

N°2

REVUE DE DROIT PRIVÉ

Faculté de Droit de Montpellier

- JURISPRUDENCE
 - Obligations
 - Contrats spéciaux
 - Responsabilité
 - Biens
 - Personnes / Famille
 - Procédure civile
 - Propriété intellectuelle
- RÉSUMÉ DE MÉMOIRE
 - Le devoir de conseil des professionnels du droit
- ARTICLE DE DROIT COMPARÉ
 - Le pouvoir du juge administratif face aux pratiques anticoncurrentielles :
Étude en droit égyptien

Avril-Juin 2008



**REVUE DE
DROIT PRIVÉ**
Faculté de Droit de Montpellier

Les opinions émises dans cette revue doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REVUE DE DROIT PRIVÉ

Faculté de Droit de Montpellier

Avril – Juin 2008 N° 2

SOMMAIRE

Directeur de la publication

V. Daudet, doctorant

Comité de direction

M.-L. Mathieu-Izorche
Professeur à l'Université
Montpellier I
Directrice du Master 2
Recherche de Droit privé
fondamental

J.-P. Tosi

Professeur à l'Université
Montpellier I
Directeur du Laboratoire
de Droit privé

Comité de rédaction

S. Becqué-Ickowicz
Professeur à l'Université
Montpellier I

J. Faure, doctorant

M. Touillier, doctorant

Financé par le
Laboratoire de Droit
privé de la Faculté de
Droit de Montpellier

ISSN en cours

ÉDITORIAL150

JURISPRUDENCE

OBLIGATIONS.....151

CONTRATS SPÉCIAUX.....166

RESPONSABILITÉ173

PERSONNES - FAMILLE.....193

BIENS.....218

PROCÉDURE CIVILE.....224

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....230

RÉSUMÉ DE MÉMOIRE

LE DEVOIR DE CONSEIL DES PROFESSIONNELS
DU DROIT236

ARTICLE DE DROIT COMPARÉ

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE
AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES :
ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN 244

INDEX THÉMATIQUE.....257

INDEX PAR DÉCISIONS259

TABLE DES MATIÈRES.....261

Pour nous contacter : revuemontpellier@hotmail.fr

Ont contribué à ce numéro :

- Touria AÏT-HELLAL, Chargée de travaux dirigés, Université Paris II Panthéon-Assas
- Haytham ALKASSAS, Doctorant, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I
- Sophie BARDOU, Doctorante, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- Alexis BOISSON, Doctorant, ATER et Chargé de travaux dirigés, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I
- Emelyne CALIMOUTOU, Doctorante, Chargée de travaux dirigés, Laboratoire de droit privé, Université Montpellier I
- Stéphanie DA SILVA, Docteur de l'Université Montpellier I
- Victor DAUDET, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- Olivier DE ROSSO, Master 2 Professionnel de Droit des assurances, Université Lille 2
- Julien FAURE, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I
- Mélanie JAOL, Doctorante, Chargée de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- Jean-Noël LORENZONI, Doctorant, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- Anastasia MARIE de FICQUELMONT, Doctorante, Équipe de recherche sur la politique criminelle, Université Montpellier I ; Assistante de Justice, Cour d'appel de Montpellier
- Anne MATTEO, Élève avocate, École des Avocats Centre Sud
- Alaa RAMADAN, Doctorant, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I
- Marc TOUILLIER, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Équipe de recherche sur la politique criminelle, Université Montpellier I

Bonjour à tous !

Comme dans le cadre du numéro précédent, ce numéro deux de la Revue de droit privé de la Faculté de Montpellier propose au lecteur un exposé des principales décisions rendues pour le trimestre avril-juin 2008. Les matières étudiées -droit des obligations, des contrats spéciaux, de la responsabilité, de la famille, des biens, procédure civile ou encore propriété intellectuelle- restent larges, et soulèvent des points ne se cantonnant pas toujours à la seule sphère juridique : si les dépenses d'amélioration en matière d'indivision ne passionnent ainsi pas forcément les foules, certains problèmes de droit font cependant l'actualité, et il sera par exemple intéressant de se pencher sur le débat houleux relatif aux annulations de mariage.

Un résumé de mémoire sera également présenté, qui s'attachera au lourd problème du devoir de conseil des professionnels du droit. Un article de droit comparé tentera quant à lui d'ouvrir des perspectives et des réflexions sur le droit de la concurrence et sur les relations existant entre les différents ordres juridictionnels.

Cette revue dépendant essentiellement du dévouement de ses contributeurs, son contenu pourra parfois varier, même si le souhait est naturellement celui d'un maintien de la structure générale. Nous prions le lecteur de bien vouloir nous en excuser, sachant que cette involontaire souplesse peut aussi bien être négative que positive. La rubrique « droit des sûretés », présente au premier numéro, disparaît ainsi dans cet opus, mais le droit des assurances fait son entrée au sein des contrats spéciaux. L'appel est en tout cas lancé à tous les intéressés, afin qu'ils n'hésitent pas à nous rejoindre. En attendant, nous espérons répondre ici aux attentes du lecteur, et respecter autant que possible le but de précision et d'intérêt que nous nous sommes fixé.

Les rédacteurs.

Précisions sur les mentions des arrêts de la Cour de cassation

- F Formation à trois dite formation restreinte.
- FS Formation de section composée d'au moins cinq conseillers.
- FP Formation plénière de chambre.
- D Arrêt diffusé aux abonnés, banques de données juridiques, revues...
- P Arrêt publié au bulletin mensuel de la Cour de cassation.
- B Arrêt publié au bulletin bimensuel de la Cour de cassation.
- R Arrêt faisant l'objet d'un bref commentaire dans le rapport annuel de la Cour de cassation.
- I Arrêt mis sur Internet.

Les lettres « P » et « D » correspondent ainsi, comme par le passé, à « publié » et « diffusé ». En revanche, la dénomination P+F (publié et flash) va être progressivement remplacée par P+B, ce qui équivaut à la même chose.

OBLIGATIONS

Touria AÏT-HELLAL, Victor DAUDET et Julien FAURE

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| § 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général | 151 |
| I – Effets des obligations | 151 |
| A – Dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation | 151 |
| B – Effet des conventions à l'égard des tiers | 153 |
| 1 – Effet relatif des conventions..... | 153 |
| 2 – Action paulienne | 156 |
| II – Des diverses espèces d'obligations : obligations solidaires | 158 |
| III – De l'extinction des obligations : paiement avec subrogation | 161 |
| § 2 – Quasi-contrats | 164 |

§ 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général

I – Effets des obligations

A – Dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation

• Clauses pénales et clauses résolutoires

La clause pénale est celle par laquelle les parties à un contrat évaluent, au sein de celui-ci et dès sa conclusion, forfaitairement, les dommages et intérêts qui seront dus par le débiteur en cas de retard ou d'inexécution d'une ou plusieurs de ses obligations contractuelles, et ce, quel que soit le préjudice effectivement subi par le créancier qui n'aura à démontrer ni son existence, ni son importance.

Elle a bien évidemment une fonction comminatoire et se doit en ce sens d'être distinguée des nombreuses autres clauses donnant lieu à des paiements, par exemple celle fixant le montant de l'indemnité d'immobilisation stipulée dans une promesse unilatérale de vente ou d'un dédit. Elle a pour but de prévenir une éventuelle inexécution contractuelle par le fait que le débiteur a, par avance, parfaitement conscience

des conséquences d'une telle inexécution et notamment du montant des dommages et intérêts qu'il devra verser à ce titre au créancier. C'est donc son aspect coercitif et forfaitaire qui caractérise une telle clause. Ainsi, tout récemment, la troisième Chambre civile (**Civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 07-12.848, FS-P+B**) a estimé que devait être cassé, pour violation des articles 1134 et 1152 du Code civil, l'arrêt retenant que l'indemnité de résiliation, prévue par un contrat de crédit-bail immobilier, égale au montant des loyers non échus, tend à préserver l'économie du contrat lors d'une éventuelle rupture anticipée de ce dernier et à indemniser le créancier du préjudice subi découlant directement de l'anéantissement de la convention par effet d'une clause résolutoire ; elle ne peut dès lors constituer une clause pénale, à l'inverse de l'indemnité d'une année de loyer. En effet, l'indemnité due en cas de résiliation pour inexécution qui majore les charges financières pesant sur le débiteur, à la fois en raison de l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la résiliation du contrat et l'exigence du paiement d'une année de loyer supplémentaire, doit s'analyser comme une clause pénale, en ce sens qu'elle est stipulée à la fois pour contraindre à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive.

Il convient ici de rappeler, afin de mieux saisir l'abondance relative de ce type de litiges, que depuis 1975, la loi offre au juge le pouvoir de modérer ou d'augmenter la peine convenue par les parties dès lors qu'elle lui paraît manifestement excessive ou dérisoire. C'est là un pouvoir qui met donc en

cause le caractère automatique de la clause et lui retire de ce fait une partie de sa force comminatoire. Néanmoins, le juge n'est nullement tenu de limiter le montant de l'indemnité au préjudice et ne peut allouer une somme inférieure à ce dernier. En l'espèce, il s'agissait donc pour l'une des parties d'obtenir la requalification de l'indemnité due en clause pénale pour exiger par la suite une réévaluation à la baisse de cette dernière. Nous pourrions alors remarquer une autre décision récente de la première Chambre civile (**Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-15.486, FS-P+B**) qui a considéré qu'une pénalité de 2,20 francs s'appliquant à toute livraison de lait détectée positive aux résidus d'inhibiteurs, prévue par accord interprofessionnel, ne peut constituer une clause pénale susceptible d'être réduite par le juge, car il ne s'agit pas d'un moyen de sanction mais bien d'un simple élément de détermination du prix du produit.

La clause résolutoire, quant à elle, organise en amont la rupture. Elle détermine les circonstances dans lesquelles le contrat sera résolu ou résilié (le plus souvent pour des situations d'inexécution d'une obligation par l'une des parties ou de force majeure). Afin d'éviter de nombreuses déconvenues au moment de la séparation, la clause, dont le contenu peut s'avérer très variable, doit être rédigée sans équivoque et mentionner expressément les obligations qui seront sanctionnées. En effet, une formulation trop imprécise ne permettrait plus de lier aux dispositions contractuelles les juges qui retrouveraient alors leur liberté d'appréciation. Pour preuve, la Cour de cassation réunie en Assemblée

plénière (AP, 4 avril 2008, n° 07-14.523, P+B+R+I) a estimé que dès lors que le prix d'un bien immobilier a été converti en rente viagère, la rente n'est qu'une modalité de paiement du prix ; le non paiement de cette rente à son échéance donne lieu à l'application de la clause résolutoire prévue entre les parties. Autre illustration de l'application d'une telle clause, une décision de la première Chambre civile, datant elle aussi d'il y a quelques semaines (Civ. 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 07-14.954, F-D) : une mère avait vendu à son fils un appartement pour le paiement duquel elle avait consenti un crédit sans intérêt. Suite à la défaillance de l'acheteur, elle avait agi en résiliation de la vente par application d'une clause résolutoire, demande à laquelle était venue s'opposer à l'instance l'épouse du fils, avec lequel elle était en instance de divorce et qui demandait l'attribution de l'appartement en pleine propriété à titre de prestation compensatoire. La Cour d'appel de Paris (Paris, ch. civ. 2, Sect. A, 14 mars 2007) avait prononcé la

résolution de la vente, estimant que le fait que le vendeur avait consenti une donation-partage sur des valeurs mobilières à ses deux enfants puis une donation de valeurs mobilières et le versement de subsides à son fils, sans réclamer le montant des mensualités de remboursement du solde du prix de l'appartement, traduisait sa volonté d'aider et de ne pas aggraver la situation personnelle de ce dernier en exigeant le respect d'obligations qu'il était dans l'impossibilité d'assumer, mais ne suffisait pas à démontrer sa volonté de le faire bénéficier d'une donation déguisée ou sa renonciation ultérieure à réclamer le solde du prix de vente et à se prévaloir des conséquences du défaut de paiement. La Cour de cassation vient sanctionner cette décision, estimant que la cour d'appel avait omis de s'intéresser aux allégations, soulevées à l'audience, de mauvaise foi dans le recours à la clause résolutoire.

Julien FAURE

B – Effet des conventions à l'égard des tiers

1 – Effet relatif des conventions

• **L'effet relatif des contrats assoupli pour le tiers à une transaction : Soc., 14 mai 2008, n° 07-40.946 à 07-41.061, FS-P+B.**

Le souci des rédacteurs du Code civil d'assurer un « splendide isolement » au contrat, pour que celui-ci produise tous ses effets, selon la commune volonté des contractants, loin de tout parasitisme de tiers plus ou moins bien intentionnés, s'est exprimé à travers le principe de l'effet relatif des contrats, énoncé *in limine* à l'article

1165 du Code civil : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers (...)* ». Aujourd'hui, on ne déduit plus de ce texte un cloisonnement parfait du contrat, solution dont la logique commanderait que les tiers puissent, paradoxalement, l'ignorer en toute connaissance de

cause. En réalité, il faut comprendre que le contrat ne peut rendre les tiers débiteurs ou créanciers, qualité qui ne peut frapper que les parties contractantes, ce qui est facilement admissible. Plus encore, il faut en retenir que si le contrat est un acte juridique qui unit les parties, il est également à l'égard des tiers un fait juridique et crée une situation juridique que ces derniers ne peuvent méconnaître. Où l'on voit que le lien contractuel se saisit d'une audience bien plus large que celle de ses seuls auteurs. C'est à cette extension qu'il faut s'intéresser. En effet, après l'arrêt ô combien remarqué et commenté de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 6 octobre 2006 (n° 05-13.255 : *« le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »*), on pouvait se demander si le rayonnement du lien contractuel ne voyait plus s'ériger contre lui aucun obstacle.

Ce n'est pas l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 14 mai 2008 qui nous apportera la preuve de l'existence d'un tel obstacle. En l'espèce, à la suite d'une cession d'entreprise, le cessionnaire a fait l'objet d'une procédure collective à l'issue de laquelle le liquidateur judiciaire a licencié les salariés cédés pour motif économique. Ces derniers ont alors saisi le juge prud'homal d'une action contre leur ancien employeur, le cédant, pour être réintégrés dans la structure de celui-ci, au motif que la cession n'avait pas respecté les exigences de l'article L. 122-12, alinéa

2 du Code du travail, et d'une autre action contre leur nouvel employeur, le cessionnaire, et l'AGS aux fins d'obtention de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La première action s'est dénouée grâce à un accord transactionnel dont le cessionnaire a entendu se prévaloir dans le cadre de la seconde action, prétention favorablement accueillie par la cour d'appel, ce que contestent les salariés auteurs du pourvoi, déclarés irrecevables en leur demande de dommages-intérêts.

Les salariés invoquent légitimement le principe de l'effet relatif des contrats pour refuser que le cessionnaire puisse invoquer la transaction par eux conclue avec le cédant, le fait que cette transaction ne concernait que leur différend avec le cédant et l'absence de toute contrepartie concédée par le cessionnaire à travers le liquidateur, condition d'existence des transactions au sens de l'article 2044 du Code civil.

Il s'agissait donc de savoir dans quelle mesure un tiers pouvait se prévaloir d'une transaction à laquelle il était étranger. La Haute Juridiction a alors jugé que *« si l'effet relatif des contrats interdit aux tiers de se prévaloir de l'autorité d'une transaction à laquelle ils ne sont pas intervenus, ces mêmes tiers peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que renferme cette transaction »*. Selon l'appréciation de la cour d'appel, non contestée par la Cour de cassation, les salariés avaient procédé à une telle renonciation expresse à toute demande en

dommages-intérêts pour leur licenciement dans leur transaction avec le cédant, laquelle transaction pouvait donc être valablement invoquée par le cessionnaire.

Si cette solution est de facture classique¹, elle ne mérite pas moins qu'on en rappelle les fondements et la portée.

La Cour de cassation met en exergue le principe majeur de l'effet relatif des contrats : un tiers à la transaction ne saurait se présenter comme créancier (pour l'espèce qui nous intéresse) d'une obligation créée par elle. A cela, la Haute Cour apporte un tempérament : le tiers peut opposer à l'une des parties la transaction dès lors que celle-ci contient la renonciation à un droit consentie par cette partie. Encore faut-il pour cela que le tiers y ait un intérêt, le plus souvent pour échapper à une obligation dont il serait sinon tenu.

Cet intérêt réside-t-il dans la renonciation des salariés ? Quel est alors l'étendu des droits abdiqués par ces derniers ? Se fondant sur l'article 2048 du Code civil, les salariés rappelaient que la transaction portait exclusivement sur le différend les opposant au cédant, c'est-à-dire au transfert de leur contrat de travail, et n'intéressait pas les ruptures ultérieures des contrats de travail par le cessionnaire. Pourtant, la cour d'appel, appliquant pour sa part l'article 2049 *in fine* du Code civil, a induit des stipulations transactionnelles (notamment de son article 1) et de la commune intention des parties la nécessaire

conclusion de la transaction tant dans l'intérêt du cédant que dans celui du cessionnaire, prévenant dans cette double optique une action récursoire de celui-ci contre celui-là. Il est cependant permis de douter de la renonciation des salariés à agir en dommages-intérêts contre leur nouvel employeur, le cessionnaire, et l'AGS. Cela n'a pas empêché la Cour de cassation de suivre l'appréciation des juges du fond et d'entendre ainsi largement la notion de renonciation, bien au-delà donc de l'objet *a priori* de la transaction qui la contient.

