillet 2012, spéc. n° 5.

mari, alors, d'une part, que la demande reconventionnelle, lorsqu'elle ne constitue pas seulement une demande incidente, serait recevable, quand bien même la demande principale ne le serait pas, que tel serait le cas d'une demande reconventionnelle en divorce, formée sur une demande en divorce ou en séparation de corps [...] ;

Mais attendu qu'après avoir déclaré irrecevable la demande principale de Mme X..., qui, autorisée à assigner son mari en séparation de corps, l'avait assigné en divorce, l'arrêt relève que la femme avait conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle en conséquence de l'irrecevabilité de sa propre demande ; que, par ces énonciations, d'où il résulte que Mme X... n'avait pas, sur la demande reconventionnelle, accepté la juridiction du tribunal saisi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Comme le reflète le moyen, cet arrêt porte sur la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle en présence d'une irrecevabilité de la demande principale. La question de l'irrecevabilité de l'assignation en divorce sur le fondement d'une autorisation d'assigner donnée pour une séparation de corps n'était pas posée par le moyen. En outre, l'irrecevabilité de l'assignation en divorce de l'épouse, qui avait initialement formé une requête en séparation de corps, ne résultait-elle pas de l'application de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 81-500 du 12 mai 1981, et de la jurisprudence antérieure à ce décret ?

Doit-on généraliser les enseignements de cet arrêt et en déduire que l'assignation doit toujours se conformer à l'ordonnance de non-conciliation, à peine d'irrecevabilité ?

À cet égard, l'article 1076, alinéa premier, du code de procédure civile constituerait une dérogation à ce principe, puisqu'il autorise expressément l'époux qui a présenté une requête initiale en divorce à assigner en séparation de corps. Dans cette hypothèse, il ne se conforme donc pas à l'autorisation d'assigner qui lui a été donnée pour une procédure de divorce.

Surtout, cette analyse, fondée sur un arrêt de 1983, est-elle encore d'actualité aujourd'hui, alors que la réforme de 2004 a créé un « *tronc commun procédural* » pour toutes les procédures et une dissociation très nette entre les deux phases de la procédure : la phase de conciliation, d'une part, sans aucun examen des causes du divorce ou de la séparation de corps, et l'instance contentieuse, d'autre part, qu'elle soit de divorce ou de séparation de corps ?

En conclusion, si la Cour estime la demande d'avis recevable, elle devra trancher entre deux approches :

- l'une, fondée sur l'absence d'interdiction instituée par l'article 1076 du code de procédure civile pour l'époux de l'auteur de la requête initiale, sur la souplesse offerte par le législateur dans l'article 297 du code civil et la primauté désormais accordée au divorce ;
- l'autre, fondée sur une interprétation stricte du cadre procédural résultant de l'ordonnance de non-conciliation, dont il résulterait que l'autorisation d'assigner est donnée pour une procédure, à l'exclusion de l'autre.

C'est au regard de l'ensemble de ces considérations qu'il conviendra de répondre à la demande d'avis.

Observations de M. Bernard de la Gatinais

Premier avocat général

Par ordonnance du 22 octobre 2013, Mme le juge aux affaires familiales près le tribunal de grande instance de La Rochelle sollicite l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante : « *l'assignation en divorce, délivrée par l'époux à la suite d'une ordonnance de non-conciliation rendue par un juge aux affaires familiales saisi par l'épouse d'une requête en séparation de corps, est-elle recevable, au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile ?* »

I. - Faits et procédure.

Sur requête en séparation de corps du 1^{er} avril 2009 de Mme Chantal X... épouse Y..., le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Rochefort-sur-Mer a rendu, le 22 janvier 2010, une ordonnance de non-conciliation autorisant assignation devant le tribunal de grande instance selon les dispositions de l'article 1113 du code de procédure civile, outre diverses mesures provisoires.

Le 22 novembre 2011, M. Bernard Y... a fait notifier ladite ordonnance à son épouse et assigné celle-ci en divorce devant le tribunal de grande instance de La Rochelle¹, sur le fondement de l'article 237 du code civil, pour altération définitive du lien conjugal.

À l'occasion d'une procédure d'incident devant le juge de la mise en état, ce dernier a fait injonction aux parties, le 5 mars 2013, de conclure sur la recevabilité de l'assignation en divorce au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile, qui prohibe la transformation en procédure de divorce de la procédure en séparation de corps. Celles-ci ont conclu à la recevabilité de la demande en divorce de M. Y...

C'est dans le cadre de cette procédure qu'intervient la présente demande d'avis.

II. - Recevabilité de la demande d'avis

1. - Conditions de forme

La procédure de demande d'avis, en répondant aux conditions des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile, apparaît recevable en la forme.

La demande d'avis a été formulée par une juridiction, le juge aux affaires familiales, qui, par lettre simple du 4 juin 2013, a informé les parties et le ministère public qu'il envisageait la saisine pour avis de la Cour de cassation et souhaitait recueillir leurs observations. Seul le ministère public a fait part de celles-ci, le 25 juin 2013.

Par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 8 novembre 2013, les parties ont, d'une part, reçu notification de l'ordonnance du 22 octobre 2013 et, d'autre part, été avisées de la transmission de cette dernière à la Cour de cassation. Le fait qu'elles n'aient pas été formellement informées de la date de transmission du « dossier », comme l'exige l'article 1031-2 du code de procédure civile, ne semble pas de nature à nuire à la recevabilité de la demande d'avis, dans la mesure où la date de transmission de l'ordonnance a bien été notifiée.

Le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Poitiers, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de La Rochelle ont été informés de la saisine de la Cour de cassation pour avis.

2. - Conditions de fond

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ».

La question posée par le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de La Rochelle a été formulée clairement. Il s'agit bien d'une question de droit, dont la réponse est susceptible de conditionner la recevabilité d'une instance en divorce.

Pour autant, comme l'exige le législateur, pour que la Cour de cassation soit amenée à émettre un éventuel avis, il convient que la question soit nouvelle, sérieuse et posée dans de nombreux litiges.

La règle édictée par l'article 1076 du code de procédure civile - « *l'époux qui présente une demande en divorce peut, en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps. La substitution inverse est interdite* » - est ancienne et sa formulation n'a pas été modifiée par le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale. S'agissant d'une disposition relative à la procédure de divorce, elle est, d'après un arrêt du 28 février 1962, d'ordre public².

Cette ancienneté pourrait conduire à rejeter pour absence de nouveauté cette demande d'avis, mais une telle position serait tout à la fois contraire à la volonté du législateur et non conforme à l'approche de la Cour. En effet, lors de la présentation du texte, Georges Kiejman, ministre délégué auprès du garde des sceaux, avait précisé que si le problème soulevé ne pouvait avoir été « *plusieurs fois jugé et commenté* », cela ne signifiait pas que le texte en cause devait être « *récent* ».

¹ Changement de juridiction lié à la réforme de la carte judiciaire.

² 2^e Civ., 28 février 1962, pourvoi n° 60-12.984, *Bull.* 1962, II, n° 241.

La Cour de cassation ne fait d'ailleurs pas de l'ancienneté du texte un critère important. Il convient surtout de considérer en quoi la question de droit posée est nouvelle, au regard de la loi, du règlement ou encore de la jurisprudence.

Qu'en est-il de cette dernière ?

La Cour de cassation a eu à diverses reprises à se prononcer sur l'impossibilité de transformer une demande en séparation de corps en demande en divorce. Les espèces dans lesquelles elle a été saisie ont le plus souvent concerné des mutations d'une demande initiale en séparation de corps en demande en divorce, à la suite de la demande reconventionnelle en divorce qui avait été formée par le défendeur à l'assignation en séparation de corps.

La fermeté de la position de la Cour a toujours été affirmée³ et, en cassant les arrêts, soit ayant ignoré la substitution intervenue, soit l'ayant validé, la Cour en tire toutes les conséquences concernant la demande reconventionnelle, qui devient caduque. Cette jurisprudence est la confirmation des arrêts rendus⁴ en cette matière par la deuxième chambre civile.

Il en résulte que, sauf désistement accepté et définitif de sa requête en séparation de corps et dépôt d'une nouvelle requête, en divorce cette fois, le demandeur est en quelque sorte prisonnier de celle-ci ; il ne peut en sortir en la transformant en assignation en divorce.

Mais l'interrogation soumise par le juge a un contenu différent, puisque la question porte sur le point de savoir si l'autorisation d'assignation accordée sur requête en séparation de corps, non suivie d'effet dans les trois mois par le demandeur, peut servir de fondement à l'assignation en divorce formée par le défendeur à la requête.

Si, ainsi formulée, il n'a jamais été répondu par la Cour suprême à cette question, les juridictions du fond en ont été saisies et ont choisi des voies divergentes : ainsi, si certaines ont considéré que le défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge offrait la possibilité au conjoint d'assigner lui-même en divorce⁵, d'autres ont estimé qu'une telle assignation était irrecevable au visa de l'article 1076, alinéa 2⁶. Sur une période d'une trentaine d'années, il n'y a pas eu d'inflation procédurale sur le sujet puisque, selon le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, entre les juridictions de première instance et les juridictions d'appel, seulement un peu plus d'une dizaine de procédures ont émergé.

Si la question apparaît sérieuse au regard de cette divergence d'approche et pouvoir ainsi entraîner pour le justiciable une certaine insécurité juridique, encore faut-il qu'elle puisse se poser à l'avenir dans de nombreuses procédures pour justifier que la Cour envisage d'émettre un avis.

Selon le ministère de la justice, les juridictions de première instance ont été saisies en 2005 de 3 930 demandes en séparation de corps et en 2012, de 2 899.

Le nombre de décisions de séparation de corps prononcées a été de 3 040 en 2005 et de 1 283 en 2012, quand dans le même temps étaient prononcés 155 253 divorces en 2005 et 129 654 en 2012.

En 2012, les cours d'appel ont été saisies de 249 affaires nouvelles de séparation de corps, dont 103 concernaient des modifications de mesures provisoires.

Il est, par ces données, établi que nous sommes en présence d'un contentieux marginal en nombre mais surtout en constante diminution, ce qui correspond parfaitement à l'évolution de la société et à celle du droit de la séparation, devenu, depuis la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, un véritable droit au divorce.

En outre, l'hypothèse objet de la demande d'avis, au regard du nombre de procédures, ne peut qu'être elle-même très marginale. Si la seule donnée comptable ne saurait justifier une irrecevabilité, la potentialité très limitée de litiges futurs permet sans doute de l'entraîner.

Les conditions de fond de la recevabilité de la demande d'avis ne me semblent donc pas réunies, car la question n'apparaît ni véritablement nouvelle ni concerner de nombreuses procédures.

3. - Sur le fond

Avant d'aborder le fond du droit, tel que prévu par l'article 1076 du code de procédure civile, il convient d'évoquer la place de la séparation de corps dans le droit du « démantèlement », selon le vocable du doyen Carbonnier, notamment après l'évolution législative la plus récente.

La séparation de corps, dont le principal effet est de constater en droit la séparation des époux et d'en régler les conséquences humaines et matérielles, tout en laissant subsister le lien conjugal, a longtemps été considérée comme le divorce des catholiques, attachés au maintien de ce lien, certes civil, mais par ailleurs consacré et donc dogmatiquement indissoluble.

En dehors d'une longue période située entre 1816 et 1884 (loi Bonald du 8 mai 1816 abolissant le divorce puis loi Naquet du 27 juillet 1884 le rétablissant) pendant laquelle elle seule a subsisté, la séparation de corps a toujours coexisté avec le divorce au cours des diverses réformes législatives du droit de la séparation des époux.

La jurisprudence d'abord, puis les textes réglementaires accompagnant les réformes successives du divorce en 1975 et 2004 ont consacré le principe selon lequel, si une demande en divorce était transformable en

³ 1^{re} Civ., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-19.881, *Bull.* 2005, I, n° 189, et 16 avril 2008, pourvoi n° 07-14.891, *Bull.* 2008, I, n° 110.

⁴ 2^e Civ., 28 février 1962, pourvoi n° 61-10.388 *Bull.* 1962, II, n° 239, et 6 janvier 1993, pourvoi n° 91-16.020.

⁵ TGI Albertville, 31 mai 1988, *Defrénois* 1988, 1293 ; La Rochelle, 12 juillet 1995 (Juris-Data 1995053307) ; CA Paris, 7 septembre 2000 (Juris-Data 2000 125474) ; CA Poitiers, 1^{er} septembre 2010 ; CA Douai, 14 avril 2011 ; Nîmes, 3 avril 2013.