Précisons enfin que la Cour de cassation justifie bien le rejet de l'action des salariés contre le cédant par la renonciation nécessaire à leur droit à dommages-intérêts dans la transaction et non pas, comme l'avaient fait les juges du fond, en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la transaction en application de l'article 2052 du Code civil. En effet, cette autorité de la chose jugée de la transaction constitue une fin de non recevoir à l'action en justice des parties transigeant entre elles, il s'agit donc d'une autorité relative non opposable comme telle aux tiers.

S'il fallait résumer en une phrase tout ce qui vient d'être écrit, au risque de souligner l'inutile exhaustivité de ces quelques lignes, il suffirait de dire qu'une renonciation transactionnelle, donc l'extinction d'un droit, est revêtue par elle-même d'une invocabilité absolue au profit des tiers, alors même que ces derniers n'auraient jamais personnellement consenti à une concession réciproque, exigée par la jurisprudence en plus des conditions de

¹ Civ. 1^{ère}, 25 février 2003, n° 01-00.890, FS-P.

l'article 2044 du Code civil pour qu'il y ait véritablement transaction.

Ou comment profiter d'un contrat sans prendre le risque direct de pertes.

Touria AÏT-HELLAL

2 – Action paulienne

• **Conditions d'exercice de l'action paulienne : Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.095, F-D.**

L'arrêt rendu le 28 mai 2008 par la première Chambre civile de la Cour de cassation donne l'occasion de revenir sur les conditions essentielles à remplir en cas d'exercice d'une action paulienne.

Afin qu'un créancier puisse attaquer sur ce fondement un acte effectué par son débiteur, il faut que cet acte soit de nature exclusivement patrimoniale, qu'il entraîne un appauvrissement du débiteur, qu'il rende le débiteur insolvable et qu'il soit postérieur à la naissance de la dette¹. Les juges du fond ne peuvent donc pas énoncer qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'un acte soit considéré comme préjudiciable aux droits d'un créancier, qu'il ait entraîné l'insolvabilité du débiteur : l'insolvabilité au moins apparente du débiteur doit être établie². Exception étant, comme le rappelle la Cour de cassation, du créancier disposant d'un droit particulier sur un bien : tout acte diminuant la valeur de ce bien peut être

attaqué, même en cas de solvabilité du débiteur³.

Si l'acte remplit ces conditions, le créancier peut agir en démontrant la fraude qui, en cas d'acte à titre onéreux, concernera le débiteur⁴ et le tiers contractant⁵. Les juges du fond ne peuvent donc déclarer une vente inopposable au seul motif que le débiteur avait conscience du préjudice causé. Ils ne peuvent pas non plus condamner solidairement l'acquéreur et le vendeur sur le fondement de la responsabilité civile (résultant ici des « manœuvres employées [...] pour faire obstacle au recouvrement de la dette ») en relevant simplement une faute commise par le vendeur, et non par l'acquéreur.

Victor DAUDET

¹ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., p. 588, n° 855.

² V. déjà Civ. 1^{ère}, 5 déc. 1995, *Bull. civ. I*, n° 443.

³ A. Bénabent, *op. cit.*, p. 590 ; Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1971, *D.* 1972.53, note Agostini.

⁴ L'intention de nuire n'est plus exigée, la seule « connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité » étant suffisante : Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1995, *Bull. civ. I*, n° 79 ; *D.* 1996.391, note Agostini, in A. Bénabent, *op. cit.*, p. 591 ; en l'espèce, il est question de « sa conscience de causer un préjudice au créancier ».

⁵ Si l'acte est fait à titre gratuit, la fraude du débiteur est suffisante : Civ. 1^{ère}, 23 avr. 1981, *Bull. civ. I*, n° 130.

• **Le paiement effectué au cours d'une procédure de conciliation n'est pas un moyen inhabituel de paiement permettant la mise en œuvre de l'action paulienne : Com., 1^{er} avril 2008, n° 07-11.911, F-P+B.**

Une société A et une société B effectuent des travaux pour le compte d'une société C, la société B étant investie d'un mandat d'encaissement. La société B retient 428 690 euros sur les sommes dues à la société A. Un mandataire *ad hoc* est par la suite désigné pour assister la société B dans ses négociations avec ses principaux créanciers. Dans le cadre de la conciliation, la société B verse à la société A les sommes de 200 000 et de 36 998 euros. La société B étant par la suite mise en redressement judiciaire, un plan de cession est arrêté, et l'administrateur judiciaire est désigné commissaire à l'exécution du plan. Il assigne alors la société A en annulation des paiements intervenus, invoquant leur inopposabilité à la procédure collective en application de l'article 1167 du Code civil¹.

Les juges du fond accueillent la demande, et condamnent la société A à rembourser les règlements litigieux, en retenant que ces paiements résultent d'une concertation frauduleuse entre la société B et la société A. Un appauvrissement de la société B en a découlé, la rendant insolvable, ce qui a causé un préjudice à ses autres créanciers.

La Cour de cassation casse cependant l'arrêt au visa de l'article 1167, et énonce dans un attendu de

principe « qu'il résulte de ce texte que seuls sont attaquables par la voie de l'action paulienne les paiements effectués par des moyens inhabituels ». Or, en l'espèce, un tel moyen « inhabituel » ne peut être relevé, les paiements ayant été effectués à l'occasion de la procédure de conciliation, ce qui leur conférerait, selon la Cour, le caractère de dettes échues exclusif d'un appauvrissement du débiteur.

Par conséquent, le paiement de dettes échues à l'occasion d'une procédure de conciliation précédant l'ouverture d'une procédure collective, ne permet pas la mise en œuvre de l'action paulienne, un tel paiement ayant été effectué dans des conditions normales. Comme le souligne le Professeur Fages, cette solution aura vraisemblablement vocation à perdurer avec la procédure de conciliation nouvelle régime, présente aux articles L. 611-4 et suivants du Code de commerce depuis la réforme du 26 juillet 2005, le législateur interdisant de regarder comme inhabituels les paiements qui y sont consentis, le contrôle du juge étant renforcé, et la possibilité existant pour le juge de reporter la date de cessation des paiements à une date antérieure à la décision ayant homologué l'accord amiable obtenu dans le cadre de la conciliation, faisant ainsi remonter la période suspecte².

Victor DAUDET

¹ Le représentant des créanciers ainsi que le commissaire à l'exécution du plan peuvent en effet agir sur ce fondement : Com., 13 nov. 2001 : *Bull. civ. IV*, n° 178 ; *D.* 2001. AJ. 3617, obs. A. Lienhard.

² B. Fages, *RTD civ.* 2008, p. 301.

II – Des diverses espèces d’obligations : obligations solidaires

• De la nécessaire caractérisation de la solidarité : Civ. 1^{ère}, 10 avril 2008, 06-17.990, F-D.

Il appartient à la Cour de cassation de vérifier la conformité des décisions de justice aux règles de droit, c’est-à-dire aux textes ayant le caractère obligatoire de la loi. C’est pourquoi le demandeur au pourvoi n’est autorisé à dénoncer que les seules erreurs de droit commises par les juges du fond.

Toutefois, la transgression d’une règle de droit ne pouvant être sanctionnée par la Cour de cassation que si celle-ci a été mise en mesure de la déceler, il est logique que la Haute juridiction censure également les décisions qui, parce qu’elles ne contiennent pas les motifs propres à s’assurer que la règle de droit appropriée a été respectée ou au contraire méconnue, ne lui permettent pas d’opérer son contrôle de légalité. Dans un tel cas, le demandeur au pourvoi peut reprocher aux juges du fond non pas seulement une méconnaissance directe de la règle de droit, mais bien plutôt une présentation incomplète de ses conditions d’application. A ce titre, la Cour de cassation sanctionne le *défaut de base légale*, c’est-à-dire lorsque les constatations de fait sont insuffisantes, pour justifier de l’application de la règle de droit.

C’est exactement le motif de la cassation prononcée par la première Chambre civile de la Haute juridiction dans son arrêt du 10 avril 2008, au sujet du caractère solidaire ou non d’une

obligation. En l’espèce, la Cour d’appel d’Aix en Provence avait considéré qu’une reconnaissance de dette souscrite par le défendeur et un codébiteur trahissait par sa réduction leur claire intention de s’engager solidairement envers le demandeur.

Une telle déduction satisfaisait-elle à l’exigence posée par l’article 1202 du Code civil selon lequel la solidarité ne se présument pas doit être expressément stipulée ?

La Cour de cassation a répondu par la négative, jugeant que n’ayant pas « précis(é) les circonstances d’où résulterait clairement et nécessairement une telle solidarité », la cour d’appel a privé sa décision de base légale. Il est ainsi reproché aux juges du fond de n’avoir pas caractérisé l’ensemble des conditions juridiques d’application de l’article 1202 du Code civil, c’est-à-dire classiquement l’existence d’une stipulation contractuelle explicite. Une telle exigence peut se comprendre au regard du poids supplémentaire que la solidarité confère à l’obligation puisqu’elle offre au créancier ayant plusieurs débiteurs une garantie d’importance, à savoir la possibilité de réclamer à chacun de ceux-ci le paiement de l’intégralité de la dette, chaque débiteur devant au surplus supporter l’insolvabilité des autres.

L’outil de la solidarité est cependant si important et utile qu’on le voit de

plus en plus comme allant presque de soi. Aussi a-t-il été jugé avec plus de souplesse que les juges du fond pouvaient simplement « constater que la solidarité ressort clairement et nécessairement du titre constitutif de l'obligation, alors même que celle-ci n'a pas été qualifiée de solidaire »¹. Or, ce

rapport de « nécessité » n'a pas été mis en lumière par les juges du fait aixois qui se sont contentés d'une simple « déduction » et se sont en conséquence exposés à une cassation pour défaut de base légale.

Touria AÏT-HELLAL

¹ Civ. 3^{ème}, 26 janvier 2005, n° 03-11.646.

• **De la distinction de l'obligation et de la contribution à la dette en cas de condamnation *in solidum* : Civ. 3^{ème}, 28 mai 2008, 06-20.403, FS-P+B.**

Un même dommage peut résulter d'une pluralité de causes et donc faire naître une pluralité de responsabilités. Dans une telle hypothèse, le juge met à la charge des responsables une obligation de réparation non pas solidaire, la solidarité ne se présumant pas (article 1202 du Code civil), mais une obligation de réparation dite *in solidum*. L'obligation *in solidum*, ou « obligation au tout » qui garantit la victime contre le risque d'insolvabilité d'un ou plusieurs codébiteurs, est une création prétorienne cherchant à pallier l'impossibilité d'appliquer la solidarité traditionnelle prévue par le Code civil aux décisions condamnant plusieurs personnes, impossibilité particulièrement inopportune en matière de responsabilité civile. Dans ce domaine, l'obligation *in solidum* a vocation à être mise en œuvre en présence d'un dommage unique, fût-il la conséquence de faits générateurs de responsabilité (faute, garde, inattention...) distincts ou d'un fait générateur de responsabilité unique auquel tous lesdits responsables auraient participé. Il s'agit cependant à ce niveau de ne déterminer que la responsabilité de chacun, et plus précisément leur obligation à la dette de

réparation, c'est-à-dire leur qualité de débiteur à l'endroit de la victime. Encore faut-il dans un second temps répartir le poids financier de la responsabilité entre les différents co-obligés, c'est-à-dire déterminer leur contribution à la dette de réparation. Cette répartition du poids de la dette n'intéresse donc que les coobligés dans le cadre de leurs recours mutuels : celui qui a indemnisé la victime a un recours contre son ou ses coobligés *in solidum*, recours qui peut prendre la forme d'un appel en garantie s'il est exercé directement à l'instance de condamnation engagée par la victime demanderesse. Or, ce raisonnement en deux étapes peut parfois s'avérer trop rapide et conduire à un raccourci maladroit.

C'est ce qu'illustre l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 28 mai 2008. En l'espèce, les titulaires d'un bail commercial avaient consenti à une société une location-gérance des terrains pris à bail pour l'exploitation d'un fonds de commerce. Les preneurs ayant cessé de payer leur loyer, le bailleur les a assignés avec la société locataire-

gérante pour obtenir la résiliation du bail par acquisition de la clause résolutoire, leur expulsion et leur condamnation *in solidum* au paiement des loyers arriérés, entre autres (la question de l'allocation d'une éventuelle indemnité d'occupation et de dommages-intérêts pour abandon de locaux ne sera pas ici traitée).

Les preneurs au bail commercial, condamnés au paiement d'un arriéré de loyers, ont alors appelé en garantie la société locataire-gérante, appel en garantie rejeté par la cour d'appel estimant que ceux-là ne pouvaient être garantis par celle-ci, également condamnée à payer *in solidum* lesdits loyers.

N'y avait-il pas là confusion entre obligation à la dette et contribution à la dette ? Une condamnation *in solidum* empêche-t-elle le succès d'un appel en garantie formé par l'un des coobligés contre un autre ?

Certainement pas. Les juges du droit interviennent ici pour bien faire le départ entre les deux phases du raisonnement. Ils rappellent ici que « saisie d'un recours en garantie (...), [la cour d'appel] était tenue de statuer sur la contribution à la dette de loyers de chacun des coobligés condamnés *in solidum* ».

En droit, la cour d'appel ne pouvait alors déduire de la condamnation *in solidum* l'impossibilité d'un recours en garantie exercé par un codébiteur. La Cour de cassation l'avait déjà précisé en jugeant que par le prononcé « d'une condamnation solidaire ou *in solidum*, le juge ne statue pas sur l'appel en

garantie exercé par l'un des codébiteurs condamné à l'encontre d'un autre ni ne préjuge de la manière dont la contribution à la dette entre tous les codébiteurs condamnés devra s'effectuer »¹.

Sur le fond, la solution est parfaitement classique quant à l'office du juge saisi d'un recours en garantie de codébiteurs condamnés *in solidum*². En l'espèce, il aurait fallu que la cour d'appel accueille l'appel en garantie et chiffre la part de la réparation à payer par chaque codébiteur en fonction de la gravité de leur faute respective ou de leur fait non fautif.

Quant au fondement de cette action récursoire en garantie, certains avancèrent l'idée d'équité, ou encore celle de la gestion d'affaire ou de l'enrichissement sans cause. D'autres défendirent qu'il s'agissait d'une action personnelle. Si cette dernière conception fut parfois retenue par les juges du droit, ceux-ci marquèrent néanmoins leur préférence pour la notion de subrogation légale : le codébiteur *solvens* ayant payé, outre sa propre dette, celle d'autrui, sa situation entre bien dans les prévisions de l'article 1251-3 du Code civil. Cette difficulté n'étant pas ici

¹ Civ. 3^{ème}, 20 mars 2007, n° 06-12.074.

² Civ. 3^{ème}, 22 juin 1994, n° 92-20.158 : cassation d'une décision qui avait condamné deux architectes envers l'entrepreneur principal en relevant qu'ils avaient commis une faute ayant concouru à la réalisation du dommage, qu'ils devaient être responsables *in solidum* avec les sous-traitants, mais qu'ils devaient supporter toute la dette en raison de la mise en liquidation des biens des sous-traitants. Pour casser l'arrêt, la Cour de cassation énonce que, s'agissant d'un recours en garantie, les architectes ne peuvent être condamnés que pour leur part et portion.

évoquée, fût-ce en filigrane, nous nous surprenons à espérer qu'un arrêt sur ce sujet soit porté à notre connaissance pour nous intéresser plus avant à cette

question d'une grande importance pratique.

Touria AÏT-HELLAL

III – De l'extinction des obligations : paiement avec subrogation

• **Du lien de dépendance entre la subrogation et le paiement : Civ. 1^{ère}, 28 mai et 11 juin 2008, 07-13.437, F-P+B, et 06-20.104, F-P+B.**

Il arrive souvent qu'une personne paye la dette d'une autre au profit du créancier de cette dernière. Le tiers *solvens*, bien peu souvent animé d'une intention libérale, entendra alors retrouver ses fonds. Pour ce faire, lui sont ouvertes deux voies : soit l'action personnelle, soit l'action fondée sur la subrogation personnelle dans les droits du créancier. Or, il ne peut y avoir subrogation personnelle, c'est-à-dire substitution d'une personne à une autre au sein d'un rapport juridique, qu'à l'occasion d'un paiement. Où l'on voit alors la double nature de la subrogation : il s'agit d'un mode de transmission des obligations et d'un effet du paiement. Les rédacteurs du Code civil ont mis en exergue ce dernier aspect en inscrivant les dispositions relatives au paiement avec subrogation aux articles 1249 à 1252 du Code civil, c'est-à-dire au second paragraphe de la section consacrée au paiement. Doit-on en déduire un lien infrangible entre la subrogation et le paiement ? Dans quelle mesure la subrogation est-elle conditionnée par le paiement ?

Autant de questions auxquelles répond la première Chambre civile de la

Cour de cassation dans deux arrêts du 28 mai et du 11 juin 2008.

Dans la première espèce, après avoir procédé à la vente d'un immeuble grevé d'une hypothèque judiciaire, un notaire a omis de désintéresser la banque créancière hypothécaire. L'assureur du notaire a alors indemnisé la banque selon une quittance du 19 août 2002, la banque ne l'ayant subrogé dans ses droits que par acte authentique du 4 août 2003 pour pouvoir agir contre les propriétaires de l'immeuble vendu. C'est ce que fit l'assureur subrogé, obtenant la condamnation des vendeurs au paiement de la somme de 142 000 € plus des dommages-intérêts. Pour la cour d'appel, la condition de concomitance du paiement et de la subrogation était remplie dans la mesure où la quittance de règlement faisait bien état de la subrogation, même si celle-ci est intervenue dans les faits un an plus tard. La question posée aux juges du droit était de savoir si réellement cette condition de concomitance était satisfaite alors que le paiement avait été effectué un an avant la subrogation. Ceux-ci répondirent par la négative : la subrogation un an plus tard n'était plus

possible dès lors que l'effet essentiel du paiement, à savoir l'extinction de l'obligation, privait de tout objet une éventuelle subrogation.