⁶ TGI Bourgoin-Jallieu 27 février 1981, *D* 1983, IR, 33 ; Nanterre, 19 mars 1997 (Juris-Data 1997045012) ; CA Grenoble, 6 novembre 2001, RG n° 00/04816 ; CA Besançon, 2 février 2012, RG n° 10/1053 ; CA Paris, 2 juillet 2013, RG n° 08/00734.

séparation de corps, l'inverse n'était pas possible. L'argument simple soutenant cette règle tient à ce que si le divorce, par ses éventuels effets, contient en lui-même la séparation de corps, la séparation de corps, quant à elle, ne porte pas l'élément essentiel du divorce qu'est la rupture du lien conjugal.

Très rapidement⁷ après le rétablissement du divorce par la loi Naquet, la Cour de cassation a été amenée à préciser sa position. Ainsi, dans un arrêt du 22 février 1888⁸, la chambre civile de la Cour, après avoir fait le constat « *que les demandes en séparation de corps et les demandes en divorce forment deux sortes de demandes essentiellement distinctes par leur caractère et le but auquel elles tendent [...]* », en tire les conséquences : « *si la demande en divorce comprend virtuellement la demande en séparation de corps et si le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en simple demande en séparation, il en est tout différemment quand la première instance introduite est une demande en séparation de corps, qui ne saurait être considérée comme comprenant une demande de dissolution du mariage* ».

Mais, par ailleurs, si le législateur, tout en maintenant la séparation de corps dans le corpus du droit de la séparation des époux, en a considérablement diminué la portée, il n'a fait que prendre en compte le changement du regard social sur le divorce, corollaire du quasi abandon de jugement moral qui était parfois associé à l'échec du mariage, entraînant *de facto* une chute significative des demandes en séparation de corps.

L'évolution fondamentale est intervenue avec la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. En effet, cette œuvre législative a abouti à une refonte totale des textes, modifiant les conditions du divorce en substituant à un divorce fondé uniquement sur la faute pluralité de cas de divorce, dont le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture de la vie commune. Cette loi est incontestablement le socle de l'évolution historique vers la liberté de divorcer.

Toutefois, c'est la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce qui a permis de consacrer un véritable droit unilatéral au divorce, quelle qu'ait pu être le choix procédural initial.

L'examen de l'exposé des motifs du texte présenté aux débats devant les parlementaires, tout en démontrant le caractère totalement accessoire de la séparation de corps dans l'économie du texte, établit avec force la volonté du législateur, qui repose sur deux axes : d'une part, la reconnaissance de la liberté de divorcer et, d'autre part, la recherche, autant que faire se peut, d'une rupture apaisée.

Malgré ce choix fondamental, le législateur a entendu maintenir la séparation de corps comme une possibilité offerte aux époux qui ne souhaitent pas divorcer d'organiser leur séparation sans rompre le lien conjugal. Cette procédure reste donc à disposition de ceux ou celles qui ne souhaitent pas aller jusqu'au divorce ou en tout cas être à l'origine de la dissolution du lien conjugal, souvent pour des raisons religieuses et (ou) de convictions personnelles. En outre, ce choix peut aussi être lié à l'aboutissement de négociations entre époux, permettant à l'époux qui ne veut pas divorcer mais qui accepte des concessions dans le cadre d'une séparation de corps d'adhérer à une procédure moins brutale dans ses conséquences.

Mais que peut peser cette volonté, quand, par ailleurs :

- si l'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps, cette possibilité lui est refusée si la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal. Dans cette hypothèse, la demande reconventionnelle ne pourra tendre qu'au divorce (article 297 du code civil) ;

- l'article 297-1, alinéa 2, prévoit que, lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge doit examiner en premier lieu la demande en divorce et le prononcer si les conditions en sont réunies. À défaut, il doit statuer sur la demande en séparation et, s'il accueille les deux demandes, toutes deux fondées sur la faute, il doit prononcer le divorce aux torts partagés. La priorité au divorce est donc clairement affirmée ;

- le délai rendant la conversion obligatoire de la séparation de corps en divorce à la demande de l'un des époux, acquis depuis la loi du 6 juin 1908, a été réduit de trois à deux ans (article 306 du code civil) par le législateur de 2004 ?

Mais c'est surtout la création du divorce pour altération définitive du lien conjugal qui démontre de la manière la plus significative la volonté du législateur de ne pas contraindre un époux à maintenir un lien conjugal dont il souhaite se défaire. Si ce cas de divorce, prévu par l'article 297 du code civil, a été présenté comme issu de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, créé par la loi 1975, il en est très éloigné quant à sa philosophie. En effet, en abaissant à deux ans le délai de six ans requis antérieurement pour que soit constatée la rupture de la vie commune, en abolissant la clause d'exceptionnelle dureté ou en supprimant le dispositif pénalisant pour le demandeur, toute résistance de l'un des époux au divorce apparaît, à terme, vouée à l'échec.

C'est donc dans ce contexte très favorable à la priorité donnée à la dissolution du lien conjugal que doit être analysée la règle posée par l'article 1076 du code de procédure civile. Il a été vu plus haut que si le principe de non-substitution d'une demande en divorce à une demande initiale en séparation de corps s'imposait lorsqu'il s'agissait de répondre à une demande reconventionnelle en divorce, il donnait lieu à une interprétation diversifiée par les juges du fond quant à la faculté offerte au défendeur à la requête en séparation de corps d'assigner en divorce, passé le délai de trois mois de l'article 1113 du code de procédure civile, qui réserve ce premier délai au seul auteur de la requête.

Sur requête, le juge, s'il ne peut concilier les parties, les autorise à assigner selon les délais de l'article 1113 du code de procédure civile. Cette assignation doit-elle avoir pour seul objet le but initialement poursuivi : divorce ou séparation de corps ?

⁷ Civ., 30 juin 1886, D. 1887, 1, 60.

⁸ Civ., 22 février 1888, DP 1888, 1, 223.

L'autorisation d'assignation donnée sur requête de l'un des époux vise les deux époux, comme le prévoit le texte de l'article 1111 du code de procédure civile : « *le juge [...] peut [...] autoriser immédiatement les époux à introduire l'instance en divorce [...]* ». Les règles procédurales étant identiques pour les procédures de séparation de corps et celles du divorce, il faut sans doute lire « instance » en séparation de corps au lieu de « instance » en divorce lorsque la requête présentée au juge visait cet objet. Dès lors, face à la carence de l'auteur de la requête en séparation de corps d'assigner dans le délai de trois mois, l'assignation en divorce est-elle ouverte au défendeur à la requête ?

Certains ont cru déceler dans un arrêt de la deuxième chambre civile de 1983⁹ qu'il faut se conformer, sous peine d'irrecevabilité, au permis de citer délivré par le juge saisi sur requête. D'autres¹⁰, pour parvenir au même résultat négatif, ont considéré qu'en prenant l'initiative, passé le délai de trois mois, le défendeur à la requête devenait demandeur à l'instance et endossait ainsi les habits de la prohibition de l'article 1076 du code de procédure civile.

Mais ces positions doctrinales sont très minoritaires et la plupart des auteurs estiment que, dans une telle hypothèse, le défendeur à la requête peut parfaitement assigner en divorce¹¹.

Il est vrai, et c'est l'argument principal avancé, que si l'auteur de la requête en séparation de corps avait fait suivre celle-ci d'une assignation, l'article 297 du code civil ouvrirait au défendeur la possibilité d'assigner en divorce. Quel contre-argument pourrait justifier la position inverse ?

Le premier tient à la procédure. Saisi sur requête en séparation de corps, le juge, en autorisant d'assigner dans l'ordonnance de non-conciliation, ne peut viser dans son autorisation un autre objet que celui qui lui est demandé, même s'il est vrai que l'article 1111 du code de procédure civile ne spécifie pas que le juge ait obligation de qualifier l'objet de l'assignation qu'il autorise. Mais c'est tout de même forcer la main du juge...

Le second tient au fond et a été évoqué plus haut. Il s'agit des concessions qui ont pu être faites pour parvenir à l'accord de l'un des époux à souscrire à une procédure en séparation de corps. Mais ici, par définition, c'est le défendeur à la requête qui aurait fait les concessions et s'il fait le choix de la demande en divorce, il en prend la responsabilité.

Et si, dans une conception extensive de la portée de l'article 1076 du code de procédure civile, il était considéré que la règle s'applique aussi dans l'hypothèse soumise par le juge à votre Cour, est-elle encore, au regard de l'évolution du droit du divorce, une règle d'ordre public que le juge pourrait relever d'office ? Lorsque les parties qui ont la possibilité de soulever cette fin de non-recevoir s'accordent pour poursuivre la procédure, n'assistent-on pas à une forme de déclassement de cette exigence procédurale ? Le juge devrait alors décider des seules conséquences humaines et patrimoniales, sauf à constater la rupture de l'accord initial. C'est le sens de l'arrêt rendu le 2 juillet 2013 par la cour d'appel de Paris, qui, après avoir rappelé « *que les questions relatives à l'état des personnes sont d'ordre public* », a poursuivi ainsi son raisonnement : « *considérant que, même s'il s'agit d'une fin de non-recevoir qui peut être opposée en tout état de cause, la cour aurait pu ignorer le problème si les deux parties avaient admis la recevabilité de leurs demandes respectives en divorce [...]* ».

Mais, comme J. Massip¹², il convient de défendre une conception restrictive de l'article 1076 du code de procédure civile qui correspond à l'évolution du droit de la séparation, dans lequel la séparation de corps apparaît comme une « *sorte de survivance historique* », une institution en voie de lente disparition de fait et, à ce titre, protégée pour l'usage d'une minorité d'époux aux motivations parfaitement respectables.

Si tous ces éléments pourraient me conduire à vous inviter à émettre un avis, je considère que les conditions de fond n'en sont pas réunies pour les raisons que j'évoquais plus haut, à savoir, d'une part, la nouveauté, et, d'autre part, le nombre de litiges.

Il n'y a donc pas lieu à avis.

⁹ JCP 1983, éd. G, IV, 298 ; N. Fricero *Juris-Classeur* divorce, fasc. 140, n° 5.

¹⁰ Huet-Weiller, vol. 2, n° 354.

¹¹ Efortis, *Répertoire civil Dalloz*, séparation de corps, n° 8 ; Hauser, *RTD civ.* 1996, p. 587 ; Massip, *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 4^e partie ; Defrénois 1988, p. 1293, obs. Massip.

¹² Cf. note 11, obs. Massip.

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

N° 623

Question prioritaire de constitutionnalité

Code du travail. - Articles L. 3122-32, L. 3122-33 et L. 3122-36. - Principe de clarté et de précision de la loi. - Compétence législative. - Sécurité juridique. - Liberté d'entreprendre. - Liberté du travail. - Égalité devant la loi. - Légalité des délits et des peines. - Applicabilité au litige. - Caractère sérieux. - Renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que, dans le cadre du pourvoi qu'elle a formé contre l'arrêt rendu le 23 septembre 2013 par la cour d'appel de Paris, la société Sephora demande à la Cour de transmettre les questions suivantes :

- « Les dispositions de l'article L. 3122-32 du code du travail, en ce qu'elles fixent les conditions légales de recours au travail de nuit, ne méconnaissent-elles pas le principe constitutionnel de clarté et de précision de la loi et les exigences de compétence législative et de sécurité juridique, garantis par l'article 34 de la Constitution de 1958 et par les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme, et à ce titre ne méconnaissent-elles pas les libertés d'entreprendre et du travail et le principe d'égalité devant la loi, garantis par les articles 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? »

- « Les dispositions de l'article L. 3122-32 du code du travail, en ce qu'elles fixent les conditions légales de recours au travail de nuit, ne méconnaissent-elles pas le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, garanti par l'article 34 de la Constitution de 1958 et par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ? »

- « Les dispositions des articles L. 3122-32, L. 3122-33 et L. 3122-36 du code du travail, prises en leur ensemble, en ce qu'elles fixent les conditions légales de recours et de mise en œuvre du travail de nuit, ne méconnaissent-elles pas le principe constitutionnel de clarté et de précision de la loi et les exigences de compétence législative et de sécurité juridique, garantis par l'article 34 de la Constitution de 1958 et par les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme, et à ce titre ne méconnaissent-elles pas les libertés d'entreprendre et du travail et le principe d'égalité devant la loi, garantis par les articles 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? »

Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige, lequel concerne les conditions de mise en œuvre du travail de nuit ;

Qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Que les questions posées présentent un caractère sérieux ;

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

Par ces motifs :

RENVOIE au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité.

Soc. - 8 janvier 2014.

RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 13-24.851. - CA Paris, 23 septembre 2013.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 624

Question prioritaire de constitutionnalité

Code du travail. - Articles L. 3132-20, L. 3132-23 et L. 3132-24. - Égalité devant la loi. - Droits de la défense. - Droit à un procès équitable. - Droit à un recours juridictionnel effectif. - Principe de clarté et de précision de la loi. - Sécurité juridique. - Liberté du travail. - Liberté d'entreprendre. - Droit à l'emploi. - Légalité des délits et des peines. - Applicabilité au litige. - Caractère sérieux. - Renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que, dans le cadre du pourvoi qu'elle a formé contre l'arrêt rendu le 23 septembre 2013 par la cour d'appel de Paris, la société Sephora demande à la Cour de transmettre les questions suivantes :

1^o) « Les dispositions de l'article L. 3132-24 du code du travail, en ce qu'elles imposent le caractère suspensif des recours présentés contre l'autorisation préfectorale temporaire d'emploi le dimanche, ne méconnaissent-elles pas, compte tenu des délais nécessaires à l'examen de ce recours par le juge administratif couplés au caractère temporaire de l'autorisation du préfet, le principe d'égalité devant la loi, les droits de la défense, le droit au procès équitable et le droit à un recours juridictionnel effectif, respectivement garantis par les articles 1, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et par l'article premier de la Constitution de 1958 ? »

2^o) « Les dispositions de l'article L. 3132-24 du code du travail, combinées avec celles des articles L. 3132-20 et L. 3132-23 du code du travail, en ce qu'elles imposent sans contrôle du juge la suspension de l'autorisation préfectorale temporaire d'emploi le

dimanche, ne méconnaissent-elles pas le principe constitutionnel de clarté et de précision de la loi, l'exigence de sécurité juridique et le principe d'égalité devant la loi, garantis par les articles 1 et 34 de la Constitution de 1958 et par les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme ? »

3^o) « *Les dispositions de l'article L. 3132-24 du code du travail, en ce qu'elles imposent le caractère suspensif des recours présentés contre l'autorisation préfectorale temporaire d'emploi le dimanche, ne méconnaissent-elles pas la liberté du travail, la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi, garantis par les articles 2, 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? »*

4^o) « *Les dispositions de l'article L. 3132-24 du code du travail, en ce qu'elles suspendent immédiatement les effets de l'autorisation préfectorale d'emploi le dimanche sans mise en cause de son titulaire, ne méconnaissent-elles pas le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, garanti par l'article 34 de la Constitution de 1958 et par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ? »*

Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige, lequel concerne les conditions de mise en œuvre des dérogations au repos dominical ;

Qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Que les questions posées présentent un caractère sérieux ;

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

Par ces motifs :

RENVOIE au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité.

Soc. - 8 janvier 2014.

RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 13-24.851. - CA Paris, 23 septembre 2013.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 625

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de procédure pénale. - Article 537. - Article 66 de la Constitution. - Article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. - Observations complémentaires. - Ministère d'avocat. - Absence. - Irrecevabilité des observations. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Sur la recevabilité des observations présentées par M. X... personnellement :

Vu l'article R. 49-30 du code de procédure pénale ;

Attendu que ces observations, qui ne sont pas signées par un avocat à la Cour de cassation, alors que M. X... ne se trouve dans aucun des cas permettant de déroger à cette exigence, sont irrecevables ;

Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« *L'article 537 du code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 66 de la Constitution et l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ? »*

Attendu que la disposition législative contestée est applicable à la procédure ;

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

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

Et attendu que la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que, d'une part, seuls font foi jusqu'à preuve contraire les procès-verbaux régulièrement établis, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, et rapportant des faits que leur auteur a personnellement constatés, ce qui exclut tout risque d'arbitraire, que, d'autre part, cette présomption ne revêt pas de caractère irréfragable et qu'enfin, le respect des droits de la défense, devant la juridiction de jugement, assure l'équilibre des droits des parties ;

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

Par ces motifs :

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

Crim. - 15 janvier 2014.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 13-90.032. - Juridiction de proximité de Montpellier, 14 octobre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén.

N° 626

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de procédure pénale. - Articles 584, 585, 585-1, 585-2 et 602. - Droits de la défense. - Égalité des armes. - Égalité devant la loi. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que les questions prioritaires de constitutionnalité sont ainsi rédigées :

« *Les dispositions des articles 584, 585, 585-1 et 585-2 du code de procédure pénale sont-elles contraires aux principes des droits de la défense, de l'égalité des armes et de l'égalité devant la loi, garantis par la Constitution en son préambule et son article premier, en ce qu'elles prévoient des délais différents pour le dépôt du mémoire en cassation entre demandeur non condamné pénalement et le ministère public, soit respectivement dix jours pour l'un et un mois ou plus pour l'autre ? »*

« *Les dispositions des articles 584, 585, 585-1 et 585-2 du code de procédure pénale sont-elles contraires aux principes des droits de la défense, de l'égalité des armes et de l'égalité devant la loi, garantis par la Constitution en son préambule et son article premier, en ce qu'elles prévoient des délais différents pour le dépôt du mémoire en cassation entre le demandeur non condamné pénalement qui choisit de se défendre seul et le demandeur non condamné pénalement qui a recours à un avocat aux Conseils, soit respectivement dix jours pour l'un et un mois ou plus pour l'autre ? »*

« *Les dispositions de l'article 602 du code de procédure pénale sont-elles contraires aux principes des droits de la défense, de l'égalité des armes et de l'égalité devant la loi, garantis par la Constitution en son préambule et son article premier, en ce qu'elles prévoient d'entendre en audience uniquement les observations des avocats des demandeurs en cassation qui en ont recours, ce qui exclut le demandeur en cassation qui choisit de se défendre seul ? »*

« *Les dispositions des articles 585, 585-1, 585-2 et 602 du code de procédure pénale sont-elles contraires aux principes*

des droits de la défense, de l'égalité des armes et de l'égalité devant la loi, garantis par la Constitution en son préambule et son article premier, en ce qu'elles prévoient un traitement différent entre le demandeur en cassation non condamné pénalement assisté par un avocat aux Conseils et le ministère public, d'une part, et le demandeur en cassation non condamné pénalement qui choisit de se défendre seul, d'autre part ? »

Attendu que les dispositions contestées sont applicables à la procédure et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que les questions, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, ne sont pas nouvelles ;

Et attendu que les questions posées ne présentent pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que, d'une part, la possibilité offerte, par les articles 585, 585-1 et 585-2 du code de

procédure pénale, au seul demandeur condamné pénalement, ainsi qu'au ministère public, de transmettre directement leur mémoire en demande au greffe de la Cour de cassation, dans le délai d'un mois après la date du pourvoi, se justifie par des raisons d'intérêt général tenant à une différence objective de situation, et que, d'autre part, les particularités du recours en cassation justifient que seuls les avocats spécialistes de cette technique soient admis à présenter des observations orales à l'audience ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer les questions au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité.

Crim. - 15 janvier 2014.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL

N° 13-87.328. - CA Paris, 18 octobre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N^o 627

Accident de la circulation

Indemnisation. - Offre de l'assureur. - Défaut. - Indemnité portant intérêt au double du taux légal. - Montant. - Détermination. - Pouvoir souverain des juges. - Portée.

La faculté ouverte au juge de réduire la pénalité prévue à l'article L. 211-13 du code des assurances est remise à son pouvoir discrétionnaire.

2^e Civ. - 16 janvier 2014.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N^o 13-11.340. - CA Paris, 6 septembre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Maitre, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n^o 9, 6 mars 2014, Chroniques / Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 571 à 583, spéc. n^o 2, p. 574, note Laurence Lazerges-Cousquer et Nina Touati (« Dommage corporel »).

N^o 628

1^o Accident de la circulation

Indemnisation. - Victime. - Rente. - Indexation. - Modalités. - Portée.

2^o Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Dommage. - Réparation. - Victime assuré social. - Prestations de sécurité sociale. - Imputation. - Nécessité. - Organisme social n'ayant pas constitué avocat ou fait connaître le montant de sa créance. - Absence d'injonction. - Portée.

1^o Il résulte des articles 1 et 4 de la loi n^o 74-1118 du 27 décembre 1974 que les rentes allouées, soit conventionnellement, soit judiciairement, en réparation du préjudice causé à la victime d'un accident de la circulation sont majorées de plein droit selon les coefficients de revalorisation prévus à l'article L. 455, devenu l'article L. 434-17, du code de la sécurité sociale et que toute autre indexation, amiable ou judiciaire, est prohibée.

2^o Une cour d'appel ne peut refuser toute imputation de la créance d'un organisme social visé à l'article 29 de la loi n^o 85-677 du 5 juillet 1985 sur le préjudice d'une victime au motif que cet

organisme n'a pas constitué avocat ou fait connaître le montant de sa créance, alors qu'aucune injonction de produire le décompte de ses débours ne lui a été délivrée par le juge.

2^e Civ. - 16 janvier 2014.

CASSATION PARTIELLE

N^o 12-28.119. - CA Bastia, 19 septembre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Taillefer, Rap. - M. Maitre, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, M^e Foussard, SCP Odent et Poulet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n^o 54-56, 23-25 février 2014, Chronique de jurisprudence de droit du dommage corporel, p. 33, note Frédéric Bilal (« L'inertie du tiers payeur à justifier ses débours n'autorise pas à les ignorer »). Voir également le Recueil Dalloz, n^o 9, 6 mars 2014, Chroniques / Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 571 à 583, spéc. n^o 2, p. 574, note Laurence Lazerges-Cousquer et Nina Touati (« Dommage corporel »).

N^o 629

1^o Action civile

Partie civile. - Constitution. - Constitution par voie d'intervention. - Recevabilité. - Cas. - Renonciation antérieure à tout recours. - Intervention au soutien de l'action publique.

2^o Chambre de l'instruction

Pouvoirs. - Étendue. - Ordonnance de non-lieu. - Appel de la partie civile. - Supplément d'information. - Mises en examen supplémentaires.

3^o Travail

Harcèlement. - Harcèlement moral. - Éléments constitutifs.

1^o La transaction signée entre deux parties, aux termes de laquelle l'une d'elles renonce à toute action judiciaire ou extrajudiciaire contre l'autre, n'est pas de nature à lui interdire de se constituer partie civile dans une procédure pénale dirigée contre cette dernière, dès lors que cette constitution n'a pour objet que de venir au soutien de l'action publique.

2^o En application de l'article 204 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction peut, quant aux infractions résultant du dossier de la procédure, ordonner que soient mises en examen, dans les conditions prévues à l'article 205 dudit code, des personnes qui n'ont pas été renvoyées devant elle.

Encourt la censure l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, sur appel de la partie civile, dans une information ouverte des chefs

N° 631

Appel civil

Appel incident. - Recevabilité. - Appel incident interjeté hors du délai d'appel. - Appel principal recevable pour partie.

Il résulte de l'article 550 du code de procédure civile que l'appel incident ou provoqué, même formé hors délai pour interjeter appel à titre principal, est recevable dès lors que l'appel principal est recevable.

Encourt en conséquence la censure l'arrêt qui déclare irrecevable un appel provoqué au motif que son auteur, ayant laissé expirer le délai d'appel ouvert par la signification du jugement effectuée à la demande de l'intimé à l'appel provoqué, ne pouvait plus que défendre contre l'appel principal dirigé contre lui.

2^e Civ. - 9 janvier 2014.
CASSATION

N° 12-27.109. - CA Bordeaux, 11 mai 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Pimouille, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Bouilloche, SCP Vincent et Ohl, Av.

N° 632

Appel civil

Recevabilité. - Exclusion. - Cas. - Demande de rappel de salaires inférieure à 4 000 euros.

Les juges doivent relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public lorsqu'elles résultent de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

N'est pas susceptible d'appel le jugement qui statue sur une demande, quel que soit le fondement allégué, tendant à l'allocation d'une somme d'argent dont le montant est inférieur au taux du dernier ressort.

Doit dès lors être déclaré irrecevable l'appel formé contre un jugement prud'homal faisant droit, par application du principe d'égalité de traitement, à une demande de rappel de salaires inférieure à 4 000 euros.

Soc. - 15 janvier 2014.
CASSATION SANS RENVOI

N° 12-25.404, 12-25.405, 12-25.408 et 12-25.409. - CA Paris, 5 juillet 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Béraud, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 633

Appel correctionnel ou de police

Appel du ministère public. - Forme. - Acte d'appel. - Appel formé par fax et signé postérieurement après l'expiration du délai d'appel. - Recevabilité (non).

Les dispositions relatives aux formes et délais d'appel, qui sont d'ordre public et dont l'inobservation entraîne une nullité qui peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation ou même suppléée d'office, sont impératives et s'appliquent au ministère public comme à toute autre partie.