Dans la seconde espèce, la victime d'un dommage à ses biens forme le 21 août 2002 une demande en indemnisation à l'encontre du responsable, n'ayant pas reçu le versement de l'indemnité que lui devait son assureur en vertu d'une quittance subrogative délivrée le 14 août 2002. Le 4 novembre 2003, cet assureur intervient à l'instance en arguant du fait que le 12 septembre 2002, il avait payé son assuré qui l'avait subrogé dans ses droits. La cour d'appel juge que l'assuré comme son assureur sont irrecevables en leurs demandes, respectivement d'indemnisation et de subrogation, au motif que l'assuré, par son acte du 14 août 2002, s'était dépouillé pour l'avenir, et donc pour le 21 août 2002, de toute qualité et intérêt à agir au sujet du sinistre dont il reconnaissait ainsi avoir été indemnisé, et que l'assureur était prescrit en son action le 4 novembre 2003. Se posait alors la question de savoir si la subrogation, quoique antérieure, et donc non concomitante au paiement, pouvait cependant produire effet ? La Haute juridiction juge alors que la subrogation transmettant la créance au subrogé à la date du paiement qu'elle implique, le paiement qui intervient après l'assignation permet à l'assureur de jouir des effets de la subrogation.

Ces arrêts nous commandent de nous pencher sur les conditions de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier, conformément à l'article 1250, 1^o du Code civil qui

précise *in fine* que « cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement ».

S'il est peu difficile de caractériser la subrogation comme résultant d'un accord exprès, ce que rappelle la première espèce, il est en revanche des cas où la concomitance du paiement et de la subrogation est plus problématique. A ce sujet, il convient de s'interroger sur la raison d'une telle exigence du Code civil, tout en distinguant deux hypothèses illustrées chacune par l'un des arrêts commentés.

En premier lieu, dans le cas où le paiement est intervenu avant la subrogation, cette dernière est inefficace puisque la créance est éteinte par stricte application de l'effet extinctif du paiement. Comment subroger le *solvens* dans ce qui n'existe plus ? C'est justement cette considération qui a motivé la cassation dans la première espèce, solution dorénavant classique¹. Les plus curieux se demanderont alors pourquoi les juges de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence n'ont pas immédiatement appliqué cette solution prétendument acquise, et ont considéré au final que la subrogation était bien concomitante au paiement. Notons que les juges d'appel se sont contentés d'observer que la quittance de paiement « révé(ait) » à sa lecture la prévision de la subrogation à intervenir. Or cela est insuffisant pour caractériser la concomitance des deux opérations. En effet, la subrogation doit être spécialement prouvée par le subrogé et non pas déduite d'une phrase dans l'acte de paiement par les juges. Il faut

¹ Com., 14 déc. 1965 : *Bull. civ.* III, n^o 647.

remarque que la cour d'appel avait tout de même essayé de soustraire son arrêt à une éventuelle censure en ne déduisant pas une telle concomitance de l'acte de subrogation postérieur, ce qui était le plus souvent fait par les juges du fond qui étaient alors contredits par la Cour de cassation¹. Cela n'a pourtant pas suffi.

En second lieu, dans le cas où le paiement est postérieur à la subrogation ou est censé lui être postérieur, comme dans la seconde espèce, il est ordinairement jugé que la condition de concomitance n'est pas non plus remplie. Cela est illustré essentiellement en matière de contrat d'assurance dont certaines clauses peuvent prévoir avant tout sinistre que l'assureur est « subrogé » dans les droits et actions éventuels contre les tiers, de telles clauses ayant été analysées en une cession de créance éventuelle et non en une subrogation qui ne saurait exister avant paiement. La jurisprudence a cependant recherché des tempéraments à la rigueur d'une telle exigence de concomitance. Elle a ainsi admis que la subrogation pouvait résulter d'un acte antérieur qui ne produira évidemment son effet qu'au moment du paiement². Où l'on voit l'importance de la caractérisation de la volonté du créancier désintéressé de subroger le *solvens* dans ses droits. S'inspirant de

cette jurisprudence, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription propose qu'il soit inscrit dans le Code civil que la subrogation doit être consentie en même temps que le paiement « à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement »³. Il semblerait toutefois qu'ici la Cour de cassation soit allée plus loin dans la caractérisation de la volonté de subroger en considérant qu'une subrogation « implique » le paiement en l'absence duquel elle perd sa raison d'être et à la date duquel elle opère transfert de la créance du subrogeant au subrogé-*solvens*. Un rapport nécessaire d'implication emporte constatation de la volonté de subrogation. Corrélation qui tranche avec le refus des juges du droit dans la première espèce de voir dans la quittance de paiement une nécessaire mais « révélée » volonté de subrogation postérieure. Peut-être cette souplesse dans la solution s'explique-t-elle par le souci d'encourager les tiers potentiellement *solvens* à s'engager dans la voie de la subrogation qui apparaît dans la pratique comme un instrument de crédit renforçant la sécurité des échanges.

C'est à ce titre qu'il nous faut préciser les avantages du recours subrogatoire. En effet, dans le cadre d'un recours personnel fondé soit sur le mandat soit sur la gestion d'affaire, le *solvens* dispose d'une action personnelle purement chirographaire et donc dépourvue de toute sûreté, ce qui peut s'avérer périlleux en cas de concours avec d'autres créanciers. En

¹ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2006, n° 04-16.916.

² Com., 29 janvier 1991, *Bull. civ.* IV, n° 48 : « la condition de concomitance de la subrogation au paiement, exigée par l'article 1250, 1°, peut être remplie lorsque le subrogeant a manifesté expressément, fût-ce dans un document antérieur, sa volonté de subroger son contractant dans ses créances à l'instant même du paiement » ; V. égal. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2002 : *Bull. civ.* I, n° 154.

³ V. l'avant-projet de réforme, art. 1260, al. 3.

revanche, l'action subrogatoire s'appuie sur la dette qui a seulement changé de titulaire, car le subrogé-*solvens* est substitué au créancier-subrogeant : la subrogation permet ainsi au subrogé de profiter des garanties (telle une hypothèque dans la première espèce) qui avaient été constituées au bénéfice

du créancier sans aggraver la situation du débiteur. En donnant au subrogé une position plus solide, le mécanisme de la subrogation l'encourage à intervenir, ce qui profite au créancier et au débiteur.

Touria AÏT-HELLAL

§ 2 – Quasi-contrats

• Le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion rend recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause : Civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, n° 06-19.556, FS-P+B.

Le principe de subsidiarité de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause signifie que celle-ci ne peut être invoquée en vue de « suppléer à une autre action qui se heurte à un obstacle de droit »¹. L'action n'est donc pas ouverte à défaut d'une autre, ce qui en ferait rapidement la voie de droit systématique de nombreux plaideurs, reposant sur un principe plus moral que technique².

C'est cette interprétation restrictive que retenaient en l'espèce les juges du

fond, à propos d'un litige opposant deux personnes ayant entretenu des relations pendant quelques mois, l'une agissant contre l'auteur en remboursement du solde d'une somme de 120 000 francs. La demande était fondée au principal sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion, et au subsidiaire sur l'enrichissement sans cause. La cour d'appel déboute le demandeur en tous points, relevant l'absence de preuves de l'existence du contrat allégué, et énonçant que l'action fondée sur l'enrichissement sans cause n'était pas ouverte pour suppléer l'absence de preuves du contrat.

La Cour de cassation casse et annule cependant l'arrêt rendu, en retenant, au visa de l'article 1371 du Code civil, que « le rejet de la demande [...] fondée sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause ». On peut se demander si une telle décision ne vient pas élargir la voie de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, qui ne peut normalement suppléer l'absence de

¹ Com., 16 mai 1995 : *Bull. civ.* IV, n° 149 : toute rémunération autre que celle prévue par la loi étant interdite aux administrateurs d'une société, la voie de l'enrichissement sans cause leur est fermée ; in A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., p. 339, n° 495.

² A. Bénabent, *op. cit.*, p. 331, n° 483 ; l'action est née du « principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui » : Req., 15 juin 1892 : *S.* 93.I.281, note Labbé ; « pourquoi subordonner une action contractuelle ou délictuelle à des conditions précises, si celui qui ne les remplit pas peut contourner ces exigences en invoquant la théorie de l'enrichissement sans cause ? » : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., n° 1073-1, p. 1028.

preuves d'une autre action¹. La question est de savoir s'il convient d'entendre subsidiarité dans un sens restreint, où l'absence totale d'une autre action est exigée, ou dans un sens plus ouvert, où l'échec d'une autre action peut, dans certaines conditions, ouvrir la voie à l'action *de in rem verso*. L'arrêt vient ajouter à l'incertitude entourant les conditions exactes d'ouverture de cette

¹ Civ. 3^{ème}, 29 avr. 1971 : *Bull. civ.* III, n° 277 ; *R.* 1970-1971, p. 37 ; *Gaz. Pal.* 1971. 2. 554 : l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise pour suppléer à une autre action parce que le demandeur « ne peut apporter les preuves qu'elle exige ».

action, mais semble cependant s'inscrire dans une certaine continuité jurisprudentielle relative aux concubins².

Victor DAUDET

² Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006 : *D.* 2006. IR. 1186 : cassation de l'arrêt qui rejette l'examen de la demande fondée, à titre subsidiaire, sur l'enrichissement sans cause, après avoir constaté que la demande d'un concubin en remboursement de diverses sommes versées à sa compagne ne pouvait avoir pour cause une promesse de vente invoquée à titre principal ; V. égal. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 1029, citant des décisions ayant paru admettre l'action *de in rem verso* malgré l'existence d'un obstacle de droit au jeu de l'action ordinaire.

CONTRATS SPÉCIAUX

Victor DAUDET, Olivier DE ROSSO et Julien FAURE

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| § 1 – Contrat de vente | 166 |
| A – Vente ou entreprise ? | 166 |
| B – Rescision pour lésion | 167 |
| § 2 – Contrat de bail | 168 |
| § 3 – Contrat d'assurance | 169 |

§ 1 – Contrat de vente

I – Vente ou entreprise ?

S'est reposée récemment devant la Chambre commerciale (**Com., 3 juin 2008, n° 07-15.380, F-D**) l'éternelle question de la différence entre contrat d'entreprise et contrat de vente. La réponse qu'il convient d'y apporter peut pourtant sembler évidente : quand la vente propose d'échanger un bien (matériel ou immatériel, peu importe) contre un prix, le contrat d'entreprise vise lui l'accomplissement d'un travail, d'une tâche, pouvant conduire aussi bien à la création d'un ouvrage qu'au simple service rendu. Pourtant, dans les faits, cette distinction s'avère souvent bien moins évidente¹, ce qui était en

l'espèce le cas : la société HWS avait commandé à la société RAE des transformateurs qui s'étaient par la suite révélés défectueux en raison de défauts de fabrication. La société HWS avait alors décidé de procéder au remplacement des transformateurs par des appareils d'une autre marque et n'ayant pu obtenir de la société RAE le remboursement des frais exposés, elle l'avait assignée en réparation de son préjudice. La société Axa, assureur de la société RAE, était alors intervenue à l'instance pour contester sa garantie qui couvrirait, au titre de la responsabilité après livraison, les dommages matériels, à l'exception de ceux relatifs à la prestation même de l'assurée, et les

¹ Pour preuve, la théorie de « La vente de services » de R. Savatier, *D.* 1971, Chron. 223.

dommages immatériels résultant d'un vice caché des biens fournis. Retenant que les transformateurs commandés n'étaient pas destinés à un chantier particulier mais devaient simplement constituer un équipement de série et que dès lors, leur remplacement par un appareil équivalent était tout à fait possible, la Cour d'appel de Lyon en avait conclu que les conventions liant HWS et RAE devaient s'analyser comme des contrats de vente donnant lieu à la garantie des vices cachés : elle avait ainsi condamné la société Axa à relever et garantir la société RAE pour les frais de dépose des transformateurs et les frais de transport et de repose de transformateurs d'une autre marque. La Cour de cassation vient censurer cette décision, estimant que dès lors que les transformateurs avaient été conçus par le fabricant à partir de deux prototypes successifs réalisés pour répondre aux spécifications techniques de sa cliente, il résultait que ces produits ne répondaient pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par le fabricant, mais étaient destinés à répondre aux besoins particuliers exprimés par le donneur d'ordre, peu important la possibilité de les substituer par un appareil équivalent fabriqué par un autre entrepreneur. La cour d'appel aurait ainsi violé les

articles 1582, 1779 et 1787 du Code civil. Nous retrouvons bien dans cette décision l'application du critère moderne de distinction entre vente et contrat d'entreprise, posé par la jurisprudence, celui de la spécificité (par opposition au critère classique de l'accessoire) : il y a contrat d'entreprise et non vente dès lors que le contrat porte, non sur des choses déterminées à l'avance, mais sur un travail spécifique destiné à répondre à des besoins particuliers, ceux du donneur d'ordre, du maître de l'ouvrage et non du simple acheteur¹.

Pour de plus amples informations :

- ◆ Pascal Puig, « La qualification du contrat d'entreprise », éditions Panthéon-Assas, 2002
- ◆ Françoise Labarthe, « Distinction entre contrat de vente et contrat d'entreprise: l'application du critère de spécificité », in : *La semaine juridique, entreprise et affaires*, n° 37, 13 septembre 2001, p. 1426-1428.

Julien FAURE

¹ Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, *Bull. Civ. I*, n° 340 ; *Gaz. Pal.* 2000, 2., somm. 1655, obs. Peisse.

II – Rescision pour lésion

• **La rescision pour lésion n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice : Civ. 3^{ème}, 4 juin 2008, n° 07-13.479, FS-P+B.**

Prévue par les articles 1674 à 1685 du Code civil, la rescision pour lésion permet au vendeur possédant la

capacité juridique de contester la vente d'un bien s'il peut établir qu'il l'a vendu moins des 5/12èmes de sa valeur

réelle (à noter qu'il n'existe pas d'action symétrique pour l'acquéreur). La valeur à prendre en compte est alors celle du bien à la date de la vente, c'est-à-dire au jour de la signature du compromis ou, en cas de promesse unilatérale, au jour de la levée de l'option, l'action restant possible pendant deux ans à compter de ce moment (c'est là un délai non susceptible d'interruption). Si le bien-fondé de l'action du vendeur est reconnu, l'acquéreur peut soit renoncer à son achat et récupérer le prix payé, soit payer au vendeur la différence entre son prix d'achat et les 9/10èmes du prix réel à dire d'expert. S'il est admis qu'un tel mécanisme n'a vocation à ne s'appliquer qu'aux ventes immobilières, la Cour de cassation a encore tout récemment rappelé qu'existe encore au sein de ces ventes immobilières une restriction bien particulière. Ainsi, la rescision pour

lésion n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice. La troisième Chambre civile est venue casser une décision de la Cour d'appel de Rennes en date du 19 décembre 2006 : celle-ci avait rejeté une demande du vendeur en rescision de la vente pour lésion, au motif que cette vente n'avait pas eu pour principe la libre volonté du vendeur puisqu'une procédure de saisie immobilière était toujours pendante et qu'elle avait été effectuée sous le contrôle et l'intervention de la justice ; les juges du fond avaient cependant constaté que la vente n'était pas intervenue sur conversion en vente volontaire, mais qu'il s'agissait d'une vente amiable avec l'accord du créancier poursuivant qui avait demandé la radiation de la saisie ultérieurement.

Julien FAURE

§ 2 – Contrat de bail

• **C'est au bailleur qu'il appartient de prouver qu'il s'est libéré de son obligation de remise des clés au locataire : Civ. 3^{ème}, 25 juin 2008, n° 07-14.341, FS-P+B.**

Aux termes de l'article 1719, alinéa 1^{er}, du Code civil, le bailleur est obligé, « par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière », de délivrer au preneur la chose louée¹. Des problèmes de preuve pouvant surgir dans ce domaine, une jurisprudence constante décide qu'il « appartient au bailleur, tenu de délivrer au preneur la chose

louée, de prouver qu'il s'est libéré entièrement de cette obligation »².

En l'espèce, un preneur loue un appartement à une société civile immobilière. Il sollicite alors en justice la remise des clés de ce logement, la bailleuse poursuivant reconventionnellement la résiliation du bail pour défaut de paiement de loyers. Les juges du fond repoussent les prétentions du

¹ Et, s'il s'agit de son habitation principale, de lui délivrer un logement décent.

² V. par ex. Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1972 : *Bull. civ.* III, n° 563.

preneur et prononcent la résiliation du bail pour manquement à l'obligation essentielle de paiement du loyer et à l'engagement pris par le preneur de faire réaliser des travaux dans les lieux loués. Afin de rejeter plus particulièrement la demande de remise des clés, les juges du fond soulignent que la preuve de la non-remise des clés n'est pas rapportée, puisque le preneur a reconnu devant le tribunal disposer d'une clé, relevant en outre que la constatation par un huissier de justice que la clé que le preneur lui remet ouvre la porte d'entrée de l'immeuble collectif ne peut suffire à rapporter la preuve de l'absence de remise des clés de l'appartement par la baillesse.

Mais appartient-il au preneur de prouver qu'il n'a pas reçu les clés ?

Assurément non, la charge de la preuve reposant sur le bailleur, conformément aux principes régissant cette charge de la preuve. Si le preneur a bien prouvé l'existence d'une obligation de remise des clés par la conclusion d'un contrat de bail (article 1315 alinéa 1^{er}), c'est ensuite au bailleur qui se prétend libéré de justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation (article 1315 alinéa 2), à savoir, en l'espèce, la remise des clés au locataire. Et c'est justement au visa des articles 1719 alinéa 1^{er} et 1315 alinéa 2 du Code civil que la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel, rappelant que la charge de la preuve de l'obligation de délivrance incombe au débiteur de cette obligation, à savoir le bailleur.

Victor DAUDET

§ 3 – Contrat d'assurance

• L'adhésion au contrat d'assurance de groupe crée entre l'adhérent et l'assureur qui l'agrée, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique. Les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation vont pouvoir dès lors s'y appliquer : Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21.822, FS-P+B+R+I.

Avant de s'attacher à étudier la portée de l'arrêt du 22 mai 2008, il conviendra de rappeler brièvement que l'assurance de groupe est envisagée par l'article L. 140-1 du Code des assurances qui affirme que le contrat d'assurance de groupe est un contrat souscrit par une personne morale (ou un chef d'entreprise), en vue d'y faire adhérer un ensemble de personnes ayant auprès du souscripteur un lien de même nature.

Les faits de l'espèce démontrent que CETELEM (la société) accordait à ses

clients des crédits et leur permettait par la même occasion de les coupler d'une assurance de groupe, ici souscrite par la société auprès d'une compagnie, dans l'optique de couvrir le risque d'invalidité permanente et totale de ses clients. Déclaré inapte au travail et ainsi placé en retraite anticipée, un adhérent réclamait alors le remboursement du solde de chacun de ses crédits. L'assureur tentait de se dédouaner de ses engagements contractuels en invoquant une clause du contrat stipulant que le bénéfice par l'adhérent

de ses droits à retraite était de nature à exclure l'obligation de couverture du premier.

C'est cependant sur le terrain de l'extension des dispositions du Code de la consommation au contrat d'assurance de groupe que le débat doit être recentré. En effet, l'adhérent souhaitait voir censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 18 octobre 2005 qui retenait que les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation étaient en l'espèce inapplicables, ce dernier n'étant pas partie au contrat. C'est donc fort logiquement qu'il formait un pourvoi en cassation.

Dès lors, la question est celle de l'applicabilité des dispositions du Code de la consommation au contrat d'assurance, plus précisément au contrat d'assurance collectif. En effet, cet arrêt va nous permettre de déterminer les liens qui existent entre les divers protagonistes apparaissant dans un contrat d'assurance de groupe ; qui sont l'assureur, le souscripteur et l'adhérent ? Autrement dit, les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, énonçant que « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », sont-elles applicables aux assurances collectives ?

La solution posée par la première Chambre civile de la Cour de cassation ne manquera pas de soulever notre

attention. En effet, la Cour retient que l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins, entre l'adhérent et l'assureur qui l'a agréé, un lien contractuel, de nature synallagmatique. Mais loin de se contenter de censurer l'arrêt d'appel, la Cour de cassation va également soulever d'office le moyen tiré de la violation de l'article L. 133-2 du Code de la consommation. Il conviendra donc d'analyser l'extension de l'article L. 132-1 du présent code au contrat d'assurance de groupe souscrit par un établissement de crédit (I), pour ensuite étudier la réinterprétation faite de la clause litigieuse sur le fondement de l'article L. 133-2 du même code (II).

I – La mise en œuvre des dispositions de l'article L. 132-1 au contrat d'assurance de groupe souscrit par un professionnel

Une telle application, si l'on se conforme aux motifs de la Cour d'appel, ne semble pas logique dans la mesure où cet article vise expressément la régulation des rapports entre professionnels et non professionnels ou consommateurs. Il existe donc une ambiguïté sur l'identité des personnes susceptibles d'en bénéficier (A), que la jurisprudence vient faire voler en éclats, ce qui conduira à nous interroger sur la nature juridique de l'assurance collective (B).

A – Une ambiguïté alimentée par les personnes susceptibles d'en bénéficier

A la lecture du texte, il apparaît logique de ne pas appliquer au bénéficiaire d'un contrat d'assurance

collectif les dispositions de l'article L. 132-1. Effectivement, ce dernier vise expressément les consommateurs ou non professionnels. En l'espèce, il faut noter que la souscription du contrat a eu lieu entre l'établissement de crédit et la compagnie d'assurance.

Dès lors, l'adhérent au contrat groupe, tiers à la relation contractuelle, ne pourrait logiquement pas se voir appliquer les dispositions de l'article L. 132-1. Or, selon Hubert Groutel¹, il faudrait s'attacher à se fonder sur la finalité de la loi, qui est de protéger le consommateur. Il reconnaît ainsi que même si ce dernier n'est que tiers au contrat, il n'en reste pas moins exposé à un risque de déséquilibre entre les droits et obligations des parties. C'est donc à juste titre que la première Chambre civile adopte une telle position et reconnaît l'existence d'un lien contractuel de nature directe entre la compagnie d'assurance et l'adhérent.

La solution adoptée ici déroge donc à l'effet relatif des conventions, en créant un lien contractuel de nature directe entre l'assureur et l'adhérent.

B – La nature juridique de l'assurance collective

La question de savoir si l'assurance collective est une simple stipulation pour autrui, ou bien un contrat-cadre laissant la place à une relation d'assurance personnelle entre l'assureur et l'adhérent, pourrait permettre de mieux comprendre les divergences apparues entre Cour d'appel et Cour de cassation. Les avis sont partagés sur la question, à tel point que le Professeur

Groutel passe outre cette distinction, et se concentre sur la finalité protectrice des consommateurs soutenue par la loi.

Deux conceptions de l'assurance collective entrent en fait ici en opposition². Tout d'abord, semblerait pouvoir être retenue une conception unitaire de l'assurance de groupe, soulignant que la clause litigieuse figurait dans un contrat conclu entre l'assureur et la société, rendant de ce fait l'article L. 132-1 inapplicable. Il s'agit précisément de la conception retenue par la Cour d'appel. À l'inverse, d'autres auteurs défendent une conception éclatée, fragmentée des assurances de groupe. Il résulterait d'une telle conception que chaque adhérent ne serait pas bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, mais partie intégrante au contrat d'assurance, ce qui permettrait d'envisager l'application au présent cas des dispositions du Code de la consommation.

L'idée que le contrat d'assurance de groupe repose sur une stipulation pour autrui est donc largement débattue. Or, la référence faite par la première Chambre civile de la Cour de cassation à la notion de contrat « conclu » devrait être assez générale pour englober le lien contractuel direct unissant l'assureur au bénéficiaire de la stipulation pour autrui.

Au-delà de ce débat sur la qualification juridique de l'opération, la Cour va relever d'office le moyen tiré de la violation de l'article L. 133-2 du Code de la consommation.

² P. Grosser, *JCP* 2008, éd. G, n° 31, I, 179.

¹ H. Groutel, *RCA*, n° 9, sept. 2008, comm. 270.

II – La réinterprétation de la clause litigieuse

La réinterprétation de la clause du contrat est une méthode offerte au juge par l'article L. 133-2 du Code de la consommation (A) et semble en l'espèce remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond (B).

A – La réinterprétation de la clause litigieuse en faveur du consommateur ou non professionnel

L'article L. 133-2 dispose que « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou non professionnels s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou non professionnel ». Cet article serait donc rendu applicable du fait du lien contractuel direct existant entre l'assureur professionnel et l'adhérent profane. Comme le fait remarquer Alain Sériaux¹, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir interprété dans le sens le plus favorable à l'adhérent la clause litigieuse. Il remarque que les différentes méthodes d'interprétation qui sont prévues par le droit des contrats et qui recommandent une interprétation raisonnable des stipulations contractuelles, seraient de nature à tendre vers une interprétation contre le rédacteur des clauses ambiguës. Il constate que le droit de la consommation propose quant à lui une interprétation en faveur du

consommateur. L'apport de cet arrêt réside donc dans le fait que l'ambiguïté de la clause est discutée, alors même que l'idée de l'interprétation de la clause n'avait pas été soulevée.

On peut dès lors se demander si l'affirmation par la Cour de cassation du caractère obligatoire de la règle d'interprétation qu'impose l'article L. 133-2, ne constituerait pas une profonde remise en cause du pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond.

B – La remise en cause du pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond

Il serait désormais imposé d'office aux juges du fond de soulever, en cas de silence des parties, l'argument tiré de l'interprétation de la clause en faveur des consommateurs. Comme le fait remarquer la doctrine, cet arrêt semble aller plus loin que la Cour de justice des communautés européennes qui a condamné à plusieurs reprises les législations nationales ne permettant pas aux juges d'apprécier d'office le caractère abusif d'une stipulation contractuelle.

On peut donc parler d'un changement d'optique de la Cour de cassation, qu'Alain Sériaux n'hésite pas à qualifier de véritable « fuite en avant ».

Olivier DE ROSSO

¹ A. Sériaux, *JCP* 2008, éd. G, n° 28, II, 10133.

RESPONSABILITÉ

Alexis BOISSON, Stéphanie DA SILVA et Anastasia MARIE de FICQUELMONT

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| § 1 – Responsabilité pour faute | 173 |
| I – Perte d’une chance | 173 |
| II – Critiques émises par voie de presse | 175 |
| § 2 – Responsabilité du fait d’autrui | 178 |
| § 3 – Responsabilité du fait des choses | 180 |
| I – Régime général [...] | 180 |
| II – Régimes spéciaux | 180 |
| A – Responsabilité du fait des produits défectueux | 180 |
| B – Responsabilité du fait des accidents de la circulation | 185 |

§ 1 – Responsabilité pour faute

I – Perte d’une chance

• **Évaluation du préjudice résultant de la perte d’une chance : une cour d’appel ne saurait confondre la « chance perdue » avec « l’avantage qu’aurait procuré cette chance » : Civ. 2^{ème}, 19 juin 2008, n° 07-16.295, F-D.**

L’évaluation du préjudice occasionné par la perte d’une chance est une tâche délicate justifiant un contrôle périodique de la Cour de cassation. C’est la deuxième Chambre civile qui se livre ici à ce contrôle.

Les faits sont malheureusement banals, mais ils méritent d’être évoqués : près de 10 ans après un accident de la circulation ayant donné lieu à une indemnisation, la victime constate l’aggravation de son état de

santé. Ainsi, en avril 2006, en lieu et place du poste de second de rayon boulangerie, « avec espoir de promotion en qualité de chef de rayon boulangerie, poste pour lequel il aurait pu percevoir un salaire de 2 286 € », son état de santé impose à la victime de se contenter du poste aménagé de second d’atelier, et ce pour un salaire mensuel de 1669 €, sensiblement inférieur donc. La victime assigne à nouveau l’assureur de l’auteur de l’accident ainsi que la CPAM afin de voir son indemnisation réévaluée.

Dans un premier temps, la cour d'appel octroie réparation sur le fondement de la perte d'une chance, en se livrant à un calcul dont on ne retiendra ici que le principe : la différence entre les deux salaires mensuels précités, arrondie, puis multipliée par vingt années et onze mois. La somme est conséquente.

Sans réelle surprise, la Cour de cassation sanctionne le raisonnement de la cour d'appel et casse partiellement l'arrêt, au visa de l'article 1382 du Code civil : « Qu'en statuant ainsi, alors que la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la *chance perdue* et ne peut être égale à *l'avantage qu'aurait procuré cette chance* si elle s'était réalisée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Commentaire :

Quoique confirmant dans leur principe les solutions posées par diverses chambres de la Cour de cassation¹ et bien connues de la doctrine², cet arrêt constitue un rappel visiblement nécessaire si l'on en croit sa fréquence.

¹ Par ex. Civ. 1^{ère}, 27 mars 1973, *JCP* 1974, éd. G, II, 17643, note R. Savatier. Civ. 2^{ème}, 18 mars 1998, Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, *Bull. civ.* I, n° 260. Com., 19 oct. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 176 ; *Defrénois* 2000, p. 1278, note Lecourt. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2003 : *Resp. civ. et assur.* 2004, comm. 55. Dans une espèce similaire : Crim., 3 avr. 2001, n° 00-84.838, cité par Samuel Rétif : *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1382 à 1386, Fasc. 101, § n° 41.

² Par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2005, n° 701, p. 689.

La mesure de la perte d'une chance s'établit au regard du fait de cette perte et non de l'avantage escompté en vain.

Cette évaluation de la perte d'une chance, proposée dans l'arrêt commenté, nous semble d'ailleurs découler logiquement de sa définition. En effet, par un arrêt remarqué, la première Chambre civile de la Cour de cassation faisait sienne la définition doctrinale de la perte d'une chance, celle-ci consistant en « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »³. Or, ce qui est mis en avant dans cette définition n'est pas la disparition de l'évènement favorable lui-même, mais bien la seule disparition de son éventualité.

Cette évaluation appelle deux commentaires :

Le caractère certain du préjudice de perte d'une chance

La Cour nous invite à ne pas confondre la « chance perdue » et l'avantage espéré si la chance s'était réalisée : les deux notions sont bien distinctes.

L'explication de cette distinction fondant la décision de cassation relève d'un principe central de la responsabilité civile : celui de l'exigence du *caractère certain* du préjudice. Alors que la « chance perdue » l'est certainement, le gain espéré (et manqué) est par nature incertain. Seule la première notion relève d'un préjudice certain, susceptible de causer une obligation de réparation.

³ Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006 : *JCP* 2007, éd. G, I, 115, n° 2, obs. Stoffel-Munck.

L'indemnisation de la perte d'une chance demeure intégrale

Par ailleurs, l'on devine aisément qu'en renvoi, l'indemnisation sera inférieure au montant du gain escompté et obtenu en appel. Cela ne signifie pas pour autant que la réparation du préjudice subi n'est pas intégrale, mais que le préjudice de perte d'une chance est, par nature, moindre que le préjudice qui résulterait de la perte effective de l'avantage réalisé. Cette solution ne déroge donc en rien au *principe de réparation intégrale du préjudice*¹. Ce

¹ En ce sens, Samuel Rétif, *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1382 à 1386, Fasc. 101, § n° 42.

Ce principe ne nous semble pas être démenti par la formulation ambiguë, voire trompeuse de certains arrêts antérieurs : Civ. 1^{ère}, 27 mars 1973 (précité) : « Attendu que, s'étant fondés sur une perte de chances de survie, ce qui ne pouvait donner lieu à la réparation totale du dommage résultant du décès d'Andry, les juges du second degré, en ne précisant pas qu'ils n'entendaient indemniser que pour partie ce préjudice, n'ont pas donné de base légale à leur décision ».

n'est en effet que la *probabilité perdue* d'un évènement favorable qui est considérée et réparée intégralement, et non l'évènement favorable non survenu. C'est en quelque sorte la valeur de cette probabilité qui doit fonder l'évaluation de la réparation.

Notons enfin qu'en l'espèce, la Cour ne sanctionne que la méthode d'évaluation du préjudice de perte d'une chance telle qu'opérée par les juges du fond et non le principe d'un préjudice (ce qui est par ailleurs un motif fréquent de rejet des demandes), ce dernier étant certain. La Cour de cassation laisse simplement au juge de renvoi la délicate mission d'en évaluer la réparation. Celle-ci sera intégrale, mais nécessairement inférieure à la différence entre le salaire actuel et le salaire espéré, mais non obtenu.

Alexis BOISSON

II – Critiques émises par voie de presse

• Critiques émises par voie de presse et responsabilité civile délictuelle : Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 06-21.230, F-D.

Le directeur général de la chambre d'agriculture de la Réunion (M. X...), révoqué de ses fonctions par le président de celle-ci (M. Y...), tente d'engager la responsabilité civile de ce dernier pour fautes personnelles détachables de ses fonctions, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. En effet, de 1993 à 1995, M. Y..., en sa qualité de membre puis de président de la chambre, a vivement critiqué M. X... quant à l'exercice de sa

fonction de directeur général, et manifesté *par voie d'articles de presse* son souhait d'obtenir sa révocation.

La Cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion, le 25 août 2006, déboute l'ancien directeur, M. X..., aux motifs qu'« *il n'apparaissait nullement (...) que M. Y... se soit employé à mettre en cause en son nom personnel et en dehors de ses fonctions professionnelles M. X..., les accusations contre le*

demandeur, aussi violentes soient-elles, se situant uniquement au sein du débat public (...) ».

La Cour de cassation casse au motif « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si les violentes accusations reprochées à M. Y... n'avaient pas été inspirées par une intention malveillante ou par le désir de nuire ou présentaient un caractère excessif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Si la question de l'existence de la faute relève en principe du pouvoir souverain des juges du fond, les motifs de la décision de la cour d'appel n'échappent pas au contrôle de la Cour de cassation. Afin d'éviter la cassation de son arrêt, la cour d'appel devait donc rechercher si les propos du Président de la chambre n'avaient pas été inspirés par une *intention malveillante ou par le désir de nuire ou présentaient un caractère excessif*.

Commentaire :

La loi du 29 juillet 1881 sanctionnant les délits de presse s'applique non seulement à l'encontre des directeurs de publication et subsidiairement aux journalistes, mais également – a-t-on tendance à l'oublier ? – à *l'auteur quel qu'il soit du propos repris dans un article de presse*¹.

¹ Fondement : art. 42 de la Loi de 1881 instaurant une « cascade » de responsabilités.

Crim., 25 octobre 2005, pourvoi n° 04-87.336. « Les auteurs de propos prétendument injurieux tenus dans une réunion publique et reproduits dans un quotidien régional, seuls poursuivis, doivent être déclarés coupables du délit en tant qu'auteurs principaux. Peu importe que le directeur de la

Le fondement de cet arrêt du 16 avril 2008 n'est pourtant pas la loi de 1881 mais l'article 1382 du Code civil.