Encourt la cassation, sur le moyen relevé d'office et pris de la violation des articles 498 et 502 du code de procédure pénale, l'arrêt qui déclare recevable l'appel du procureur de la République formalisé par l'envoi d'un fax dans le délai de dix jours à compter du jugement, alors que l'acte d'appel dressé par le greffier n'a été signé par l'appelant qu'après l'expiration de ce délai.

de discrimination syndicale, entrave aux fonctions de délégué du personnel et harcèlement moral, et clôturée par une ordonnance de non-lieu, dit n'y avoir lieu à suivre contre deux personnes mises en examen du chef d'entrave à l'exercice du droit syndical, en exécution d'un supplément d'information précédemment ordonné par la chambre de l'instruction, au motif que le juge d'instruction n'avait jamais été saisi de cette infraction, alors qu'il résultait du dossier de la procédure que ces faits entraînaient dans la saisine de ce magistrat.

3° Selon l'article 222-33-2 du code pénal, constitue le délit de harcèlement moral le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel.

Méconnaît ces dispositions, en ajoutant à la loi des conditions qu'elle ne comporte pas, la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir charges suffisantes contre les mis en examen d'avoir commis le délit de harcèlement moral, retient que la succession d'arrêts de travail de la partie civile fondés sur des certificats médicaux laconiques ne saurait démontrer, en l'absence de tout document médical sérieux, une altération de la santé physique ou mentale, alors que la simple possibilité d'une dégradation des conditions de travail de la victime suffit à consommer le délit de harcèlement moral.

Crim. - 14 janvier 2014.
CASSATION

N° 11-81.362. - CA Aix-en-Provence, 19 janvier 2011.

M. Louvel, Pt. - M. Beauvais, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 630

Appel civil

Appel incident. - Appel incident formé par l'intimé principal. - Second appel formé par l'appelant principal. - Qualification. - Appel provoqué. - Portée.

Ayant relevé que l'auteur d'un appel principal, dirigé contre l'un des défendeurs en première instance, indiquait dans ses conclusions avoir formé un second appel contre un autre défendeur en réaction à l'appel incidemment relevé à son encontre par l'intimé principal et ne réclamait la condamnation du second intimé qu'à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où son premier appel serait rejeté, une cour d'appel a pu décider que le second appel, qui découlait de l'appel incident formé par l'intimé principal, était un appel provoqué.

Il résulte de la combinaison des articles 910 et 68 du code de procédure civile que l'appel provoqué contre un tiers doit être formé par assignation, valant conclusions, dans les deux mois suivant l'appel qui le provoque.

Il s'ensuit qu'un tel appel provoqué, formé par déclaration au greffe plus de deux mois suivant l'appel incident qui l'a provoqué, est irrecevable.

2^e Civ. - 9 janvier 2014.
REJET

N° 12-27.043. - CA Paris, 27 septembre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. de Leiris, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 59-60, 28 février 2014, Jurisprudence, p. 21-22, note Christophe Lhermitte (« Que dit vraiment l'arrêt du 9 janvier 2014 sur l'appel provoqué ? »).

Crim. - 14 janvier 2014.
CASSATION SANS RENVOI

N° 12-84.592. - CA Paris, 19 juin 2012.

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

N° **634**

Arbitrage

Arbitre. - Responsabilité. - Responsabilité liée à l'exercice de la fonction juridictionnelle. - Conditions. - Faute qualifiée. - Nécessité. - Portée.

La responsabilité des arbitres ne peut être engagée que pour faute qualifiée, et non pour faute simple, lorsque le manquement reproché, tel que la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, tend à remettre directement en cause le contenu de la sentence rendue et, partant, l'exercice de la fonction juridictionnelle.

1^{er} Civ. - 15 janvier 2014.
REJET

N° 11-17.196. - CA Paris, 1^{er} mars 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, M^e Bouthors, M^e Le Prado, Av.

L'avis de l'avocat général est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 8, 24 février 2014, Jurisprudence, n° 231, p. 370 à 372, (« Régime juridique et étendue de la responsabilité civile de l'arbitre : extrait des conclusions orales de l'avocat général »), suivies, dans ce même numéro, Étude, n° 255, p. 392 à 398, d'une note d'Éric Loquin (« La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre »). Voir également cette même revue, n° 4, 27 janvier 2014, Actualités, n° 89, p. 131, note Benoît Le Bars (« Limites de l'irresponsabilité des arbitres statuant malgré l'autorité de la chose jugée »), et le Recueil Dalloz, n° 4, 30 janvier 2014, Actualité/procédure civile et voie d'exécution, p. 219, note Xavier Delpech (« Arbitrage : régime de responsabilité civile de l'arbitre »).

N° **635**

Assurance (règles générales)

Assurance pour le compte de qui il appartiendra. - Caractère implicite. - Volonté non équivoque des parties. - Portée.

Si elle ne se présume pas, l'assurance pour compte peut être implicite et résulter de la volonté non équivoque des parties.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui ne caractérise pas la volonté non équivoque des parties au contrat d'assurance de souscrire une assurance pour le compte du propriétaire d'un véhicule loué.

2^e Civ. - 16 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 12-29.647. - CA Versailles, 21 juin 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Kriegk, Rap. - M. Maitre, Av. Gén. - M^e Spinosi, SCP Lévis, Av.

N° **636**

Assurance (règles générales)

Prescription. - Prescription biennale. - Action dérivant du contrat d'assurance. - Exclusion. - Cas. - Action en nullité pour dol d'un accord transactionnel conclu entre l'assuré et l'assureur.

L'action en nullité pour dol d'un accord transactionnel conclu entre l'assuré et l'assureur ne dérive pas du contrat d'assurance et n'est pas soumise à la prescription biennale de l'article L. 114-1 du code des assurances.

2^e Civ. - 16 janvier 2014.
CASSATION

N° 13-10.134. - CA Besançon, 10 octobre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Taillefer, Rap. - M. Maitre, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gaschignard, Av.

N° **637**

Assurance dommages

Garantie. - Dommages résultant d'une catastrophe naturelle. - Assurances successives garantissant le risque de catastrophe naturelle. - Assureur. - Détermination. - Portée.

En cas d'assurances successives garantissant le risque de catastrophe naturelle, la garantie est due par l'assureur dont le contrat était en cours durant la période visée par l'arrêté ministériel constatant l'état de catastrophe naturelle.

2^e Civ. - 16 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-11.356. - CA Versailles, 12 novembre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Kriegk, Rap. - M. Maitre, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Blanc et Rousseau, M^e Foussard, Av.

N° **638**

Astreinte (loi du 9 juillet 1991)

Liquidation. - Conditions. - Inexécution par le débiteur de son obligation. - Appréciation. - Point de départ. - Détermination. - Portée.

Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées.

Le comportement du débiteur doit s'apprécier à compter du prononcé du jugement fixant l'injonction.

2^e Civ. - 9 janvier 2014.
CASSATION

N° 12-25.297. - CA Amiens, 15 mai 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Sommer, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Vincent et Ohl, Av.

N° **639**

Cassation

Décisions susceptibles. - Décision par défaut. - Décision du tribunal d'instance statuant en matière d'élections professionnelles. - Contentieux de la régularité de l'élection professionnelle. - Portée.

L'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 789-2008 du 20 août 2008, en ce qu'elles modifient les conditions de la représentativité des organisations syndicales et leur capacité à désigner des représentants, conduit à une nouvelle interprétation des articles R. 2314-29 et R. 2324-25 du code du travail, lesquels, en disposant que la décision du tribunal d'instance est susceptible d'un pourvoi en cassation, écartent tant l'appel que l'opposition.

Soc. - 14 janvier 2014.

REJET

N° 12-29.253. - TI Paris 1, 23 novembre 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Béraud, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Coutard et Munier-Paire, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 250, p. 202-203.

N° 640

Cassation

Pourvoi. - Recevabilité. - Arrêt statuant sur une infraction de presse et une infraction de droit commun. - Procédure applicable. - Conditions. - Détermination. - Portée.

En cas de poursuites exercées pour des infractions de presse et des infractions de droit commun, la validité ou la recevabilité du pourvoi doit être appréciée selon que cette voie de recours concerne les premières de ces infractions ou les secondes.

Il résulte de l'article 59, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 que le pourvoi contre les arrêts des cours d'appel ayant statué en matière de presse sur des incidents et exceptions autres que les exceptions d'incompétence ne peut être formé qu'après l'arrêt sur le fond, et ce, à peine de nullité.

Est en conséquence nul le pourvoi formé contre un arrêt ayant rejeté des exceptions de nullité et de prescription portant sur des infractions de presse.

Est en revanche irrecevable en l'état le pourvoi en ce qu'il est formé contre les dispositions du même arrêt, relatives à des infractions de droit commun, qui rejettent une exception de nullité et ne mettent en conséquence pas fin à la procédure, le pourvoi ne pouvant à cet égard être examiné, en application de l'article 570 du code de procédure pénale, qu'en même temps que l'arrêt sur le fond.

Crim. - 14 janvier 2014.

IRRECEVABILITÉ

N° 12-88.212. - CA Amiens, 29 novembre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Salvat, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 23 janvier 2014, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 145 (« Procédure en matière de presse : nullité du pourvoi formé avant l'arrêt au fond »).

N° 641

Cautionnement

Sous-caution. - Étendue. - Fusion d'une société sous-caution. - Absorption par une société tierce. - Obligations de la société absorbante. - Exécution de l'engagement conclu antérieurement à la fusion.

Aux termes de l'article L. 236-3, I, du code de commerce, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui

disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Il s'ensuit qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci.

Ayant relevé qu'un contrat de sous-cautionnement avait été conclu par la banque absorbée antérieurement à sa fusion avec une autre banque, une cour d'appel en déduit exactement que la banque absorbante était tenue de l'exécuter.

Com. - 7 janvier 2014.

REJET

N° 12-20.204. - CA Paris, 11 avril 2012.

M. Espel, Pt. - Mme Levon-Guérin, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Blanc et Rousseau, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 3, 16 janvier 2014, Actualités, n° 41, p. 26 (« Absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution »). Voir également cette même revue, n° 4, 23 janvier 2014, Études et commentaires, n° 10333, p. 33 à 35, note Dominique Legeais (« Les conséquences de l'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution »), le Recueil Dalloz, n° 2, 16 janvier 2014, Actualité/droit des affaires, p. 77, note Alain Lienhard (« Fusion-absorption : sort du cautionnement souscrit par la société absorbée »), la Gazette du Palais, n° 29-30, 29-30 janvier 2014, Jurisprudence, p. 13 à 15, note Marc Mignot (« La transmission du sous-cautionnement à la sous-caution absorbante : classicisme ou révolution ? »), cette même revue, n° 33-35, 2-4 février 2014, Jurisprudence, p. 15 à 18, note Anne-Françoise Zattara-Gros (« Sort du sous-cautionnement conclu par la société absorbée antérieurement à la fusion »), le Bulletin Joly Sociétés, n° 2, février 2014, Fusions acquisitions, n° 111k2, p. 98 à 100, note Alain Couret et Bruno Dondero (« La société absorbante d'une sous-caution est tenue d'exécuter le contrat conclu antérieurement à la fusion »), la Revue Lamy droit des affaires, n° 90, février 2014, Actualités, n° 4942, p. 13, note Ildo D. Mpindi (« Fusion-absorption : sort du cautionnement souscrit par la société absorbée »), La Semaine juridique, édition générale, n° 8, 24 février 2014, Jurisprudence, n° 236, p. 378 à 380, note Henri Hovasse (« La fusion-absorption de la société sous-caution »), et la revue Droit des sociétés, n° 2, février 2014, commentaire n° 45, p. 30-31, note Dorothée Gallois-Cochet (« Transmission du cautionnement à l'absorbante de la caution »).

Note sous Com., 7 janvier 2014, n° 641 ci-dessus

Par cet arrêt de principe, la chambre commerciale, financière et économique tranche la question du sort du sous-cautionnement souscrit par la société absorbée à la suite d'une fusion-absorption.

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt sont les suivants : la Société d'exploitation des tabacs et allumettes, devenue Altadis (le fournisseur), a consenti un crédit de stock à un exploitant de débit de tabac (la société). Le 7 octobre 2002, la société Européenne de cautionnement (la caution) s'est rendue caution envers le fournisseur du paiement des factures que la société pourrait lui devoir. Le 3 décembre 2002, la Banque populaire nord de Paris (la sous-caution) s'est rendue caution de la société pour le paiement des sommes que cette dernière pourrait devoir à la caution. Après paiement de la dette de la société défailtante le 7 novembre 2006, la caution a assigné en exécution de sa garantie la Banque populaire rives de Paris, venant aux droits de la sous-caution pour l'avoir absorbée les 8 et 9 novembre 2004.