La solution rendue est donc intéressante à double titre : quant à la mise en œuvre de l'article 1382 du Code civil... ce qu'elle dit (2) ; mais aussi quant à l'opportunité même d'appliquer cet article... ce qu'elle ne dit pas (1)².

I - L'opportunité de l'application de l'art. 1382 du Code civil à des critiques émises par voie de presse

Dans un article devenu une référence incontournable de la matière, le Doyen Carbonnier exprimait son souhait de voir dans les lois sur la liberté de la presse, dont la loi du 29 juillet 1881, « *pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils et enlevant, du même coup, à l'art. 1382 une portion de sa compétence diffuse.* »³. En effet, alors

publication de l'organe de presse ayant diffusé ces propos n'ait pas été poursuivi » Cité par Patrick Auvret, *J.-Cl. Communication*, Fasc. 3050, n° 96.

² L'arrêt intéresse également le droit public, la qualification de la faute (de service ou personnelle) et par conséquent la question de la compétence juridictionnelle. Les lecteurs intéressés par cet aspect de la décision pourront lire la note de M. le conseiller-doyen honoraire de la Cour de cassation O. Renard-Payen, in : *Sem. Jur. Administ. et Coll. Ter.*, n° 31, 28 juill. 2008, 2183.

Ce débat est essentiel. Mais nous croyons qu'il ne devrait pas éclipser celui relatif à l'application de l'art. 1382 C.civ. ou de la loi de 1881 à des propos tenus par voie de presse.

³ J. Carbonnier, *Le Silence et la gloire* : D. 1951, chron. p. 119. Cette lecture est représentative d'une doctrine particulièrement riche qui ne peut être reprise dans le cadre restreint de ce

que les infractions pénales commises par voie de presse (essentiellement : diffamation et injure) sont sanctionnées par un régime *spécial* et globalement protecteur de la liberté d'expression, n'est-il pas légitime de s'interroger sur l'opportunité d'appliquer à une telle matière l'article 1382 du Code civil, posant un principe *général* de responsabilité délictuelle ?

En dépit d'une jurisprudence sensible à cette idée et cerclant à l'extrême le domaine de la responsabilité de droit commun¹, la liberté d'expression demeure sûrement bornée. Si l'application de la loi du 29 juillet 1881 est aujourd'hui exclusive de celle de l'article 1382 du Code civil, ce dernier a encore vocation à sanctionner les abus de la liberté d'expression, de manière résiduelle, pour des faits non constitutifs de diffamations ou d'injures, mais relevant tout de même de fautes civiles distinctes.

commentaire. Voir, par ex. N. Mallet-Poujol, *Abus de droit et liberté de la presse. Entre droit spécifique et droit commun, l'autonomie brouillée de la loi de 1881...* : *Légipresse*, juill.-août 1997, p. 82.

Cette restriction du champ d'application de l'article 1382 C. civ. est par ailleurs vivement critiquée. Voir par ex. E. Dreyer, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse* : *D.* 2006, p. 1337. V. égal. E. Derieux, *C.C.E.* n° 2, Février 2006, Étude 4.

¹ « Les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil » : Ass. plén., 12 juill. 2000 : *Bull. civ.* Ass. plén., n° 8 ; *JCP* 2000, éd. G, I, 280, n° 2 s., obs. G. Viney.

Un arrêt plus récent confirme cette tendance : « les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de [l'art. 1382] » : Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2005 : *Bull. civ.*, I, n° 348 ; *D.* 2006, p. 485, note T. Hassler et p. 768, note G. Lécuyer.

Cette situation pose problème : le recours à l'article 1382 permet d'échapper aux obstacles notamment procéduraux mis sur le chemin du demandeur par la loi de 1881, en particulier le court délai de prescription de 3 mois. Notons à ce propos que les critiques fautives ont été émises de 1993 à 1995 : l'application de la loi de 1881 était tout simplement impensable.

Il en sort un paradoxe relevé par la doctrine : « les victimes de fautes vénielles sont assujetties au régime général de la responsabilité civile, alors que les victimes d'abus majeurs sont soumises aux dispositions dérogatoires de la loi sur la presse »². Si l'on en croit cette analyse, le défendeur, auteur des propos fautifs (de violentes critiques) aurait gagné à les verdir davantage, les portant jusqu'à l'injure ou la diffamation, les faisant ainsi relever de la seule loi de 1881... inoffensive en l'espèce, les faits étant prescrits.

En dépit de la jurisprudence précitée que l'on a pu interpréter comme l'éviction pure et simple de l'article 1382 du Code civil pour tout abus de la liberté d'expression envers les personnes³, le constat critique de Carbonnier conserve une actualité certaine : « la pratique admet que l'article 1382 demeure partout sous-jacent à la loi du 29 juillet 1881, et des faits qui ne sont pas, à défaut d'un élément constitutif, pénalement répréhensibles comme diffamations ou injures, peuvent encore être saisis comme délits civils, en vertu des

²H. Péliissier-Gateau et C. Guillemain, *JurisClasseur Civil Code* : Art. 1382 à 1386 : Fasc. 133-30 : § n° 224.

³G. Viney, in : *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1166. Spéc. pages 1177 et s.

principes généraux de la responsabilité »¹.

Le principe de l'application de l'article 1382 du Code civil étant acquis, il convient d'en observer la mise en œuvre par la Cour de cassation.

II - La mise en œuvre de l'art. 1382 du Code civil à l'occasion de critiques émises par voie de presse

La Cour réaffirme ses propres critères de qualification de la faute délictuelle dans le domaine particulier de l'abus de la liberté d'expression.

Le motif de la cassation est l'omission, par les juges du fond, de l'examen de l'intention éventuellement malveillante ou du désir de nuire ou encore du caractère excessif des propos tenus par le défendeur.

Or, en se dispensant de cet examen, la cour d'appel pouvait laisser croire à l'indifférence de ces conditions. L'utilisation de la notion de « débat public » n'est alors d'aucun secours, la publicité n'étant pas considérée dans les circonstances de l'espèce comme fait

¹ J. Carbonnier, *Le Silence et la gloire* : D. 1951, chron. p. 119.

justificatif. Il semblerait même que cette publicité ait aggravé la faute.

Ce rappel à l'ordre par la Cour de cassation n'est pas surprenant : lors de la précédente livraison de *La Revue de droit privé*² était révélée une espèce voisine, où une cour d'appel n'avait pas qualifié la faute. Néanmoins, la cour d'appel ayant « implicitement mais nécessairement écarté le caractère excessif des propos », l'arrêt n'avait pas été cassé.

Enfin, cet arrêt peut être considéré sous un autre angle. En rappelant l'exigence de conditions complémentaires, prétoriennes, de caractérisation de la faute délictuelle, la Cour de cassation maintient une garantie – potentielle – pour l'auteur de la critique. Le demandeur devra en effet mettre le juge en mesure de caractériser cette intention, ce qui manifeste l'exigence d'un certain niveau de gravité de la faute.

Alexis BOISSON

² Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008 : *JCP* 2008, éd. G, IV, 1545. Cette revue, n° 1, p. 29.

§ 2 – Responsabilité du fait d'autrui

• Civ. 2^{ème}, 19 juin 2008, n° 07-12.533, FS-P+B.

Un juge des enfants confie à l'Association vers la vie pour l'éducation des jeunes, à compter du 23 février 2002, et pour une durée d'un an, une mesure d'assistance éducative en

milieu ouvert à l'égard de Kevin X... Du 8 au 29 juillet 2002, Kevin X... est confié par ordonnance aux fins de placement provisoire à Mme Y... et M. Z... Le 19 juillet 2002, le mineur

provoque un incendie endommageant l'immeuble occupé par la famille d'accueil. La société GAN, assureur de Mme Y..., indemnise les propriétaires et les locataires des préjudices subis. Elle fait assigner l'association et son assureur, la société MAIF, en responsabilité et remboursement des sommes versées. La société Gan met en avant que la mesure d'assistance éducative en milieu ouvert ordonnée par le juge des enfants a transféré à l'association la garde juridique du mineur et par là même la responsabilité des actes du mineur en application de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil.

La cour d'appel rejette les demandes de la société GAN au motif que la mesure d'assistance éducative en milieu ouvert n'était pas de nature à transférer à l'association tout ou partie de l'autorité parentale, étant donné qu'elle avait pour finalité l'aide et le conseil à la famille ainsi que le suivi du développement de l'enfant. La cour d'appel estime que l'association n'était pas investie de la charge d'organiser, de diriger et de contrôler à titre permanent le mode de vie de Kevin X... : elle ne pouvait donc pas être déclarée responsable des dommages causés lors de l'incendie. La société Gan forme alors un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que les déductions de la cour d'appel étaient justifiées.

Commentaire :

Depuis l'arrêt Blieck¹, la Cour de cassation ne cesse d'apporter des réponses permettant de mieux cerner le principe général de responsabilité du fait d'autrui institué sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil. L'arrêt du 19 juin 2008 en est la preuve.

Depuis un arrêt en date du 26 mars 1997², le service éducatif auquel le mineur est confié demeure civilement responsable en cas de dommage causé par ce dernier dans sa famille, lorsque ce retour ne résulte « *d'aucune décision judiciaire ni d'aucun accord passé entre l'établissement gardien et la mère de l'enfant* ». La décision du juge opère non seulement un transfert de garde du mineur mais également un transfert de responsabilité. Partant de ce constat, l'association, en l'espèce, pouvait-elle être reconnue comme responsable des actes de Kevin X... durant son séjour en famille d'accueil ? Les juges répondent clairement à cette question : au vu de la mesure prise par le juge des enfants, la responsabilité de l'association ne pouvait pas être engagée.

En l'espèce, le juge des enfants a opté pour une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert. Cette mesure implique en réalité un soutien à la famille : « *l'objet est d'apporter aide et conseil à la famille et de suivre le développement de l'enfant* ». Dans ce cas, l'association n'apparaît pas comme détentrice de la « *charge d'organiser,*

¹ Ass. plén., 29 mars 1991, *Blieck* : D. 1991, Jur. p. 324, note Larroumet ; *JCP* 1991, II, n° 21673, concl. Dantenwille et note Ghestin.

² Civ. 2^{ème}, 26 mars 1997 : *JCP* 1998, II, 10015.

de diriger et de contrôler à titre permanent le mode de vie de ce mineur ». Elle n'est pas là pour agir en lieu et place des parents de Kevin mais bien pour aider la famille à surmonter des difficultés éducatives¹.

Ne peuvent donc être responsables que les personnes physiques ou morales possédant le pouvoir de contrôle sur les agissements du mineur. En l'espèce, il est possible que ce pouvoir ait été conservé par les parents de Kevin X... En définitive, il est nécessaire

¹ V., pour aller plus loin : N. Debuire, *La mesure d'assistance éducative, incidence sur le droit des père et mère*, mémoire de DEA de droit privé 2000/2001, sous la direction de Mme le Professeur Neirinck, Université de Toulouse (<http://www.glose.org/mem005-html.htm>).

d'analyser la teneur de la mesure éducative prise pour reconnaître un transfert de garde juridique et donc de responsabilité au sens de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil.

Ainsi, à l'analyse, pour engager la responsabilité du service éducatif, il faut d'une part une décision de placement prise par le juge des enfants et d'autre part un transfert effectif de garde et de responsabilité. En d'autres termes, le mineur doit avoir été placé par volonté du juge² et le service éducatif doit avoir le pouvoir de contrôler les agissements de ce mineur.

Stéphanie DA SILVA

² Civ. 2^{ème}, 24 mai 2006 : *Rev. Jur. personnes et famille*, 2006-11/34.

§ 3 – Responsabilité du fait des choses

I – Régime général

[...]

II – Régimes spéciaux

A – Responsabilité du fait des produits défectueux

• **Responsabilité du fait des produits défectueux et vaccination contre l'hépatite B : la preuve du caractère défectueux du produit et du lien de causalité peut résulter de présomptions : Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-10.593, 06-18.848, Inédits, et n° 06-14.952, 05-20.317 et 06-10.967, FS-P+B+R+I.**

Le 22 mai 2008, la première Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée à cinq reprises sur l'application du régime de la

responsabilité du fait des produits défectueux à des cas de vaccination contre l'hépatite B ayant provoqué des cas de sclérose en plaques notamment.

La Cour a rendu deux arrêts de rejet (n° 05-10.593 et n° 06-18.848, Inédits) et trois arrêts de cassation (n° 06-14.952, n° 05-20.317, et n° 06-10.967, FS-P+B+R+I). Ces derniers retiendront principalement notre attention.

Les visas des trois arrêts de cassation sont construits sur un même modèle : la mention de l'article du Code civil correspondant au régime de responsabilité délictuelle ou contractuelle (art. 1382 ou 1147) « interprété à la lumière de la directive n°85/374/CEE du 25

juillet 1985 »¹. Ces fondements permettent à la Cour de pallier l'inapplicabilité de la tardive loi de transposition de la directive aux articles 1386-1 et suivants du Code civil (loi du 19 mai 1998).

¹ Directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

Deux des arrêts de cassation visent en outre l'art. 1353 C. civ. relatif à la preuve par présomptions (n° 05-20317 et n° 06-10967).

1 - Caractère défectueux du produit : la recherche nécessaire de la mention des risques dans la présentation du vaccin. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, 06-14.952, FS-P+B+R+I.

Dans cette espèce, le demandeur, qui présentait dès 1991 et 1992 des paresthésies de la main gauche, a connu une aggravation de ses troubles à la fin du mois d'août 1993 et pendant l'automne 1993, à la suite de trois injections du vaccin Engerix B contre l'hépatite B effectuées en mai, juin et juillet 1993 ; de même après un rappel en juin 1994. La sclérose en plaques est diagnostiquée.

La cour d'appel, après avoir reconnu l'imputabilité du vaccin Engerix B dans l'aggravation de la maladie, déboute pourtant les consorts victimes de leurs demandes en réparation, au motif « que ce vaccin n'était pas défectueux et présentait la sécurité légitimement attendue du grand public au moment de sa mise en circulation au regard de sa présentation, dès lors qu'à cette époque il n'existait aucune preuve épidémiologique d'une association causale significative entre la vaccination contre

l'hépatite B et la pathologie de la sclérose en plaques ».

La Cour de Cassation casse : « en se déterminant ainsi tout en relevant que l'édition pour 1994 du dictionnaire Vidal mentionnait au titre des effets indésirables la survenue exceptionnelle de sclérose en plaques, de sorte *qu'il lui incombait d'apprécier la relation causale prétendue entre le vaccin et l'aggravation de la maladie à l'époque du dernier rappel de vaccination, en recherchant si, à cette époque, la présentation du vaccin mentionnait l'existence de ce risque, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé* ».

Commentaire :

L'article 6 de la directive du 25 juillet 1985, auquel il est implicitement fait référence dans l'arrêt, définit la notion de produit défectueux : « 1. Un

produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, et notamment :

a) de la présentation du produit ; (...) »¹.

Par ailleurs, il est établi que le risque médical de sclérose en plaques était connu de la science... et pour cause, il était mentionné dans l'édition pour 1994 du Vidal². Il fallait donc que le juge du fond examine la présentation du produit (la mention du risque dans la notice) ; celle-ci aurait permis d'évaluer si le produit présentait la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

Suite à cette cassation, c'est l'absence de mention du risque dans cette notice - donc l'observation d'un décalage entre les connaissances scientifiques et la notice - qui permettra à la cour de renvoi de qualifier le produit de défectueux. La présentation du produit, comparée à l'état des connaissances est donc un critère, parmi d'autres, d'admission du caractère défectueux du produit³.

¹ Disposition transposée à l'article 1386-4 C. civ.

² C'est la date de mise en circulation du lot correspondant à ce rappel administré à la victime en juin 1994 qui est prise en compte.

³ Le principe n'est pas nouveau et a conduit à la cassation d'arrêts retenant la responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques. V. par ex. Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, n° 02-11.947 et n° 02-12.065 : *Bull. civ. I*, n° 173 ; Civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, n° 03-19.534 : *Bull. civ. 2006, I*, n° 33. En général (pour du béton, et retenant la responsabilité du fabricant), v. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006 : *Bull. civ. I*, n° 467.

On peut apprécier la solution d'espèce en ce qu'elle ouvre la voie à une indemnisation des victimes⁴. On peut tout autant se joindre à la critique d'un raisonnement « extrêmement formel et éphémère »⁵ car, *a contrario*, il autorise le producteur à se dégager de sa responsabilité dès lors que le risque est mentionné dans la présentation du produit. Il suffirait donc au producteur de réviser la notice du vaccin pour échapper, à l'avenir, à sa responsabilité⁶. Le raisonnement mené dans les deux arrêts de cassation suivants offre une base plus solide pour la mise en œuvre de la responsabilité du fabricant.

Alexis BOISSON

⁴ En ce sens, voir, *in fine* : I. Gallmeister, *D.* 2008, p. 1544 : lien de causalité entre la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B.

⁵ En ce sens, voir : L. Grynbaum, *JCP* 2008, éd. G, II, 10131. Vaccins contre l'hépatite B et produits défectueux : les présomptions constituent un mode de preuve du lien de causalité et du défaut.

⁶ Le fabricant a déjà pris cette précaution et il nous paraît intéressant de reproduire ici un extrait de la notice approuvée en octobre 2006 consultable sur le site www.gsk.fr/gsk/medicament/notice/Engerix_B20.pdf. Le lecteur ne manquera pas de confronter cette notice aux décisions commentées.