L'arrêt attaqué, rendu le 11 avril 2012, répond à la société Banque populaire rives de Paris, société absorbante, qui soutenait que la dette était née au jour de la défaillance de la société, postérieurement à la fusion intervenue, que la Banque populaire nord de Paris a fait apport de l'universalité de son patrimoine à la Banque populaire rives de Paris le 9 novembre 2004, cette

transmission comprenant les dettes existantes à cette date, de sorte que l'obligation de cautionnement est née le jour de la conclusion du contrat, le 3 décembre 2002, par la société Banque populaire nord de Paris, soit antérieurement à la fusion.

Ainsi condamnée au paiement d'une certaine somme, la sous-caution faisait valoir que « *c'est seulement après avoir payé le créancier que la caution, devenue alors créancière du débiteur principal, dispose contre la sous-caution, garante des engagements de celui-ci, d'une action personnelle en exécution de sa garantie* » (article 2305 du code civil), de sorte que la dette, née postérieurement à la fusion, n'était pas garantie.

Le défendeur au pourvoi observait que, dans les rapports débiteur garanti, caution et sous-caution, la caution devait être traitée comme le créancier garanti et la sous-caution comme la caution, de sorte que, et raisonnant par analogie, à l'instar du créancier, titulaire d'une créance née dès l'engagement de la caution, la caution était titulaire d'une créance née dès l'engagement de la sous-caution, peu important qu'elle ne fut pas immédiatement exigible. Distinguant l'existence de la dette de son exigibilité, il considérait que la jurisprudence applicable à la fusion affectant la personne morale créancière ou débitrice, posant le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante (Com., 8 novembre 2005, pourvoi n° 01-12.896, *Bull.* 2005, IV, n° 218, et pourvoi n° 02-18.449, *Bull.* 2005, IV, n° 219), l'était à la caution elle-même et faisait donc porter la discussion uniquement sur la date de naissance de la dette de la sous-caution.

La chambre, après avoir énoncé qu'aux termes de l'article L. 236-3, I, du code de commerce, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération, de sorte qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution antérieurement à la fusion, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci, a retenu qu'ayant relevé que le contrat de sous-cautionnement avait été conclu antérieurement à la fusion, la cour d'appel en a exactement déduit que la sous-caution était tenue de l'exécuter.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne des deux arrêts rendus par la chambre commerciale (Com., 7 novembre 1966, pourvoi n° 64-11.963, *Bull.* 1966, III, n° 421, qui a jugé qu'en cas de fusion de la société caution avec une autre société, la garantie subsistait pour les dettes nées avant cette opération, et 4 février 1997, pourvoi n° 94-15.282, rendu au visa de l'article 372-1, alinéa premier, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales).

En faisant prévaloir, par un chapeau intérieur à valeur normative, le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, la chambre a voulu conférer une plus grande sécurité juridique aux opérations de cautionnement bancaire, dans un contexte de restructuration permanente du secteur bancaire et financier.

N° 642

Chambre de l'instruction

Nullités de l'instruction. - Examen de la régularité de la procédure. - Annulation d'actes. - Demande de la personne mise en examen. - Acte concernant un tiers. - Introduction dans un lieu privé. - Atteinte à un droit propre à la personne. - Nécessité.

Une personne mise en examen, qui n'est titulaire d'aucun droit ni titre sur un lotissement dont l'accès est protégé, ne saurait être admise à invoquer une irrégularité résultant de l'introduction d'un officier de police judiciaire sans autorisation dans ce lieu privé, dès lors que, n'étant pas elle-même présente, ses propos ou son

image n'ont pas été captés, et qu'elle n'établit pas qu'à cette occasion, il aurait été porté atteinte à un autre intérêt qui lui serait propre.

Crim. - 14 janvier 2014.

REJET

N° 13-84.909. - CA Aix-en-Provence, 17 juin 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Cordier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 643

Circulation routière

Conduite sous l'empire d'un état alcoolique. - État alcoolique. - Preuve. - Ethylomètre. - Homologation. - Certificat d'examen de type. - Validité. - Prorogation. - Défaut. - Portée.

Il résulte du dernier alinéa de l'article 6 du décret n° 2001-387 du 3 mai 2001 relatif aux instruments de mesure que, lorsque la validité du certificat d'examen de type n'est pas prorogée, les instruments en service conformes à ce type continuent à pouvoir être utilisés et réparés.

Fait une exacte application de ce texte la cour d'appel qui rejette une exception de nullité au constat de ce qu'un éthylomètre dont le certificat d'examen de type avait été délivré plus de dix ans avant l'utilisation en cause répondait aux exigences de ce décret, qui prévoient que si la validité du certificat d'examen de type n'est pas prorogée, les instruments en service continuent à pouvoir être utilisés, sous réserve d'être vérifiés, ce qui était le cas de l'espèce, l'instrument ayant fait l'objet d'une vérification périodique.

Crim. - 15 janvier 2014.

REJET

N° 13-83.218. - CA Besançon, 9 avril 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Moignard, Rap. - M. Lacan, Av. Gén.

N° 644

Construction immobilière

Immeuble à construire. - Vente en l'état futur d'achèvement. - Garantie financière d'achèvement. - Contrat de promotion immobilière. - Clause permettant le versement d'une somme incluse dans la garantie avant l'achèvement de l'immeuble. - Effet. - Absence de garantie intrinsèque d'achèvement. - Applications diverses.

Une cour d'appel qui retient qu'un notaire constate l'existence d'une garantie intrinsèque en prenant en compte une somme comme fonds propres, alors que, par l'effet de la clause du contrat de promotion immobilière permettant son versement aux acquéreurs avant l'achèvement de l'immeuble, cette somme ne pouvait plus être considérée comme investie dans l'opération ou disponible pour la financer, peut en déduire que ce notaire a commis une faute.

3^e Civ. - 15 janvier 2014.

REJET

N° 11-28.701. - CA Montpellier, 4 octobre 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Jardel, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - Urbanisme - Construction, n° 3, mars 2014, Chroniques, p. 169-170, note Henri Heugas-Darraspen (« Maelström réglementaire et législatif : réforme puis suppression de la garantie intrinsèque d'achèvement »). Voir également la

Gazette du Palais, n° 61-63, 2-4 mars 2014, *Chronique de jurisprudence de droit immobilier*, p. 26-27, note Vivien Zalewski-Sicard (« Garantie intrinsèque et responsabilité notariale »).

N° 645

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Pouvoir de direction. - Étendue. - Contrôle et surveillance des salariés. - Procédés de surveillance. - Équipement obligatoire des véhicules d'un chronotachygraphe. - Déclaration préalable à la CNIL. - Défaut. - Portée.

Il résulte des règlements (CEE) n° 3821/85 du Conseil du 20 décembre 1985 et (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 que les entreprises de transport routier doivent équiper leurs véhicules d'un chronotachygraphe, sous peine de sanctions pénales.

Il en résulte que l'absence de déclaration de cet appareil à la Commission nationale de l'informatique et des libertés ne saurait priver l'employeur de la possibilité de se prévaloir, à l'égard du salarié chauffeur routier, des informations fournies par ce matériel de contrôle, dont le salarié ne peut ignorer l'existence.

Soc. - 14 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-16.218. - CA Grenoble, 26 janvier 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Terrier-Mareuil, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 281, p. 221-222.

N° 646

Contrat de travail, rupture

Clause de non-concurrence. - Indemnité de non-concurrence. - Paiement. - Modalités. - Paiement pendant la période d'exécution du contrat. - Nature. - Élément de rémunération. - Portée.

Il résulte des articles L. 1221-1 du code du travail et 1134 du code civil, d'une part, que le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, qui a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi, ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture, et, d'autre part, que le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, pour condamner le salarié à rembourser une somme au titre de la clause de non-concurrence, retient qu'aucune cause de nullité n'affecte cette clause assortie d'une contrepartie financière sous forme de versement d'une indemnité mensuelle durant l'exécution du contrat de travail et que, l'employeur ayant renoncé à l'application de cette clause, le salarié n'a jamais été soumis à une obligation de non-concurrence, alors que la clause qui prévoyait le versement d'une indemnité avant la rupture du contrat de travail était nulle et que l'employeur ne pouvait obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause nulle, lesquelles constituaient un complément de salaire.

Soc. - 15 janvier 2014.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 12-19.472. - CA Paris, 15 mars 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Mariette, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 4, 28 janvier 2014, Actualités, n° 42, p. 5-6 (« Preuve des heures supplémentaires »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 4, 30 janvier 2014, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 215 (« Clause de non-concurrence (nullité) : paiement anticipé de la contrepartie financière »), La Semaine juridique, édition sociale, n° 5, 4 février 2014, Actualités, n° 56, p. 4-5 (« L'employeur ne peut obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause de non-concurrence nulle »), également publié dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 6, 6 février 2014, Actualités, n° 113, p. 17-18, et la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 223, p. 187.

N° 647

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Maladie du salarié. - Remplacement définitif. - Caractérisation. - Cas. - Promotion interne compensée par une embauche externe.

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

Justifie légalement sa décision en caractérisant la nécessité du remplacement définitif du salarié à une date proche de son licenciement une cour d'appel qui a relevé, d'une part, que l'absence pour maladie du salarié avait conduit l'employeur à confier temporairement, à compter du 1^{er} décembre 2008, les tâches de directeur à l'un des infirmiers de l'association, lequel avait finalement été recruté comme directeur à temps plein par contrat du 10 août 2009, et, d'autre part, qu'une infirmière avait été engagée, par contrat à durée indéterminée du 22 décembre 2009, pour pourvoir le poste laissé vacant par son collègue, promu sur le poste de directeur.

Soc. - 15 janvier 2014.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 12-21.179. - CA Douai, 20 avril 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Wurtz, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 30 janvier 2014, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 216 (« Absence d'un salarié (maladie) : licenciement et remplacement définitif »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 210, p. 178-179.

N° 648

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Formalités légales. - Lettre de licenciement. - Contenu. - Mention des motifs du licenciement. - Examen de l'ensemble des griefs énoncés. - Office du juge.

Les juges sont tenus d'examiner l'ensemble des griefs énoncés dans la lettre de licenciement.

Encourt la cassation l'arrêt qui écarte certains de ces griefs au motif de leur caractère postérieur à l'engagement d'une première procédure disciplinaire ayant conduit l'employeur au prononcé d'une mesure de rétrogradation disciplinaire, refusée par le salarié.

Soc. - 14 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 12-12.744. - CA Aix-en-Provence, 22 novembre 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Terrier-Mareuil, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 649

Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Cause. - Manquements reprochés à l'employeur. - Preuve. - Défaut. - Effets. - Préavis. - Exécution. - Dispense. - Cas. - Maladie du salarié.

La cour d'appel qui a jugé que la prise d'acte de la rupture par le salarié produisait les effets d'une démission a ensuite constaté que ce dernier s'était trouvé, du fait de sa maladie, dans l'incapacité d'effectuer le préavis de quinze jours dont l'exécution avait été convenue avec l'employeur.

Il en résulte qu'aucune indemnité compensatrice de préavis ne pouvait être mise à la charge du salarié.

Soc. - 15 janvier 2014.
REJET

N° 11-21.907. - CA Colmar, 12 avril 2011.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Hénon, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Vincent et Ohl, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 3 février 2014, Actualités, n° 142, p. 206, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Prise d'acte produisant les effets d'une démission et préavis »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 203, p. 173.

N° 650

Contrat de travail, rupture

Rupture conventionnelle. - Forme. - Convention signée par les parties. - Validité. - Conditions. - Consentement. - Appréciation. - Existence d'un différend. - Absence d'incidence. - Détermination. - Portée.

L'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui retient que la rupture conventionnelle du contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif qu'il existait, au jour de la conclusion de la convention de rupture, un différend entre les parties sur l'exécution du contrat.

Soc. - 15 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 12-23.942. - CA Versailles, 13 juin 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. David, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 4, 28 janvier 2014, Actualités, n° 47, p. 7, note Sébastien Miara (« Rupture conventionnelle : irrecevabilité d'un syndicat en son intervention volontaire »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 5, 30 janvier 2014, Actualités, n° 85, p. 17. Voir également le Recueil Dalloz, n° 4, 30 janvier 2014, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 214 (« Rupture conventionnelle :

existence d'un différend et recevabilité de l'action du syndicat »), La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 3 février 2014, Actualités, n° 143, p. 206, note Gilles Dedessus-Le-Moustier (« Validité d'une rupture conventionnelle homologuée et irrecevabilité de l'action collective d'un syndicat »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 216, p. 183-184.