« Comme tous les médicaments, ENGERIX B® 20 microgrammes/1ml est susceptible d'avoir des effets indésirables. Les effets indésirables ci-après ont été rapportés après une large utilisation du vaccin. Comme avec les autres vaccins contre l'hépatite B, dans beaucoup de cas, la relation causale avec le vaccin n'a pas été établie. (...) Ont été très rarement rapportés : (...) sclérose en plaques ».

2 - Preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité : admission de la preuve par présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-20.317 et n° 06-10.967, FS-P+B+R+I.

Les cours d'appel, dans chacune de ces deux affaires, déboutent les victimes de leurs demandes en indemnisation à l'aide d'arguments voisins : le risque de contracter la maladie est minime et peut reposer sur des facteurs personnels (n° 06-10.967) ; à défaut de lien scientifique, aucun lien statistique, aucune probabilité suffisante n'ont été démontrés (n° 05-20.317). Dans les deux arrêts d'appel, il est donc rappelé que l'étiologie (la cause) de la sclérose en plaques est inconnue et que, de ce fait, la science ignore la nature du lien entre ce vaccin et cette maladie. Autant d'éléments qui interdiraient le recours à des présomptions. La Cour de cassation rejette ces arguments et casse les deux arrêts.

Commentaire :

La responsabilité du fait des produits défectueux constitue une innovation majeure dans notre système juridique¹. Qualifiée d'objective, sans faute, fondée sur la notion de risque, cette responsabilité ne saurait pour autant être réduite à un simple système d'indemnisation des victimes². C'est ce que

sous-entendent la directive et la loi de transposition et c'est ce que rappelle la Cour de cassation dans l'attendu de principe des deux arrêts : « *l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage* ». Le défaut de ce système est que la preuve incombe au demandeur. Or, jusqu'à présent, le demandeur ne pouvait apporter cette preuve dans la mesure où, on l'a vu, si elle connaissait l'existence d'un risque, la science n'a pu établir de lien de causalité entre la vaccination et la maladie³. Si ces deux arrêts marquent un important revirement de jurisprudence⁴, c'est parce qu'ils atténuent la dureté du principe d'exigence des trois conditions de mise en œuvre de la responsabilité, en affirmant qu'« *une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes* ».

Le raisonnement est intéressant car l'incertitude scientifique, toujours actuelle, est tout simplement balayée par l'admission de la preuve par présomptions. Cette solution s'obtient au prix – acceptable – d'une certaine

¹ Par ex., ce régime transcende la *summa divisio* responsabilité contractuelle/délictuelle. Ainsi le visa de l'arrêt n° 05-20.317 associe la directive à l'art. 1147 C. civ. alors que les deux autres arrêts de cassation associent la directive à l'art. 1382 du même code. V. bien sûr l'art. 1386-1 C. civ.

² Parmi une doctrine abondante, v. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2005, p. 954 et s., n° 986 et s., et la bibliographie citée.

³ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 27 févr. 2007 : *Resp. civ. et assur.* n° 5, mai 2007, comm. 165 par A. Gouttenoire et Ch. Radé.

⁴ *Contra*, entre autres : Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003 : *Bull. civ. I*, n° 188 ; *D.* 2004, Jur. 898, note Serinet et Mislawski ; *RTD civ.* 2004, 101, obs. Jourdain ; *JCP* 2003, éd. G, II, 10179, note Jonquet, Maillols, Mainguy et Terrier ; *JCP* 2004, éd. G, I, 101, n° 23 s., obs. G. Viney.

distorsion entre la vérité scientifique et la vérité judiciaire.

Cette solution prétorienne instaure donc une nouvelle *présomption judiciaire* (dite présomption du fait de l'homme) laissant aux « lumières et à la prudence des magistrats »¹ le soin de l'établir. Mais cette apparente nouveauté doit être lue dans le contexte juridique du droit de la responsabilité du fait des produits de santé. On admet en la matière de plus en plus fréquemment le recours à des *présomptions légales* : notamment à l'égard de l'État lorsque la vaccination est obligatoire (c'est le cas dans l'arrêt n° 05-20.317 dans lequel le brancardier contaminé avait préalablement obtenu une indemnisation de la

¹ Art. 1353 C.civ.

part de l'État au titre de la réparation du dommage imputable à une vaccination obligatoire sur le fondement de l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique). Par ailleurs, on a vu dans cette décision un rapprochement de la jurisprudence de la Cour de cassation avec celle du Conseil d'État².

Il sera intéressant de suivre les décisions des juges de renvoi chargés d'établir l'existence (ou non) de cette présomption de causalité prescrite par la Cour de cassation.

² CE, 9 mars 2007, « Schwartz » : D. 2007, Jur., 2204, note Neyret ; AJDA 2007, 861, concl. T. Olson ; JCP 2007, I, 2108, obs. Jean-Pierre. Sur le constat de ce rapprochement et une comparaison avec les régimes d'indemnisation liés au SIDA et à l'hépatite C, voir les notes précitées de M. Grynbaum et de Mme Gallmeister.

3 - Arrêts de rejet constatant l'absence de lien de causalité entre le vaccin et la maladie et rejet du moyen fondé sur le « principe de précaution » : Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-10.593 et n° 06-18.848, Inédits.

A deux reprises, la Cour de cassation confirme la décision des cours d'appel qui constatent l'absence de lien causal entre la maladie et la vaccination et ne font pas droit aux demandes en indemnisation³. Quoique non publié, l'arrêt n° 06-18.848 présente un intérêt : le rejet du moyen suivant, fondé sur le principe de précaution : « en application du

principe de précaution, l'absence de certitude scientifique sur l'innocuité d'un vaccin établit une présomption de défaut ». La Cour écarte cet argument : « l'absence de certitude scientifique sur l'innocuité du vaccin n'empêche pas de présomption de défaut ». Ces solutions semblent donc nuancer dans sa portée le principe d'admission de la preuve par présomptions posé par les deux autres arrêts de cassation précités (n° 05-20.317 et n° 06-10.967).

³ Ces deux arrêts de rejet ont fait l'objet de vives critiques, les situations des victimes étant très proches dans les cinq espèces. En ce sens, jugeant cette approche « discriminante » : Luc Grynbaum, *Sem. Jur.* G, n° 28, 9 Juillet 2008, II, 10131.

Alexis BOISSON

B – Responsabilité du fait des accidents de la circulation

• Faute du conducteur victime : Civ. 2^{ème}, 10 avril 2008, n° 07-12.250, F-D.

L'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 dispose que « la faute commise par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis ».

La Cour apporte, au visa de cet article, une solution innovante lorsqu'un conducteur victime a fait l'objet de poursuites pénales à la suite de l'accident.

Un accident de la circulation est intervenu entre une motocyclette et un véhicule automobile. La chambre des appels correctionnels condamna les deux conducteurs pour blessures involontaires à l'égard de leurs passagers. La cour d'appel, pour dire que le conducteur de la motocyclette n'avait commis aucune faute dans la réalisation de l'accident et devait être indemnisé de l'intégralité de ses préjudices, a retenu que la preuve des fautes commises par ce dernier n'était pas rapportée, que le calcul de probabilités utilisé par le tribunal pour évaluer son taux d'alcoolémie n'était pas admissible, que la vitesse excessive alléguée n'était qualifiée que de probable et que le premier juge avait à bon droit considéré que le dépassement qui était reproché au motocycliste n'avait eu aucun rôle causal dans l'accident.

La deuxième Chambre civile vient censurer l'arrêt de la cour d'appel pour manque de base légale, en précisant que les juges du fond auraient dû rechercher « si l'arrêt correctionnel ayant condamné [le motocycliste] en retenant à son encontre un manque de prudence,

une vitesse excessive et une conduite sous l'empire d'un état alcoolique n'impliquait pas l'existence d'une faute ayant contribué directement à la réalisation de l'accident ».

Premièrement, la Cour de cassation semble ici, au vue de sa formulation, se détacher de la solution traditionnellement admise selon laquelle la faute de la victime conductrice, pour venir diminuer son indemnisation, doit s'apprécier par rapport à sa relation causale dans son dommage¹ et non pas dans la survenance de l'accident. S'agit-il simplement d'une formulation malencontreuse ?

Deuxièmement, la Cour de cassation laisse aux juges du fond le soin d'apprécier le rôle causal de la faute sans pouvoir remettre en question les chefs de condamnation pénale du conducteur victime, et ce conformément au principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Au visa de ce même principe, elle avait déjà considéré, dans le cas du recours en contribution entre coauteurs, que la relaxe au pénal du conducteur du chef de blessures involontaires implique nécessairement l'inexistence d'une faute à la charge de ce dernier².

Troisièmement, en cas d'alcoolémie du conducteur victime, la jurisprudence connaît par la présente décision une évolution. La Cour de cassation avait antérieurement jugé que la conduite

¹ Civ. 2^{ème}, 13 octobre 2005, n° 04-17.428, *Bull.*, n° 246 ; Civ. 2^{ème}, 7 février 1990, n°86-17.023 : *Bull.*, n° 21.

² Civ. 2^{ème}, 25 mars 1998, n° 95-21.513 : *Bull.*, n° 99 ; 3 mars 1993, *Bull.*, n° 81.

d'un véhicule terrestre à moteur sous l'emprise d'un état alcoolique ou de stupéfiants constituée, au sens de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985, une faute en relation avec le dommage du conducteur victime de nature à limiter ou exclure son droit à indemnisation¹. Ce qui dans ce cas privait les juges du fond de leur

pouvoir d'apprécier l'existence de la faute de la victime conductrice et sa relation de causalité. Cette appréciation leur revient désormais.

Anastasia MARIE de
FICQUELMONT

¹ Civ. 2^{ème}, 13 octobre 2005, *préc.*

• Date d'appréciation du préjudice corporel de la victime d'un accident de la circulation : Civ. 2^{ème}, 17 avril 2008, n° 07-14.034, FS-D.

Les juges du fond déterminent généralement le préjudice corporel de la victime après avoir fixé la date de sa consolidation qui est « le moment où les lésions ont cessé d'évoluer et où tous les soins ayant été prodigués et toutes les ressources de la technique médicale utilisées, il n'est plus possible d'attendre de leur continuation une amélioration totale, de sorte que l'état de la victime présente un état définitif et permanent par rapport aux connaissances actuelles de la science médicale »².

La date de consolidation du dommage n'est pas sans importance en matière de réparation du dommage corporel. Par exemple, c'est à compter de cette date que les juges du fond fixent le point de départ de la rente mensuelle allouée à la victime, lorsqu'ils choisissent cette forme d'indemnisation. Elle marque, par ailleurs, le point de départ du délai de prescription de l'action en réparation du dommage corporel³.

La date de consolidation du préjudice corporel doit-elle pour autant constituer une limite dans l'appréciation du préjudice ? La Cour de cassation vient répondre par la négative dans la présente affaire qui concerne une victime d'un accident de la circulation.

Viole ainsi le principe de la réparation intégrale du préjudice et l'article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, la Cour d'appel qui, pour évaluer le montant du préjudice corporel global d'une victime d'un accident de la circulation, fixe à une certaine somme les frais médicaux et pharmaceutiques et divers frais restés à sa charge compte tenu de la date de consolidation de son préjudice.

La deuxième Chambre civile précise que « la seule date de consolidation de l'état d'une victime d'un accident de la

01-02.182 : *Bull.*, n° 177). Le délai de prescription de l'action en responsabilité civile délictuelle ne saurait dès lors pas plus courir à compter de la connaissance par la victime du dommage corporel et de sa cause (Civ. 2^{ème}, 4 mai 2000, n° 97-21.731 : *Bull.*, n° 75).

La réforme n° 2008-561 du 17 juin 2008 a abrogé l'article 2270-1 du Code civil et est venue explicitement consacrer cette solution jurisprudentielle au nouvel article 2226, alinéa 1^{er}, du même code.

² CA Nîmes, 31 janvier 2006, ct0014.

³ La Cour de cassation censure la Cour d'appel qui fixe le point de départ de la prescription à une date antérieure, telle la date de la survenance du dommage corporel (Civ. 2^{ème}, 11 juill. 2002, n°

circulation n'est pas de nature à exclure du droit à indemnisation les frais engagés postérieurement dès lors qu'ils sont en relation directe avec l'accident ».

Les solutions traditionnelles relatives à la date d'évaluation du dommage enseignent que celui-ci s'apprécie au jour où le juge se prononce¹, sachant qu'une exception est admise lorsque le préjudice s'aggrave postérieurement à la décision devenue définitive. Dans ce cas, une indemnité supplémentaire peut être allouée à la victime sans que puisse lui être opposée l'autorité de la chose jugée à condition que l'aggravation constitue un élément nouveau qui n'avait pas été pris en compte par les précédents juges². Ces solutions permettent de réparer intégralement le préjudice corporel en prenant en compte tous ses éléments d'évolution, antérieurs ou postérieurs au jugement ou à l'arrêt, jusqu'à la date de consolidation des blessures.

¹ Civ. 2^{ème}, 21 mars 1983 : *Bull.*, n° 88 ; 27 juin 1984 : *D.* 1985, 321 (1^{ère} espèce), note Chartier ; 10 mai 1989 : *Gaz. Pal.* 1989, 2, Somm. 466, obs. F.C. ; 24 juin 1998 : *Bull.*, n° 226 ; 11 oct. 2001, *ibid.*, n° 154 ; *D.* 2001, IR, 3093.

² Crim., 9 juill. 1996 : *Bull. crim.*, n°286 ; *JCP.* 1997, éd. G, I, 4025, n°23, obs. Viney ; Civ. 2^{ème}, 9 déc. 1999 : *Bull.*, n° 188.

La présente décision se démarque de ces solutions traditionnelles puisqu'en l'espèce certains éléments du préjudice corporel avaient évolué postérieurement à la date de sa consolidation. La deuxième Chambre civile a ainsi eu l'occasion de compléter ses solutions déjà admises. La date d'appréciation du préjudice reste celle de la décision, sauf exception sus précisée. Cependant, les juges doivent prendre en compte non seulement les éléments, avérés ou prévisibles, du préjudice corporel jusqu'à sa date de consolidation, mais désormais également, dans les hypothèses plus rares, des éléments qui surviennent postérieurement à condition que le rapport de cause à effet soit établi avec l'accident. La Cour de cassation statue dans un cas d'espèce. Cependant, ce précédent mériterait d'être généralisé et une confirmation à venir serait souhaitable. Elle apporte en effet une solution qui permet de répondre plus justement à l'objectif d'indemnisation intégrale du préjudice, le préjudice, rien que le préjudice, mais tout le préjudice, même si l'évaluation s'avère souvent difficile en cas de préjudice évolutif.

Anastasia MARIE de
FICQUELMONT

• **Indemnisation de la victime conductrice : Civ. 2^{ème}, 17 avril 2008, n° 07-14.130, F-D.**

La Cour de cassation réaffirme son principe déjà bien ancré, depuis un arrêt rendu par l'une de ses chambres mixtes en 1997³, venu améliorer la situation

des conducteurs victimes d'accidents de la circulation. Au visa de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985, elle rappelle en effet que « lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans un accident de la circulation, chaque conducteur a droit à

³ Ch. mixte, 28 mars 1997, n° 93-11.078 : *Bull. ch. m.*, n° 1, *JCP* 1997, éd. G, I, 4025, n° 24, obs. G. Viney ; *D.* 1997, J., p. 291, note D. Mazeaud et p. 294, note H. Groutel ; *RTD Civ.* 1997, p. 681,

P. Jourdain ; *Gaz. Pal.*, 28 mai 1997, n° 148-149, *Panorama*, p. 113.

l'indemnisation des dommages qu'il a subis, sauf s'il a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son préjudice. Il appartient alors au juge d'apprécier souverainement si cette faute a pour effet de limiter l'indemnisation ou de l'exclure ».

En l'espèce, un motocycliste, circulant sur un chemin vicinal, est victime d'un accident de la circulation impliquant un engin agricole venant en sens opposé. Blessé, il assigne le propriétaire du véhicule agricole en indemnisation de son préjudice.

La cour d'appel le prive de son droit à indemnisation au motif que l'accident avait eu pour seule cause la faute de ce dernier. L'arrêt retient à ce titre que l'engin était une machine agricole automotrice qui n'avait pas à être obligatoirement munie d'un gyrophare et que la victime devait démontrer que cette absence de gyrophare était fautive et avait concouru à la réalisation de l'accident.

La Cour de cassation censure l'argumentation de la cour d'appel en rappelant que « la faute de la victime ayant contribué à la réalisation de son préjudice doit être appréciée en faisant abstraction du comportement de l'autre conducteur du véhicule impliqué dans l'accident ».

Commentaire :

La Cour de cassation avait déjà consacré par diverses décisions antérieures ce principe, qui en définitif vient encadrer l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle avait ainsi pu revenir sur sa jurisprudence *Le Dantic*

de 1986¹, relative au choix entre l'exclusion et la diminution de l'indemnisation du conducteur. Cette jurisprudence, rendue au lendemain de la publication de la loi de 1985, avait donné naissance à un courant jurisprudentiel selon lequel l'exclusion de l'indemnisation supposait que la faute de la victime conductrice ait été la cause exclusive de l'accident². L'indemnisation du conducteur fautif³, ainsi que la recevabilité de son action⁴, supposait par ailleurs que soit rapportée la preuve d'une faute commise par le défendeur. Ces solutions, appliquées en l'espèce par la cour d'appel, étaient fort contestables, puisque l'indemnisation des conducteurs victimes ne quittait finalement pas le terrain de la responsabilité pour faute⁵ et que ces derniers étaient placés dans une situation moins favorable que celle qui découlerait de l'application du droit

¹ Civ. 2^{ème}, 23 avril 1986, n° 84-16.007, arrêt *Le Dantic* : *Bull.*, n° 58 ; *D.* 1987, somm. 89. La deuxième Chambre civile avait estimé que l'arrêt de la Cour d'appel, ayant privé le conducteur victime de son indemnisation, était légalement justifié au regard de l'article 4 de la loi de 1985 puisqu'il résultait de ses constatations et énonciations que la faute commise par ce dernier avait été la cause exclusive de l'accident.

² Civ. 2^{ème}, 2 juill. 1986, n° 85-12.614 : *Bull.*, n° 101 ; *D.* 1989, *ibid.* ; 13 janv. 1988, n° 86-16.234, *Bull.*, n° 15 ; *D.* 1988, p. 293, note H. Groutel ; V. égal. l'arrêt *Fourdrin*, Civ. 2^{ème}, 23 mars 1994, n° 92-14.296 : *Bull.*, n° 100 ; *JCP* 1994, éd. G, n° 29/30, p. 283, note P. Conte ; *D.* 1994, n° 21, p. 299, note H. Groutel.

³ Civ. 2^{ème}, 2 nov. 1994 : *Dr. et patrimoine*, mars 1995, n° 900, p. 82, obs. F. Chabas, *JCP* 1995, éd. G, I, n° 3853, n° 28, obs. G. Viney.

⁴ Civ. 2^{ème}, 24 nov. 1993 : *RTD civ.* 1994, p. 367, obs. P. Jourdain.

⁵ H. Groutel, *L'autonomie du droit à indemnisation de la loi du 5 juillet 1985 dans toute sa plénitude*, note sous Ch. mixte, 28 mars 1997, *D.* 1997, p. 294.

commun¹. Ce qui faisait élever la voix de la doctrine déplorant que les victimes conductrices soient les grandes perdantes de la réforme résultant de la loi de « protection » du 5 juillet 1985.

Sensible aux inconvénients des solutions antérieures, une chambre mixte, en 1997², réalisait une avancée considérable en matière d'indemnisation des victimes conductrices, puisqu'il ressortait de son arrêt que le droit à indemnisation de ces dernières ne se trouvait plus fondé sur la faute du conducteur défendeur. Le conducteur fautif pouvait donc l'actionner en justice même s'il n'avait commis aucune faute. Cependant, une motivation quelque peu ambiguë laissait planer des incertitudes quant à l'influence de la faute du conducteur défendeur sur l'indemnisation de la victime conductrice.

La deuxième Chambre civile est donc venue quelques mois plus tard clarifier sa nouvelle jurisprudence à l'occasion d'un arrêt qui reprochait à la Cour d'appel d'avoir statué sans rechercher si, « abstraction faite du comportement » du conducteur défendeur, la victime conductrice avait commis une faute de nature à limiter ou à exclure son droit à indemnisation³. Cet arrêt constituait le précédent d'une solution désormais retenue sous la formulation d'un principe, repris mots pour mots par le présent arrêt, et aux termes duquel « la faute de la victime ayant contribué à la réalisation de son préjudice doit être appréciée en faisant abstraction du comportement de l'autre conducteur du véhicule impliqué dans

l'accident »⁴. S'orientant dans la voie tracée par cette jurisprudence, la Chambre criminelle a, par deux arrêts du 31 mai 2005⁵, consacré en des termes identiques le même principe, rendant ainsi toute sa portée à la décision de la chambre mixte sans qu'il n'y ait de divergence entre les deux chambres.

La deuxième Chambre civile a par la suite précisé que, pour exclure l'indemnisation du conducteur, les juges du fond n'ont pas à rechercher si la faute de ce dernier est la cause exclusive de l'accident⁶. La faute exclusive du conducteur pourrait dès lors n'avoir seulement pour conséquence qu'une diminution de son indemnisation. En l'espèce, la Cour de cassation confirme cette conséquence, puisqu'elle censure l'argumentation de la cour d'appel qui a rejeté la demande d'indemnisation en retenant le caractère exclusif de la faute de la victime conductrice. Une pierre de plus est donc ajoutée à l'édifice de l'indemnisation des conducteurs.

À la lumière de l'ensemble de ces décisions, il apparaît que la Cour de cassation semble vouloir réduire à une peau de chagrin les cas d'exclusion de l'indemnisation du conducteur. Peut-on penser qu'à l'avenir elle ne l'admettra uniquement que lorsque la faute du conducteur victime revêtira les caractères de la force majeure ? Ou du moins, l'exclusion de l'indemnisation

⁴ Civ. 2^{ème}, 14 novembre 2002, n° 00-19.028 : *Bull.*, n° 251, p. 197 ; 5 juin 2003, n° 01-17.486 : *Bull.*, n° 168.

⁵ Crim., 31 mai 2005, n° 04-86.476 et n° 04-86.231 (2 espèces) : *Bull. crim.*, n° 164.

⁶ Civ. 2^{ème}, 9 octobre 2003, n°01-17.109 : *Bull.*, n° 291 ; 10 juin 2004, n° 03-13.345 : *Bull.*, n° 277 ; 1^{er} déc. 2005, n° 04-18.433 ; 5 juillet 2006, n° 05-15.713.

¹ D. Mazeaud, obs. sous Ch. mixte, 28 mars 1997, *D.* 1997, p. 291.

² Ch. mixte, 28 mars 1997, *préc.*

³ Civ. 2^{ème}, 6 mai 1997, n° 95-15.483 : *Bull.*, n° 127.

de celui-ci supposera-t-elle une faute d'une particulière gravité, voire d'une exceptionnelle gravité ? Les décisions à venir devraient nous éclairer à ce sujet.

Cependant, il nous paraît certain qu'une telle limitation ne pourra pas être acquise tant que le choix entre l'exclusion et la limitation de l'indemnisation du conducteur restera soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Confirmée par plusieurs décisions récentes¹ et dernièrement en mars 2008², la solution reprise par le présent

¹ Civ. 2^{ème}, 1^{er} décembre 2005, *préc.* ; 3 mai 2006, n° 05-12.872 ; 5 juillet 2006, *préc.* ; Crim., 27 juin 2006, n° 05-87.343 : *Bull. crim.*, n° 196 ; de même pour le dommage matériel subi en raison de la dégradation du véhicule : Civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, n° 07-19.835.

² Civ. 2^{ème}, 6 mars 2008, n° 06-21.473, *JurisData* 2008-043042 : cette revue, n° 1, janv.-mars 2008, p. 30, *obs.* B. Muller.

arrêt est représentative d'une jurisprudence qui rompt désormais très clairement avec l'appréciation du rapport des fautes respectives des conducteurs et qui a profilé au gré des espèces la voie de sa stabilité. Elle s'inscrit dans la lignée des nouvelles solutions de la Cour de cassation, qui manifeste depuis une dizaine d'années son choix de consacrer des solutions plus douces au profit des victimes conductrices. Reste encore un autre pas à franchir avant de réduire à des cas d'exception toute possibilité d'exclure leur indemnisation ... celui de la réforme législative !

Anastasia MARIE de
FICQUELMONT

• Indemnisation et faute du conducteur victime : Civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, n° 07-11.214, F-D.

Une collision s'est produite entre un automobiliste et un ensemble routier sur la voie de circulation de ce dernier venant en sens inverse. Blessé, le conducteur de l'automobile a demandé réparation de son dommage au conducteur du véhicule impliqué et à l'assureur de celui-ci.

La cour d'appel lui ayant accordé la réparation intégrale de son préjudice, l'assureur et le conducteur de l'ensemble routier ont formé un pourvoi en cassation.

Appuyant son grief sur le principe de la réparation intégrale du dommage, le pourvoi affirmait que la victime ayant déjà été indemnisée de son préjudice par son propre assureur, ne pouvait

demander à l'assureur de l'autre véhicule, de l'indemniser au titre du même préjudice.

La deuxième Chambre civile rejette l'argumentation du pourvoi en s'appuyant sur la formulation de l'arrêt qui décide « à bon droit que le versement d'une somme [au conducteur victime] par sa propre société d'assurance qui n'est pas dans la cause, en vertu des dispositions contractuelles liant les parties, ne fait pas obstacle à l'indemnisation intégrale de la victime par le conducteur du véhicule impliqué et son assureur ».

En revanche, la Cour de cassation casse, au visa de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985, l'arrêt attaqué qui, pour

décider que le conducteur avait droit à l'indemnisation de son entier préjudice, a retenu que la preuve d'une faute à son encontre n'était pas rapportée. La deuxième Chambre civile estime au contraire que la faute du conducteur était constituée puisque, selon les constatations de cour d'appel, celui-ci

« avait quitté son propre couloir de circulation, faisant ainsi ressortir qu'il n'avait pas adapté sa vitesse aux conditions de circulation rendues difficiles par la présence de verglas ».

Anastasia MARIE de
FICQUELMONT

• **La faute inexcusable de la victime non-conductrice : Civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, n° 07-13.695, FS-D.**

L'article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 prévoit, en son alinéa 1^{er}, que les victimes non-conductrices « sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident ».

En l'espèce, la cour d'appel relevait que la victime avait commis une succession de fautes, la première en circulant à bicyclette à 7 heures 45 du matin au mois d'octobre, sans dispositif signalétique d'éclairage ou catadioptré alors que, selon le témoin, il faisait "entre chiens et loups" au point de vue de la luminosité, les véhicules devant encore rouler en codes, la seconde en circulant avec la main gauche immobilisée par le port d'un bidon plein de lait qui la limitait dans ses manœuvres directionnelles, et la troisième en se déportant sur la gauche et en changeant de direction sans précaution et sans marquer préalablement son intention.

Pour exclure l'indemnisation de la victime, elle avait retenu que celle-ci, habituée des lieux puisque habitant à 1 km, avait commis ces fautes de manière délibérée et en connaissance de cause alors que la prudence la plus

élémentaire lui commandait d'adopter un autre comportement, de sorte qu'était caractérisée une faute inexcusable exonérant le conducteur du véhicule de toute responsabilité dans l'accident.

La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel en rappelant que « seule est inexcusable au sens de ce texte la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ».

Ce principe est déjà bien acquis depuis une série de dix arrêts qu'elle a rendus le 20 juillet 1987¹ et confirmés par son arrêt d'Assemblée plénière en date du 10 novembre 1995².

Le présent arrêt s'inscrit donc dans le sillage des précédentes solutions, qui n'admettent que très rarement la faute inexcusable de la victime non-conductrice. Ne sauraient ainsi constituer de telles fautes, non seulement les simples inattentions,

¹ Civ. 2^{ème}, 20 juillet 1987 : *Bull.*, n° 160 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 26, note. F. Chabas, et pour l'un d'entre eux : *Grands arrêts*, n° 150.

² Ass. Plén., 10 novembre 1995, n° 94-13.912, arrêt *Larher* : *Bull. A. P.*, n° 6 ; *D.* 1995, *J.*, p. 633, rapport Y. Chartier ; *JCP* 1996, éd. G, II., 22564, concl. M. Jéol, note G. Viney ; *RTD. Civ.* 1996, p. 187, obs. F. Chabas ; *Gaz. Pal.*, 14 et 15 fév. 1997, n° 45-46, *Jurisp. p.* 27, note F. Chabas.

JURISPRUDENCE

inadvertances ou imprudences¹, comme celles présentes en l'espèce, mais également des fautes bien moins légères², tel que le fait pour une

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 6^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 1996, p. 753.

² *Ibid.*

personne de se mettre au milieu de la route dans le but d'arrêter une voiture pour rentrer chez elle tout en étant sous l'emprise de l'alcool³.

Anastasia MARIE de
FICQUELMONT

³ Ass. Plén., 10 novembre 1995, *préc.*

PERSONNES – FAMILLE

Victor DAUDET, Julien FAURE et Mélanie JAOLU

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| § 1 – La personne | 194 |
| I – Des droits civils : respect de la vie privée | 194 |
| II – De la nationalité française | 195 |
| A – Modes d’acquisition de la nationalité française | 195 |
| 1 – Acquisition de la nationalité française à raison du mariage | 195 |
| 2 – Acquisition de la nationalité française par déclaration de nationalité | 196 |
| B – Effets de l’acquisition de la nationalité française | 196 |
| § 2 – L’enfant | 197 |
| I – Filiation et expertise biologique | 197 |
| II – De l’autorité parentale | 199 |
| III – Responsabilité du mari et père pour désintéret | 200 |
| § 3 – Le couple | 201 |
| I – Mariage | 201 |
| A – Demande en nullité du mariage | 201 |
| B – Contrat de mariage et régimes matrimoniaux | 209 |
| 1 – Du régime en communauté | 209 |
| 2 – De la séparation de biens | 209 |
| II – Divorce | 210 |
| A – Prestation compensatoire | 210 |
| B – Demande de paiement des indemnités d’occupation | 212 |
| § 4 – Les incapables | 213 |
| I – Mineurs | 213 |
| II – Majeurs protégés | 214 |
| § 5 – Successions et libéralités | 214 |
| I – Successions | 214 |
| II – Libéralités | 216 |

§ 1 – La personne

I – Des droits civils : respect de la vie privée

- **L'ancienne identité de celui qui a légalement fait changer son nom est un élément de sa vie privée : Civ. 1^{ère}, 7 mai 2008, n° 07-12.126, F-P+B.**

Un hebdomadaire, dans son édition papier et sur son site internet, publie des articles révélant que le directeur d'un centre hospitalier régional a autrefois procédé à un changement de nom de famille, ajoutant que ce changement « révèle une faille chez celui qui procède à ce qui est au départ une dissimulation : honte avouée ou inavouée des origines et une certaine faiblesse de caractère ». La personne visée assigne alors en référé la société éditrice du journal pour violation de l'article 9 du Code civil, relatif à la protection de la vie privée.

Les juges du fond rejettent la demande, en retenant que si le demandeur a bien été autorisé administrativement à changer de nom par décret, « l'insertion de cet acte administratif au Journal officiel l'a rendu public, permettant à chacun de le rapprocher d'un extrait d'acte de naissance de l'intéressé, de sorte que son nom d'origine échappe par nature à la sphère privée », et en soulignant que la publication était en l'espèce en rapport avec l'activité contestée du directeur d'un important service hospitalier, événement intéressant le public¹.

On peut souligner la dangerosité d'un tel raisonnement, qui conduit à faire sortir de la sphère privée, protégée comme telle par l'article 9, l'ancien nom de famille dès lors que celui-ci a subi une modification autorisée par décret, de même que, de manière plus générale, tous les faits privés s'y rattachant. En effet, selon la cour d'appel, l'acte de modification du nom recevant une publicité, le nom d'origine devient public, et échappe « par nature » à la sphère privée. Ce qui pourrait dissuader certaines personnes de procéder à une telle modification pourtant estimée nécessaire, ou les pousser à réclamer au législateur la mise en place d'un secret de la procédure².

La Cour de cassation sanctionne en tout cas le raisonnement de la cour d'appel, et retient, en plus de la non-caractérisation d'un lien direct entre la révélation litigieuse et l'objet des publications intervenues, que « l'ancienne identité de celui qui a légalement fait changer son nom est un élément de sa vie privée ». On peut noter que le nom patronymique actuel, en revanche, « destiné à identifier une personne dans les actes de la vie civile, échappe par sa nature à la sphère

¹ Ce qui révèle un certain malaise des juges du fond, puisque ce second argument n'aurait été essentiel que si le nom en question avait relevé du domaine de la vie privée : V. A. Lepage, *Les liens entre nom et vie privée* : Comm. Commerce électron. n° 7, juill. 2008, comm. 94.

² D'ailleurs, les décrets portant changement de nom pris sur le fondement de l'article 61 du Code civil sont interdits de publication sous forme électronique, en application du décret n° 2004-459 du 28 mai 2004 relatif à l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004.

de la vie privée »¹. Ou le paradoxe du nom dans ses relations avec la vie privée, qui sert à l'identification publique de la personne, et permet

lorsqu'il est caché de garantir une quasi totale protection de la personnalité².

Victor DAUDET

¹ Paris, 30 oct. 1998, Bidochon c/ Binet : *D.* 1998. IR. 259 ; *RTD civ.* 1999. 61, obs. J. Hauser ; « le nom est d'abord un signe sous lequel on se fait connaître et reconnaître : CEDH, 22 févr. 1994, Burghartz c/ Suisse : *D.* 1995. Jur. 5, note Marguénaud ; cités par C. Le Douaron, *D.* 2008, p. 1481.

² V. A. Lepage, préc., pour qui le nom peut être vu, en raison de « son fort pouvoir d'identification », comme « la "reine" des données à caractère personnel », l'anonymat rendant l'identification d'une personne difficile voire impossible, d'où « l'anonymisation très fréquente aujourd'hui dans les décisions de justice publiées ».

II – De la nationalité française

A – Modes d'acquisition de la nationalité française

1 – Acquisition de la nationalité française à raison du mariage

• **L'existence d'un jugement rejetant la nullité du mariage ne fait pas obstacle à la vérification par la cour d'appel de la persistance de la communauté de vie et de l'existence de l'intention matrimoniale de l'époux naturalisé: Civ. 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 07-13.512, F-P+B.**

En l'espèce, une française se marie avec un ressortissant albanais et ce dernier souscrit, après deux ans de mariage, une déclaration de nationalité française sur le fondement de l'article 21-2 du Code civil. Après sept ans de mariage, le divorce est prononcé et l'ex-époux convole en secondes noces avec une ressortissante albanaise dont il reconnaît les deux filles nées pendant la durée de son premier mariage. L'ex-épouse demande l'annulation du mariage pour erreur sur la personne et défaut d'intention matrimoniale. Le TGI la déboute par jugement du 25 octobre 2005 non frappé d'appel. Le ministère public ayant connaissance de ces faits assigne à deux reprises, le 4 et le 25 octobre 2002 (la seconde assignation annulant et remplaçant la première),

l'époux naturalisé en annulation de l'enregistrement de la déclaration de nationalité. La Cour de cassation admet le raisonnement de la Cour d'appel (Rennes, 6 mars 2007) qui admet la validité de la procédure.