N° 651

Convention européenne des droits de l'homme

Article 10. - Liberté d'expression. - Restriction. - Cause. - Protection de la réputation des droits d'autrui. - Conditions. - Proportionnalité au but recherché. - Applications diverses. - Transaction comportant un engagement réciproque, précis et limité dans le temps de cesser tout propos critique et dénigrant.

Des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression pour assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui dès lors que ces restrictions sont proportionnées au but recherché.

Une cour d'appel peut dès lors juger licite une transaction conclue entre un ancien journaliste et une société de télévision après avoir constaté que l'accord était destiné à mettre fin à une intense polémique médiatique entretenue par le salarié après son licenciement et de nature à nuire à la réputation de son employeur et qu'il comportait engagement réciproque de cesser tout propos critique et dénigrant pendant une durée de dix-huit mois à l'encontre de personnes physiques et morales déterminées et s'agissant de programmes déterminés.

Soc. - 14 janvier 2014.
REJET

N° 12-27.284. - CA Versailles, 5 septembre 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Béraud, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Le rapport du conseiller rapporteur est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, Études et doctrine, p. 160 à 162 (« Restriction de la liberté d'expression dans une transaction »). Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 4, 28 janvier 2014, Actualités, n° 46, p. 7 (« Restrictions à la liberté d'expression du salarié »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 222, p. 186-187.

N° 652

Conventions internationales

Principes généraux. - Interprétation. - Traités invoqués dans la cause. - Office du juge. - Convention d'entraide judiciaire. - Portée.

Il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen.

Les autorités judiciaires françaises, lorsqu'elles utilisent les informations qui leur ont été communiquées dans le cadre d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale, sont tenues de respecter les règles fixées par cette convention, à laquelle s'incorporent les réserves et déclarations formulées, qui obligent les États parties dans leurs rapports réciproques.

Dès lors, encourt la censure l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour rejeter une demande d'annulation d'un réquisitoire supplétif et de la mise en examen subséquente, dans laquelle est invoquée l'exploitation, en méconnaissance des stipulations de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, incorporant les réserves formulées par le Grand-duché

du Luxembourg, des renseignements reçus des autorités judiciaires de cet État, en exécution d'une commission rogatoire internationale, retient qu'elle n'a pas compétence pour interpréter les modalités de ratification d'une convention internationale par un État étranger, ni pour rechercher si des réserves non exprimées par l'État requis auprès de l'État requérant sont applicables.

Crim. - 15 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-84.778. - CA Aix-en-Provence, 30 mai 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 653

Dénonciation calomnieuse

Dénonciation. - Spontanéité. - Nécessité.

Le délit de dénonciation calomnieuse, prévu et réprimé par l'article 226-10 du code pénal, ne peut être constitué que si la dénonciation est spontanée.

En conséquence, justifie sa décision au regard de ce texte la chambre de l'instruction qui, pour confirmer une ordonnance de non-lieu, retient que la dénonciation opérée par le représentant des créanciers, en application de l'article 29 du décret du 27 décembre 1985, en vigueur au moment des faits, dans une procédure de redressement judiciaire et les constatations des rapports ultérieurement établis ne peuvent être considérées comme spontanées.

Crim. - 14 janvier 2014.
REJET

N° 12-86.781. - CA Poitiers, 2 octobre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Salvat, Av. Gén. - SCP Blanc et Rousseau, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 654

Donation

Incapacité de recevoir. - Médecin. - Traitement du malade. - Soins donnés au cours de la dernière maladie. - Définition. - Exclusion. - Cas.

De ce qu'elle a souverainement estimé que l'assistance apportée par un médecin n'a pas constitué un traitement médical et qu'il n'a pas prodigué des soins réguliers et durables pendant la maladie dont celui qui l'a gratifié est décédé, une cour d'appel déduit exactement que ce médecin n'est pas frappé par l'incapacité de recevoir prévue par l'article 909 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, applicable en la cause.

1^{re} Civ. - 15 janvier 2014.
REJET

N° 12-22.950. - CA Paris, 7 mars 2012.

M. Charruault, Pt. - M. Savatier, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 5, 31 janvier 2014, Actualités, n° 216, p. 9, note Daniel Faucher (« Capacité de recevoir du praticien qui n'est pas le médecin traitant du légataire »).

N° 655

Douanes

Compétence. - Tribunal d'instance. - Décision administrative préalable. - Notification. - Mentions. - Voies et délais de recours. - Omission. - Portée.

Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision.

Viole l'article 455 du code de procédure civile la cour d'appel qui, pour déclarer l'action d'une société irrecevable comme prescrite, relève que le courrier de l'administration des douanes lui notifiant son refus de faire droit à sa demande de remboursement des droits et taxes acquittés précisait que cette décision était susceptible de recours devant le tribunal d'instance en application de l'article 357 bis du code des douanes, sans répondre aux conclusions de la société, qui soutenait que les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables à l'administré qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision de l'administration.

Com. - 7 janvier 2014.
CASSATION

N° 12-21.286. - CA Rouen, 24 mai 2012.

M. Espel, Pt. - M. Grass, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 656

1^{re} Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégués du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Protocole d'accord préélectoral. - Validité. - Applications diverses. - Accord collectif antérieur visant à faciliter les moyens et la communication des syndicats représentatifs. - Décision unilatérale de l'employeur d'égaliser les moyens lors du processus électoral.

2^o Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégués du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Vote par correspondance. - Dépouillement optique des bulletins de vote. - Validité. - Conditions. - Conclusion préalable d'un accord collectif d'entreprise. - Nécessité (non). - Détermination.

1^o L'existence d'un accord collectif de 2006 réservant aux seuls syndicats représentatifs des avantages en termes de moyen et de communication n'a pas pour incidence la nullité de plein droit du protocole préélectoral et des élections professionnelles organisées au sein de l'entreprise, dès lors que la validité du protocole préélectoral n'est pas mise en cause au regard du principe d'égalité de traitement et qu'il est soutenu que l'employeur avait pris les mesures pour permettre aux syndicats non représentatifs présentant des candidats aux élections de bénéficier des mêmes moyens de communication et de propagande électorale que les syndicats représentatifs.

2^o Les dispositions des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du code du travail, en ce qu'elles imposent la conclusion préalable d'un accord collectif d'entreprise, sont applicables au vote électronique, et non au vote par correspondance avec dépouillement optique des bulletins de vote.

Soc. - 14 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-60.165 et 13-60.166. - TI Vanves, 19 mars 2013.

M. Bailly, Pt (f.f.) - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Fabiani et Luc-Thaler, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 249, p. 201-202.

N° 657

Élections professionnelles

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Délégation du personnel. - Désignation. - Désignation sur un siège non réservé à une catégorie de personnel. - Éligibilité. - Cas. - Personnel de maîtrise ou cadre.

L'article R. 4613-1 du code du travail, qui impose de réserver un certain nombre de sièges à la catégorie agents de maîtrise et cadres, n'interdit pas que des salariés appartenant à cette catégorie puissent être par ailleurs élus pour pourvoir les sièges auxquels le code du travail n'attribue aucune affectation catégorielle particulière.

Soc. - 14 janvier 2014.

CASSATION SANS RENVOI

N° 13-13.607. - TI Fort-de-France, 19 février 2013.

M. Bailly, Pt (f.f.) - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - M^e Bouthors, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 251, p. 203.

N° 658

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Organes. - Administrateur judiciaire. - Discipline. - Recours. - Cour d'appel de Paris. - Intervention du président du Conseil national. - Condition.

Si aucun texte ne prévoit l'intervention du président du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires devant la cour d'appel de Paris lorsqu'il n'est pas l'autorité poursuivante, aucun texte ne lui interdit d'intervenir à l'instance, dès lors qu'il remplit les conditions de l'article 554 du code de procédure civile, selon les règles applicables à la procédure sans représentation obligatoire, laquelle n'exclut pas la représentation par avocat.

Com. - 14 janvier 2014.

REJET

N° 12-28.008. - CA Paris, 7 novembre 2012.

M. Espel, Pt. - Mme Jacques, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Pivnicka et Molinié, Av.

N° 659

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Contrats en cours. - Interdiction de leur résiliation ou résolution du seul fait de l'ouverture du redressement. - Domaine d'application. - Clause diminuant les droits ou aggravant les obligations du débiteur.

Il résulte de l'article L. 622-13 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L. 631-14, I, du même code, qu'est interdite toute clause qui modifie les

conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire.

Constitue une telle clause celle qui exclut la garantie prévue par un contrat d'assurance au titre de la perte de la valeur vénale du fonds de commerce pour les sinistres survenus après l'ouverture d'un redressement judiciaire.

Com. - 14 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-22.909. - CA Douai, 24 mai 2012.

M. Espel, Pt. - Mme Texier, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 30 janvier 2014, Actualité/droit des affaires, p. 206, note Alain Lienhard (« Contrats en cours : aggravation des obligations en cas de redressement judiciaire »). Voir également la Revue des sociétés, n° 3, mars 2014, Chronique de droit des entreprises en difficulté, p. 200-201, note Laurence Caroline Henry (« Les contrats en cours entre constance et sémantique nouvelle »).

N° 660

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Responsabilités et sanctions. - Faillite et interdictions. - Interdiction de gérer. - Cas. - Omission de demander l'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire. - Dispense. - Assignation par un créancier (non).

Il résulte de l'article L. 653-8 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, que le débiteur, qui est tenu de demander l'ouverture de la procédure collective au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, n'en est pas dispensé par la délivrance d'une assignation à cette fin par un créancier.

Com. - 14 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-29.807. - CA Nancy, 17 octobre 2012.

M. Espel, Pt. - M. Zanoto, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Bouloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 30 janvier 2014, Actualité/droit des affaires, p. 207, note Alain Lienhard (« Interdiction de diriger : omission de la déclaration des paiements »). Voir également cette même revue, n° 9, 6 mars 2014, Études et commentaires, p. 595 à 599, note Célia Berger-Tarare (« L'autonomie de l'obligation faite au débiteur de déclarer l'état de cessation des paiements »), et la Revue des sociétés, n° 3, mars 2014, Chronique de droit des entreprises en difficulté, p. 197-198, note Philippe Roussel Galle (« Le débiteur doit demander l'ouverture de la procédure dans les quarante-cinq jours de la cessation des paiements, même en cas d'assignation d'un créancier »).

N° 661

Expert judiciaire

Rémunération. - Fixation. - Recours. - Recours devant le premier président. - Pouvoirs. - Étendue. - Portée.

La procédure spéciale prévue par les articles 284 et 724 du code de procédure civile s'applique aux contestations relatives à la rémunération des techniciens désignés par le juge, en celles comprises la répartition de leur charge entre les parties.

N° 663

Méconnaît ses pouvoirs un premier président qui déclare irrecevable le recours d'un expert relatif à la répartition entre les parties des sommes qui lui sont dues au titre de sa rémunération.

2^e Civ. - 16 janvier 2014.
CASSATION

N° 13-10.655. - CA Paris, 19 novembre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Grellier, Rap. - M. Maître, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 9, 6 mars 2014, Chroniques / Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 571 à 583, spéc. n° 4, p. 575-576, note Laurence Lazerges-Cousquer et Nina Touati (« Rémunération des techniciens »).

N° 662

1^o Impôts et taxes

Impôts indirects et droits d'enregistrement. - Procédure. - Infractions. - Constatation. - Procès-verbal. - Preuve contraire. - Conditions. - Autorisation du juge. - Convention européenne des droits de l'homme. - Article 6. - Compatibilité (non).

2^o Impôts et taxes

Impôts indirects et droits d'enregistrement. - Procédure. - Infractions. - Constatation. - Procès-verbal. - Force probante. - Preuve contraire. - Défaut. - Portée.

1^o Les alinéas 2 et 3 de l'article L. 238 du livre des procédures fiscales, qui subordonnent à une autorisation du juge le droit, pour le prévenu, d'apporter la preuve contraire des faits constatés dans un procès-verbal, méconnaissent le principe du respect des droits de la défense résultant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

2^o Il résulte de l'article L. 238, alinéa premier, du livre des procédures fiscales qu'en matière de contributions indirectes, les procès-verbaux des agents de l'administration des douanes et droits indirects font foi jusqu'à preuve contraire des faits qui sont rapportés.

Encourt la censure l'arrêt qui relaxe le prévenu sans relever que celui-ci a rapporté la preuve contraire aux constatations rapportées dans le procès-verbal, desquelles il ressortait que les infractions à la législation fiscale objet de la poursuite étaient constituées.

Crim. - 8 janvier 2014.
CASSATION

N° 12-88.326. - CA Dijon, 28 septembre 2012.