Cependant, la première Chambre civile casse la décision attaquée puisqu'il appartenait aux juges du fond, selon elle, d'apprécier la persistance de la communauté de vie entre époux à la date de la déclaration de nationalité ainsi que l'existence d'un mensonge ou d'une fraude, même s'il existait un jugement, ayant force de chose jugée, qui avait statué sur la réalité de l'intention matrimoniale.

Mélanie JAOUL

2 – Acquisition de la nationalité française par déclaration de nationalité

- **Sur les modalités de la contestation d'un rejet d'enregistrement de déclaration de nationalité française (article 21-13 du Code civil) : Civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, n° 07-14.076, F-P+B.**

La première Chambre civile de la Cour de cassation rend un arrêt de cassation partielle dans cette affaire relative à une demande de naturalisation.

En l'espèce, M. Henri X..., né au Bénin de père français, a obtenu deux certificats de nationalité française comme étant né de père français en 1982 et en 1989. Une première procédure a conduit à l'annulation du certificat obtenu en 1989 (Civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, n° 96-11.708, rejet). Une seconde procédure a abouti à l'annulation du certificat de nationalité obtenu en 1982 par la Cour d'appel de Bordeaux (10 janv. 2001). M. X... souscrit alors en juin 2001 une déclaration d'acquisition de la nationalité française sur le fondement de

l'article 21-13 du Code civil que le Ministre des affaires sociales a refusé d'enregistrer. M. X... agit en contestation du refus d'enregistrement. La Cour de cassation casse partiellement l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (30 mars 2006) car les juges du fond, avant de rejeter l'action en contestation du requérant au motif que celle-ci n'a pas été souscrite dans un délai raisonnable, auraient dû se fonder sur le moment où M. X... a eu connaissance de son extranéité, c'est-à-dire à la date à laquelle son second certificat de nationalité française, émanant des autorités françaises, a été annulé par la Cour d'appel de Bordeaux.

Mélanie JAOUŁ

B – Effets de l'acquisition de la nationalité française

- **Précision des conditions d'application de l'« effet collectif » de l'acquisition de la nationalité française prévu par l'article 22-1 du Code civil : Civ. 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 07-14.959, F-P+B.**

L'article 22-1 du Code civil permet aux enfants mineurs dont un des parents acquiert la nationalité française d'acquérir de plein droit celle-ci. Cet effet collectif de la déclaration d'acquisition de la nationalité française (déclaration prévue à l'article 21-13 du Code civil) est subordonné au fait que le mineur ait la même résidence que le parent ayant acquis la nationalité française.

Ainsi, la première Chambre civile rejette le pourvoi formé contre une décision d'une cour d'appel (Orléans, 13 mars 2006), qui rejetait la demande d'application de l'article 22-1 du Code civil au profit des deux enfants du requérant au motif que ces derniers n'ayant jamais quitté le Sénégal n'avaient plus la même résidence habituelle que leur père. La Cour retient donc qu'ils ne pouvaient pas se

prévaloir de l'acquisition de la nationalité française par leur père, le texte subordonnant l'acquisition de plein droit de la nationalité française à

l'existence d'une résidence habituelle commune avec le parent naturalisé.

Mélanie JAOUŁ

§ 2 – L'enfant

I – Filiation et expertise biologique

• **L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, force du principe : Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-15.037, FS-P+B+I.**

La Cour de cassation apporte une nouvelle démonstration de la force de la vérité biologique en matière de filiation. L'enfant de Mme X..., né le 17 février 1997, est reconnu en 1996 par M. Y..., celui-ci ayant entretenu une liaison avec la mère au cours de la même année. M. Z..., le concubin de la mère de 1989 à 1995 puis, après une séparation, de 1996 à avril 2001, reconnaît cependant lui aussi l'enfant. M. Z... et Mme X... forment alors une action en contestation de la reconnaissance prénatale faite par M. Y... La demande est rejetée par les juges du fond qui refusent d'ordonner une expertise génétique, au motif que les éléments acquis aux débats accréditent la vraisemblance d'une paternité de M. Y... : correspondance échangée entre celui-ci et la mère de l'enfant, attestations concernant leurs relations pendant la période légale de conception, actes de M. Y... se comportant comme le père... D'autre part, les juges relèvent que le concubin de la mère ne saurait invoquer à son profit une possession d'état, alors que celle-ci était justement établie au profit de M. Y... en raison des décisions de justice rendues par le juge aux affaires

familiales qui accordaient à M. Y... un droit de visite en 1998 puis fixaient la résidence de l'enfant au domicile de ce dernier en sa qualité de père en 2001. Enfin, les juges soulignent que « dès lors que les présomptions et indices relevés étaient suffisants en eux-mêmes pour établir la paternité de M. Y..., il existait un motif légitime de ne pas satisfaire à la demande d'expertise biologique réclamée par M. Z... ». En définitive, la vraisemblance de la paternité était en faveur de M. Y..., ainsi que la possession d'état ; la paternité de M. Y... était donc établie. Le fait qu'une paternité soit établie par des présomptions et des indices fait-il par nature obstacle à une demande d'expertise biologique ?

Rappelant¹ dans un attendu de principe que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y

¹ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000 : *Bull. civ.* I, n° 103 ; *R.*, p. 328 ; *D.* 2000. 731, note Garé ; *D.* 2001. Somm. 976, obs. Granet ; *ibid.* 1427, obs. Gaumont-Prat ; *ibid.* 2868, obs. Desnoyer ; *JCP* 2000. II. 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint Mieux ; *Defrénois* 2000. 769, note Massip ; *Dr. fam.* 2000, n° 72, note Murat ; *RTD civ.* 2000. 304, obs. Hauser.

procéder », la Cour de cassation apporte une réponse contraire à celle des juges du fond, et retient au visa des articles 339 et 311-12 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 4 juillet 2005¹, que la contestation de reconnaissance de paternité naturelle ouvre droit à l'expertise biologique, et qu'aucun motif légitime de ne pas y procéder n'était en l'espèce caractérisé. Peu importe donc la vraisemblance d'une paternité, et plus généralement la vérité « sociale » qu'elle véhicule, par les indices, présomptions, et possession d'état l'établissant² ; la vérité biologique primant sans équivoque, une expertise doit être diligentée. En découle une difficulté croissante pour caractériser un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise, la force du principe de l'expertise de droit paraissant difficilement renversable³. Certains

motifs ont pu cependant être jugés légitimes, comme l'impossibilité matérielle due à la non-localisation du père ou l'existence d'une expertise préalable ayant donné des résultats suffisamment probants⁴. Mais ces exemples montrent également la difficulté d'établissement d'un motif légitime⁵ ; le juge lié sur le fond par la biologie⁶ ?

Victor DAUDET

⁴ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005 : *Bull. civ. I*, n° 250 ; *D.* 2005. IR. 1805 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 182, note P. Murat ; Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001 : *Bull. civ. I*, n° 169 ; *RTD civ.* 2001. 574, n° 13, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2001, p. 1355, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2002, comm. n° 2, note P. Murat ; cités par F. Chénéde, *AJ Fam.* 2008, p. 298.

⁵ V. cependant Lyon, 27 mai 2008, n° 07-07.315, cité par M. Douchy-Oudot, *Filiation : expertise biologique et motif légitime : Procédures*, n° 8, août 2008, comm. 238, où divers indices, notamment l'absence de contestation de sa paternité par le père, le fait que l'action en annulation d'une reconnaissance formée par le fils n'a été causée que par un intérêt purement financier et que cette action déstabilise le père âgé de 62 ans, constituent un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise biologique.

⁶ V. P. Murat, *Refus d'expertise biologique et existence d'une possession d'état : petite mise au point de la Cour de cassation* : *Dr. fam.*, n° 7, juill. 2008, comm. 100.

¹ La solution n'aurait toutefois pas été différente sous l'empire des textes nouveaux : I. Gallmeister, *D.* 2008, p. 1624 ; F. Chénéde, *AJ Fam.* 2008, p. 298.

² Cette solution pouvant constituer un affaiblissement des présomptions et de la possession d'état en matière de filiation : I. Gallmeister, préc.

³ V. J. Hauser, *Le droit à l'expertise biologique : le tir groupé du 14 juin 2005 ! Fin du feuilletton ?*, *RTD civ.* 2005. 584.

• **Rejet de l'expertise biologique en vue d'établir la paternité du de cujus sans preuve du consentement exprès à celle-ci de son vivant: Civ. 1^{ère}, 2 avril 2008, n° 06-10.256 et 07-11.639, FS-P+B+I.**

La première Chambre civile de la Cour de cassation énonce que l'article 16-11 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, est d'application immédiate aux situations en cours. En l'espèce, la Cour rejette le pourvoi visant, dans le cadre

d'une action en recherche de paternité, à obtenir l'autorisation judiciaire pour une expertise biologique sur des échantillons déposés par le défunt auprès du CECOS à des fins d'autoconservation. La Cour rappelle qu'elle ne peut autoriser une expertise biologique post-

mortem à défaut d'un consentement exprès de la personne manifesté de son

vivant, quand bien même le décès est survenu avant la loi du 6 août 2004.

Mélanie JAOUL

II – De l'autorité parentale

• **La délégation partielle de l'autorité parentale peut être effectuée au profit de la compagne de la mère décédée, si l'intérêt de l'enfant le commande : Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-11.273, F-P+B.**

Deux enfants, suite au décès de leur mère, sont pris en charge par l'ancienne compagne de celle-ci. Le père de ces enfants et l'ancienne compagne saisissent alors le juge aux affaires familiales d'une requête conjointe visant à déléguer partiellement l'autorité parentale¹, dont le père est titulaire, à l'ancienne compagne ; une demande identique est cependant formulée par la sœur de la mère des enfants. Les juges du fond fixent la résidence habituelle des enfants chez l'ancienne compagne, et délèguent partiellement à cette dernière les droits de l'autorité parentale. Un pourvoi est formé, que la Cour de cassation rejette, en retenant un ensemble d'indices démontrant que l'intérêt des enfants était de voir leur résidence fixée chez l'ancienne compagne de leur mère².

Une question préliminaire se posait, qui consistait à savoir si la priorité, dans un tel cas, devait être donnée aux membres de la famille (notamment au

regard de l'article 377, qui énonce que les parents peuvent saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale « à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance... », en l'espèce la tante des enfants plutôt que la compagne de leur père). La Cour de cassation tranche nettement en énonçant qu'« aucune disposition légale n'impose au juge de choisir par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale »³. Le juge doit ainsi « seulement rechercher si les circonstances exigent une telle délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

Plusieurs critères ont été en l'espèce pris en compte par les juges du fond, appuyés dans leur décision par la Cour de cassation : **un critère temporel** tout d'abord, en ce que la compagne, chez laquelle résidaient les enfants depuis le décès de leur mère, « faisait partie de leur vie depuis leur plus jeune âge ».

Un critère personnel ensuite, présent à deux niveaux : quant aux choix des personnes, et quant à la

¹ Art. 376 et s. C. civ.

² « L'exigence d'une vérification des circonstances impose l'existence d'un minimum de faits objectifs extérieurs à la seule volonté parentale » : P. Murat, *Délégation de l'autorité parentale à la compagne de la mère décédée : Dr. fam.*, n° 7, juill. 2008, comm. 101.

³ V. déjà CA Bordeaux, 6^{ème} ch., 26 févr. 1992, JurisData n° 1992-040339, cité par P. Murat, préc.

qualité de celles-ci et des liens existant entre elles. Quant aux choix émis par les personnes, on peut relever le choix de la mère, qui avait désigné sa compagne pour prendre en charge ses enfants dans le cas où elle viendrait à décéder ; et le choix des enfants, qui avaient pendant l'instance formulé le souhait de rester auprès de l'ancienne compagne de la mère (la Cour de cassation relève d'ailleurs que les juges du fond n'ont pas pris « uniquement en considération » la parole de l'enfant, celle-ci étant d'une importance certaine, mais n'excluant pas la mission du juge de vérifier scrupuleusement les intérêts des parties). Quant à la qualité des personnes et des liens existant entre elles, les juges du fond ont pu énoncer que l'ancienne compagne de la mère était « dotée de capacités éducatives et affectives » et que des liens de proximité étaient entretenus par les enfants à son égard.

Un critère locatif enfin, les juges du fond relevant la bonne intégration des enfants dans la vie associative de la commune et la jouissance d'une bonne estime au sein de la population, ainsi

que le repère stable constitué par l'ex-compagne pour les enfants, puisque ceux-ci avaient toujours vécu dans la région de Montpellier.

La Cour confirme en définitive la décision des juges du fond en ce que ceux-ci ont fixé la résidence des enfants chez la compagne de leur mère, déléguant partiellement l'autorité parentale à celle-ci¹.

Victor DAUDET

¹ V. égal. Civ. 1^{ère}, 24 févr. 2006 : *Bull. civ.* I, n° 101 ; *R.*, p. 243 ; *D.* 2006. 897, note Vigneau ; *ibid.* Pan. 1148, obs. Granet-Lambrechts, et 1421, obs. Lemouland et Vigneau ; *ibid.* IR. 670, obs. Gallmeister ; *ibid.* Point de vue. 876, par Fulchiron ; *JCP* 2006. I. 199, n° 16, obs. Rebourg ; *AJ fam.* 2006. 159, obs. Chénédy ; *Dr. fam.* 2006, n° 89, note Murat ; *RJPF* 2006-4/32, obs. Mulon ; *RLDC* 2006/27, n° 2056, note Bourgault-Coudeville ; *RDSS* 2006. 578, note Neirinck ; *RTD civ.* 2006. 297, obs. Hauser : l'article 377, al. 1^{er}, ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

III – Responsabilité du mari et père pour désintéret

• **Condamnation pécuniaire d'un père pour le désintéret manifesté à l'égard de la mère enceinte et de l'enfant jusqu'à la déclaration de paternité : Civ. 1^{ère}, 2 avril 2008, n° 07-13.704 et 07-13.756, F-D.**

On peut relever, dans un arrêt du 2 avril 2008, la condamnation du père dont la paternité a été établie à payer 5 000 euros de dommages-intérêts à la mère de l'enfant en raison du désintéret manifesté pour elle lorsque celle-ci était enceinte de quatre mois et pour

l'enfant jusqu'à la déclaration de paternité, quand bien même il serait établi que la mère avait eu d'autres relations à la même époque (la faute retenue étant indépendante de la rupture et ayant causé un préjudice d'ordre moral à la mère).

La question se pose, dans cette articulation du droit de la filiation et de la responsabilité civile, de savoir si c'est le doute du père qui est sanctionné (paternité établie en justice et doutes émis sur la fidélité de la mère au moment de la conception) ; l'attitude contraire du concubin restant aux côtés de la mère aurait à l'inverse pu créer « une possession d'état prénatale susceptible de jouer éventuellement contre lui s'il n'était pas le père de l'enfant »¹. La solution peut cependant paraître opportune, le concubin étant « privilégié » quant à l'identité du père, et l'éventuelle obligation d'assistance

envisagée ici ne pouvant durer que jusqu'à la preuve de la non-paternité de celui-ci. Dans le cas contraire, n'importe quel « doute » (dont la preuve n'est ici pas rapportée) pourrait permettre à un concubin de se désintéresser de la mère et de l'enfant, sans qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée. Dans l'intérêt de l'enfant, et de la femme enceinte, la solution rendue par la Cour nous paraît donc équilibrée².

Victor DAUDET

¹ P. Murat, *L'abandon fautif de la femme enceinte, ou comment se comporter quand on n'est pas sûr d'être le père* : *Dr. fam.* n° 6, juin 2008, comm. 87.

² *Contra*, V. P. Murat, préc. : « en cas de comportement « léger » de la mère, on ne voit guère ce qui peut être reproché à l'homme dans sa rupture : il serait plaisant que le concubin soit obligé à une communauté de vie avec celle qui le trompe, même sous prétexte que cette dernière attend un enfant de lui ! ».

§ 3 – Le couple

I – Mariage

A – Demande en nullité du mariage

• **Le mensonge sur la virginité est susceptible d'entraîner l'annulation du mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne : TGI Lille, 1^{er} avril 2008.**

Le 1^{er} avril 2008, le Tribunal de grande instance de Lille a prononcé l'annulation d'un mariage « pour erreur sur les qualités essentielles » parce que la mariée avait menti sur sa virginité. Voilà une affaire qui a fait grand bruit et suscité les plus vives émotions et réactions !

Aussi, avant de nous aussi nous précipiter, revenons un moment sur les faits. Un ingénieur français épouse en France, le 8 juillet 2006, une étudiante

française, elle aussi. Tous deux sont de confession musulmane. La mariée l'a, semble-t-il, assuré de sa virginité. Pourtant, le soir de la nuit de noces, il découvre qu'il n'en est rien. Aussi à quatre heures du matin, il rejoint les convives, scandalisé : on lui a menti, la mariée n'était pas vierge et en guise de preuve, le drap immaculé est présenté à toute l'assistance. Finalement, elle lui avoue une liaison antérieure et finit par quitter le domicile conjugal. Le 26 juillet, l'époux assigne sa conjointe en

annulation du mariage sur le fondement de l'article 180 du Code civil, arguant avoir été trompé sur les qualités essentielles de cette dernière. L'affaire fait l'objet d'une radiation le 4 septembre 2007 