Mme Nocquet, Pt (f.f.). - M. Soulard, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 6, 13 février 2014, Études et commentaires, p. 407 à 411, note Étienne Vergès (« Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale »). Voir également cette même revue, n° 7, 20 février 2014, Études et commentaires, p. 464 à 467, note Stéphane Detraz (« Présomption de véracité d'un procès-verbal »).

Indemnisation des victimes d'infraction

Préjudice. - Préjudice permanent exceptionnel. - Définition.

Le poste des préjudices permanents exceptionnels indemnise des préjudices extrapatrimoniaux atypiques, directement liés au handicap permanent, qui prend une résonance particulière pour certaines victimes en raison soit de leur personne, soit des circonstances et de la nature du fait dommageable, notamment de son caractère collectif pouvant exister lors de catastrophes naturelles ou industrielles ou d'attentats.

2^e Civ. - 16 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-10.566. - CA Metz, 18 octobre 2012.

Mme Flise, Pt. - Mme Lazerges, Rap. - M. Maître, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 54-56, 23-25 février 2014, Chronique de jurisprudence de droit du dommage corporel, p. 35-36, note Julie Maupeu (« Indemnisation, au titre de l'incidence professionnelle, de la perte de chance d'un mineur de reprendre avec succès le métier de ses parents »), et p. 36, note Frédéric Bilal (« Le préjudice permanent exceptionnel est une résonance atypique du handicap »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 9, 6 mars 2014, Chroniques / Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 571 à 583, spéc. n° 2, p. 572 à 574, note Laurence Lazerges-Cousquer et Nina Touati (« Dommage corporel »).

N° 664

Indivision

Chose indivise. - Actes autorisés en justice. - Aliénation d'un bien indivis. - Article 815-5-1 du code civil. - Application dans le temps. - Détermination.

À défaut de dispositions contraires, l'article 815-5-1 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, est applicable aux effets à venir d'une indivision existante au jour de l'entrée en vigueur de cette loi.

1^{re} Civ. - 15 janvier 2014.
REJET

N° 12-28.378. - CA Nîmes, 4 septembre 2012.

M. Charruault, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

N° 665

Libération conditionnelle

Mesure. - Révocation. - Motif. - Inobservation des obligations. - Incarcération du condamné intervenue avant l'expiration du délai d'épreuve à l'occasion d'une procédure distincte.

Est justifié l'arrêt de la cour d'appel qui confirme le jugement du tribunal de l'application des peines ordonnant la révocation totale d'une mesure de libération conditionnelle pour inobservation des obligations mises à la charge du condamné, dès lors que celui-

ci est incarcéré, en exécution d'un mandat de dépôt délivré à l'occasion d'une procédure distincte, avant l'expiration du délai d'épreuve, dont le cours est ainsi suspendu.

Crim. - 18 décembre 2013.

REJET

N° 13-80.554. - CA Aix-en-Provence, 18 décembre 2012.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **666**

Partage

Attribution préférentielle. - Bien faisant l'objet de l'attribution. - Local servant d'habitation. - Exclusion. - Cas. - Bien indivis entre les héritiers et un tiers.

Il résulte des articles 832 et suivants du code civil, dans leur rédaction issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, qu'un local servant d'habitation ne peut pas faire l'objet d'une attribution préférentielle lorsque ce bien appartient indivisément aux héritiers et à un tiers.

1^{re} Civ. - 15 janvier 2014.

IRRECEVABILITÉ ET REJET

N° 12-25.322 et 12-26.460. - CA Saint-Denis de la Réunion, 27 avril 2012.

M. Charrault, Pt. - Mme Mouty-Tardieu, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 5, 31 janvier 2014, Actualités, n° 215, p. 9, note Daniel Faucher (« Pas d'attribution préférentielle lorsque le local d'habitation appartient à des héritiers et à un tiers »).

N° **667**

Peines

Peines complémentaires. - Confiscation. - Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Action en restitution. - Propriétaire de bonne foi. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Une société commerciale, propriétaire non poursuivie d'un bien confisqué en première instance, peut intervenir à l'audience d'appel pour demander la restitution de son bien.

N'encourt pas la censure l'arrêt qui, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, estime que cette société n'est pas propriétaire de bonne foi au sens des dispositions de l'article 131-21 du code pénal.

Crim. - 15 janvier 2014.

REJET

N° 13-81.874. - CA Nîmes, 7 février 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **668**

Pouvoirs des juges

Excès de pouvoir. - Définition. - Cas. - Cour d'appel statuant sur une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime formée contre elle.

En statuant sur une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime formée contre elle, la cour d'appel excède ses pouvoirs.

2^e Civ. - 9 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-29.578. - CA Versailles, 22 mars 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Vasseur, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - M^e Haas, Av.

N° **669**

Prescription

Action publique. - Interruption. - Acte d'instruction ou de poursuite. - Contravention. - Amende forfaitaire majorée. - Titre exécutoire. - Réclamation du contrevenant. - Portée.

En matière de contraventions donnant lieu au recouvrement de l'amende forfaitaire majorée prévue par l'article 529-2, alinéa 2, du code de procédure pénale, il suffit, pour que la prescription de l'action publique ne soit pas acquise, que le délai soit interrompu par la délivrance du titre exécutoire, qui fait courir la prescription de la peine, puis, après la réclamation du contrevenant, que la citation soit délivrée avant l'expiration du nouveau délai de l'action publique ouvert à la suite de cette réclamation.

Encourt la censure le jugement de la juridiction de proximité qui déclare l'action publique éteinte par l'effet de la prescription sans tenir compte de la réclamation du contrevenant, qui avait entraîné, conformément aux dispositions de l'article 530 du code de procédure pénale, l'annulation du titre exécutoire et la reprise des poursuites.

Crim. - 15 janvier 2014.

CASSATION

N° 13-84.533. - Juridiction de proximité de Paris 19, 14 mai 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Lacan, Av. Gén.

N° **670**

Preuve

Libre administration. - Étendue. - Limites. - Atteinte au principe de la loyauté des preuves. - Cas. - Stratagème par un agent de l'autorité publique. - Applications. - Sonorisation des cellules de garde à vue.

Porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique.

Lorsque la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement des mis en cause dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux de garde à vue a participé d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené le gardé à vue à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue, encourt la cassation l'arrêt qui, pour valider un tel procédé, énonce que les règles relatives à la garde à vue et les droits inhérents à cette mesure ont été respectés, que la sonorisation a été menée conformément aux restrictions et aux règles procédurales protectrices des droits fondamentaux posées expressément par la commission rogatoire du juge d'instruction et qu'il peut être discuté tout au long de la procédure.

Crim. - 7 janvier 2014.

CASSATION

N° 13-85.246. - CA Versailles, 4 juillet 2013.

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

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 30 janvier 2014, Entretien avec Stéphane Detraz, p. 26 (« Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve »). Voir également cette même revue, n° 6, 13 février 2014, Études et commentaires, p. 407 à 411, note Étienne Vergès (« Loyauté et licéité, deux apports

majeurs à la théorie de la preuve pénale », la Gazette du Palais, n° 38-39, 7-8 février 2014, *Jurisprudence*, p. 19 à 22, note Olivier Bachelet (« Sonorisation de cellules de garde à vue : loyauté versus légalité »), la revue Droit pénal, n° 2, février 2014, commentaire n° 32, p. 45 à 50, note Albert Maron et Marion Haas (« Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 9, 3 mars 2014, *Jurisprudence*, n° 272, p. 434 à 437, note Alexandre Gallois (« Loyauté des preuves pénales : la Cour de cassation est-elle allée trop loin ? »).

N° 671

Procédure civile

Conciliation. - Médiation. - Fin. - Conditions. - Rappel préalable de l'affaire à l'audience. - Nécessité. - Détermination.

Selon l'article 131-10 du code de procédure civile, le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation, sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur. Il peut également y mettre fin d'office, lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis.

Dans tous les cas, l'affaire doit être préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et, à cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance, le médiateur étant informé de la décision.

En rendant un arrêt sur le fond sans avoir au préalable tenu une audience en vue de la fin de la médiation qui était en cours, la cour d'appel a violé l'article 131-10 du code de procédure civile.

Soc. - 14 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-28.295. - CA Paris, 20 septembre 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Contamine, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 672

Procédures civiles d'exécution

Règles générales. - Titre. - Titre exécutoire. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Ordonnance de taxe du bâtonnier. - Ordonnance infirmative du premier président décidant que la détermination du débiteur ne peut être jugée par la procédure de taxe.

Ne constitue pas un titre exécutoire autorisant une saisie l'ordonnance d'un premier président qui infirme les ordonnances de taxe du bâtonnier de l'ordre des avocats désignant le débiteur des honoraires et décide que la détermination du débiteur ne peut être jugée par la procédure de taxe.

2° Civ. - 9 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-28.220. - CA Douai, 14 juin 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Liénard, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Richard, Av.

N° 673

Propriété industrielle

Brevets d'invention. - Application de conventions internationales. - Brevets européens. - Substitution du brevet européen au brevet français. - Action en revendication. - Prescription triennale. - Point de départ. - Date de publication de la délivrance du brevet européen.

Le délai de prescription triennale pour agir en revendication d'un brevet européen, qui, en ce qu'il désigne la France, s'est substitué totalement au brevet français antérieurement à l'introduction de l'action en revendication, court à compter de la date de publication de la délivrance du brevet européen, et non à compter du jour de la délivrance du brevet français.

Com. - 7 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-28.883. - CA Colmar, 11 septembre 2012.

M. Espel, Pt. - Mme Mandel, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

N° 674

Protection des consommateurs

Surendettement. - Commission de surendettement. - Plan conventionnel de redressement. - Effets. - Reconnaissance du droit du créancier. - Interruption de la prescription.

La reconnaissance de dette, interruptive du délai de prescription, peut résulter d'un plan conventionnel de traitement de surendettement des particuliers.

2° Civ. - 9 janvier 2014.

REJET

N° 12-28.272. - CA Aix-en-Provence, 24 février 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Vasseur, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Capron, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 23 janvier 2014, Actualité/droit des affaires, p. 140, note Valérie Avena-Robardet (« Surendettement : plan conventionnel et interruption de la prescription »).

N° 675

Publicité foncière

Mayotte. - Immeuble. - Immatriculation. - Purge. - Caractère absolu.

Une cour d'appel qui relève qu'une opposition a été reçue postérieurement à l'immatriculation d'une propriété au livre foncier de Mayotte en déduit à bon droit, en application des articles 118 et 119 du décret du 4 février 1911 réorganisant la propriété foncière à Madagascar et du caractère définitif et inattaquable du titre foncier, qu'elle est irrecevable.

3° Civ. - 15 janvier 2014.

REJET

N° 12-26.197. - CA Saint-Denis de la Réunion, 3 juillet 2012.

M. Terrier, Pt. - M. Maunand, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, Av.

N° 676

Restitution

Objets saisis. - Action en restitution. - Demande formée par un tiers. - Rejet. - Lien de la somme confisquée avec les activités du condamné. - Portée.

Le tiers dont la requête en restitution d'un bien objet d'une mesure de confiscation ordonnée en application de l'article 131-21 du code pénal a été rejetée par le procureur général dispose d'un recours effectif devant la cour d'appel.

Fait une exacte application de l'article précité l'arrêt qui, pour dire n'y avoir lieu à restitution, caractérise l'existence d'un lien entre la somme confisquée et les activités du condamné.

Crim. - 8 janvier 2014.

REJET

N° 12-88.072. - CA Aix-en-Provence, 27 novembre 2012.

M. Louvel, Pt. - Mme de la Lance, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

N° 677

Séparation des pouvoirs

Acte administratif. - Appréciation de la légalité, de la régularité ou de la validité. - Question préjudicielle. - Sursis à statuer. - Contestation sérieuse. - Nécessité. - Vétérinaire. - Obligation de non-concurrence ne comportant pas de contrepartie financière.

L'examen du pourvoi qui soutient qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle comporte une contrepartie financière et qu'il en résulte qu'aucune disposition réglementaire ne saurait autoriser valablement un employeur à imposer une obligation de non-concurrence à un salarié sans prévoir le versement d'une contrepartie financière nécessite que soit posée la question de l'appréciation de la légalité des dispositions de l'article R. 242-65 du code rural relatives à la profession de vétérinaire, interdisant à un vétérinaire salarié, pendant deux ans après la rupture de la relation de travail, d'exercer son activité de vétérinaire dans un périmètre de 25 kilomètres du cabinet de son ancien employeur, car la question soulève une difficulté sérieuse.

Il y a lieu en conséquence de renvoyer l'une ou l'autre des parties à saisir la juridiction administrative et de surseoir à statuer sur le pourvoi.

Soc. - 15 janvier 2014.

SURSIS À STATUER

N° 12-19.118. - CA Aix-en-Provence, 28 mars 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Frouin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 224, p. 187-188.

N° 678

Société civile

Personnalité morale. - Perte. - Cas. - SCI ancienne non immatriculée au 1^{er} novembre 2002. - Immatriculation postérieure. - Effets. - Création d'une personne morale nouvelle.

Une société civile immobilière ayant perdu sa personnalité morale faute d'avoir procédé à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés avant l'expiration, le 1^{er} novembre 2002, du délai prévu à cette fin par l'article 44 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, ses associés ne sont pas fondés à se prévaloir des dispositions de l'article 1844-3 du code civil pour en déduire que la société immatriculée au registre du commerce et des sociétés du Luxembourg en 2008 n'était pas une personne morale nouvelle.

Com. - 7 janvier 2014.

REJET

N° 11-25.635 et 11-26.918. - CA Paris, 4 mai 2011.

M. Espel, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 23 janvier 2014, Actualité/droit des affaires, p. 143 (« Sociétés civiles non immatriculées : effet de la perte de la personnalité morale »). Voir également La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 4, 24 janvier 2014, Actualités, n° 182, p. 7

(« Perte de la personnalité morale des SCI non immatriculées »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 5, 30 janvier 2014, Actualités, n° 1049, p. 32, et la revue Banque et droit, n° 153, janvier-février 2014, Chronique - Droit des sociétés, p. 53-54, note Michel Storck.

N° 679

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Dispositions générales. - Négociation. - Accord négocié en l'absence de délégués syndicaux. - Effets. - Nature et effets juridiques d'un accord collectif. - Conditions. - Détermination. - Portée.

En l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, seul un accord négocié dans les conditions prévues par l'article L. 132-26 du code du travail alors en vigueur pouvait avoir la nature et les effets d'un accord collectif.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour reconnaître à un accord la nature juridique d'un accord collectif, retient qu'il mentionne, outre la direction de l'établissement, la délégation syndicale représentée par un salarié mandaté par le secrétaire du syndicat CFDT, que le mandat est exempt de toute ambiguïté et que le fait que le syndicat ait donné un mandat dans des conditions non prévues par les articles L. 132-26 et suivants du code du travail n'est pas susceptible de remettre en cause la nature juridique de l'accord collectif, conclu au nom de l'organisation syndicale par un autre mandataire que ceux visés aux articles précités.

Soc. - 14 janvier 2014.

CASSATION

N° 12-19.412. - CA Paris, 15 mars 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Chauvet, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 254, p. 205.

N° 680

Statuts professionnels particuliers

Gérant. - Gérant non salarié. - Qualité de cadre. - Exclusion.

Si le mandataire gérant remplissant les conditions prévues par l'article L. 781-1, 2°, du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, peut se prévaloir de la convention collective applicable à la relation de travail, il ne peut, en l'absence de lien de subordination, être assimilé à un cadre salarié et ne peut en conséquence prétendre à la qualification conventionnelle correspondante.

Doit par conséquent être cassé l'arrêt qui, pour dire que le gérant non salarié d'une succursale pouvait prétendre à la qualification de cadre niveau VII de la convention collective nationale des commerces de détail non alimentaires, applicable en l'espèce, et aux droits subséquents, retient, d'abord, que les travailleurs visés par l'article L. 781-1, 2°, devenu les articles L. 7321-1 et L. 7321-3 du code du travail, bénéficient des dispositions de celui-ci, notamment celles du titre V, livre II, relatif aux conventions collectives, et donc de la convention collective à laquelle est soumis le chef d'entreprise qui les emploie, ensuite, que, compte tenu de ses fonctions et de son expérience, le gérant revendique à bon droit un salaire équivalent au minimum conventionnel du statut cadre niveau VII.

Soc. - 15 janvier 2014.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 11-11.223. - CA Rennes, 25 novembre 2010.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Blatman, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 280, p. 221.

N° 681

Syndicat professionnel

Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Candidats ayant obtenu 10 % des voix. - Appréciation. - Modalités. - Cas. - Liste commune établie par des organisations syndicales. - Portée.

Il résulte de l'article L. 2122-3 du code du travail que lorsqu'une liste commune a été établie par des organisations syndicales, il doit être procédé à la répartition entre elles des suffrages exprimés permettant de déterminer leur audience électorale et leur représentativité, sur la base indiquée lors du dépôt de leur liste portée à la connaissance tant de l'employeur qu'à celle des électeurs et, à défaut, à parts égales entre les organisations concernées.

Doit dès lors être approuvé le tribunal d'instance qui, ayant constaté qu'aucune des organisations syndicales concernées n'avait recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise, décide qu'elles ne pouvaient désigner un délégué syndical en se prévalant du score obtenu par la liste commune.

Soc. - 14 janvier 2014.

REJET

N° 12-28.929. - TI Antony, 23 novembre 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Sabotier, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 682

Syndicat professionnel

Droits syndicaux. - Exercice. - Domaine d'application. - Droits conférés à un autre syndicat. - Conditions. - Lien d'affiliation entre les deux syndicats. - Nécessité. - Syndicats adhérents à la même union de syndicats. - Absence d'influence.

Un syndicat ne peut exercer les droits conférés à un autre syndicat en l'absence de lien d'affiliation entre eux, peu important qu'ils soient tous deux adhérents à la même union ou confédération syndicale.

Soc. - 14 janvier 2014.

REJET

N° 13-12.281. - TI Riom, 4 février 2013.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Sabotier, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, M^e Ricard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 3/14, mars 2014, décision n° 240, p. 194.

N° 683

Transports aériens

Transport de personnes. - Responsabilité des transporteurs de personnes. - Contestation sérieuse. - Caractérisation. - Cas. - Enquête en cours destinée à déterminer les causes de l'accident. - Portée.

L'existence d'une enquête en cours, destinée à déterminer les causes d'un accident de transport aérien international, suffit à caractériser l'existence d'une contestation sérieuse sur l'étendue de l'obligation à réparation du transporteur aérien et à justifier à ce titre, en vertu de l'article 21 de la Convention de Montréal, une limitation des sommes réclamées, à titre de provision à valoir sur l'indemnisation des passagers, au seuil de 100 000 droits de tirage spéciaux.

1^{re} Civ. - 15 janvier 2014.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-29.038. - CA Paris, 12 octobre 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 684

Transports aériens

Transport de personnes. - Responsabilité des transporteurs de personnes. - Présomption de responsabilité. - Domaine d'application. - Dommages causés aux voyageurs à bord de l'aéronef ou au cours des opérations d'embarquement ou de débarquement. - Caractérisation. - Défaut. - Cas.

La circonstance que la chute de la victime sur le tarmac d'un aéroport ne serait pas due à un malaise de celle-ci est impropre à caractériser l'imputabilité du dommage à un accident survenu lors des opérations d'embarquement, seule de nature à faire jouer la présomption de responsabilité édictée par l'article 17 de la Convention de Varsovie.

1^{re} Civ. - 15 janvier 2014.

CASSATION

N° 11-27.962. - CA Rennes, 12 octobre 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 685

Transports aériens

Transport de personnes. - Responsabilité des transporteurs de personnes. - Présomption de responsabilité. - Domaine d'application. - Dommages causés aux voyageurs à bord de l'aéronef ou au cours des opérations d'embarquement ou de débarquement. - Caractérisation. - Défaut. - Cas.

La simple concomitance entre le vol et l'apparition de lésions subies par un passager ne suffit pas à caractériser l'imputabilité du dommage à un accident qui serait survenu lors des opérations de vol, seule de nature à faire jouer la présomption de responsabilité édictée par l'article 17 de la Convention de Montréal, laquelle est applicable, en substance, à un transport interne, en vertu du Règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil du 9 octobre 1997 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident.

1^{re} Civ. - 15 janvier 2014.

CASSATION

N° 11-21.394. - CA Bordeaux, 27 avril 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 4, 27 janvier 2014, Actualités, n° 90, p. 132 (« Interprétation stricte de la notion d'accident dans la réparation du préjudice corporel subi par le passager d'un aéronef au sens de la Convention de Montréal »). Voir également cette même revue, n° 9, 3 mars 2014, Jurisprudence, n° 264, p. 425 à 428, note Jean-Jacques Barbiéri (« De l'accident en droit des transports aériens »).

N° 686

Transports aériens

Transport de personnes. - Responsabilité des transporteurs de personnes. - Transport aérien. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Vol dont l'objet principal est la réalisation d'un travail aérien et non un simple déplacement d'un point à un autre.

Seules les opérations de transport aérien entrant dans les prévisions de l'article L. 322-3 du code de l'aviation civile, ce texte n'a pas vocation à s'appliquer à un vol dont l'objet principal est la réalisation d'un travail aérien, et non un simple déplacement d'un point à un autre.

1^{er} Civ. - 15 janvier 2014.
REJET

N° 12-12.159. - CA Poitiers, 26 octobre 2011.

M. Charrault, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Gaschignard, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 687

Transports maritimes

Marchandises. - Acconier. - Responsabilité. - Limitation. - Domaine d'application. - Définition.

En application de l'article 28 de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, devenu l'article L. 5422-13 du code des transports, la responsabilité du transporteur n'est limitée que pour les pertes ou dommages subis par la marchandise.

Celle de l'entrepreneur de manutention, aux termes de l'article 54 de la même loi, devenu l'article L. 5422-23 du même code, ne peut en aucun cas dépasser les mêmes limites.

Il s'ensuit que la limitation de responsabilité est applicable aux autres pertes et dommages, lorsqu'ils sont imputables à l'entrepreneur de manutention. La limitation de responsabilité de l'entreprise de manutention portuaire s'applique donc aux dommages causés aux conteneurs.

Com. - 14 janvier 2014.
CASSATION

N° 12-28.177. - CA Rouen, 20 septembre 2012.

M. Espel, Pt. - M. Lecaroz, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - M^e Le Prado, M^e Balat, Av.

N° 688

Travail réglementation, rémunération

Salaires. - Égalité des salaires. - Atteinte au principe. - Cas. - Différence de traitement résultant d'un transfert conventionnel des contrats de travail. - Maintien par la société entrante des contrats de travail des salariés issus de la société sortante. - Applications diverses. - Octroi de la prime de treizième mois.

Le maintien des contrats de travail de salariés en cas de perte d'un marché, prévu et organisé par un accord de branche étendu,

ne constitue pas un élément pertinent de nature à justifier une inégalité de traitement entre des salariés accomplissant un même travail pour un même employeur sur un même chantier.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui juge que la reprise, par une société entrante, des contrats de travail de salariés affectés sur un chantier de nettoyage justifie que, parmi tous les salariés travaillant sur ce chantier et y effectuant le même travail, eux seuls bénéficient d'un avantage constitué par un treizième mois de salaire.

Soc. - 15 janvier 2014.
CASSATION SANS RENVOI

N° 12-25.402, 12-25.403, 12-25.406 et 12-25.407. - CA Paris, 5 juillet 2012.

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Béraud, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 689

1^o Union européenne

Coopération judiciaire en matière civile. - Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions. - Règlement (CE) n° 44/2001. - Article 28. - Connexité. - Exclusion. - Cas. - Absence d'une même situation de fait et de droit.

2^o Procédure civile

Procédure de la mise en état. - Juge de la mise en état. - Compétence. - Exception de procédure. - Cas. - Demande de sursis à statuer.

1^o Selon l'article 28 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

Justifie sa décision une cour d'appel qui, après avoir relevé que même si les fautes alléguées ont pu contribuer au même préjudice, retient que les demandes ne sont pas pour autant connexes, en l'absence d'une même situation de fait et de droit.

2^o Selon l'article 771, 1, du code de procédure civile, 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 statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance.

Viola cette disposition une cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable une demande de sursis à statuer, retient que le sursis à statuer prévu à l'article 378 du code de procédure civile est un incident d'instance qui ne met pas fin à celle-ci, alors que la demande de sursis à statuer constitue une exception de procédure.

Com. - 7 janvier 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 11-24.157. - CA Paris, 21 janvier 2011.

M. Espel, Pt. - M. Grass, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Célice, Blanpain et Soltner, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Bulletin Joly Bourse, n° 3, mars 2014, n° 111f0, p. 145 à 149, note Aline Tenenbaum (« La localisation du préjudice financier au regard des règles européennes de compétence en matière délictuelle »).

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 Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **151,60 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2014, frais de port inclus.



191147990-000414

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 TTC : 9,10 €
ISSN 0750-3865



Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr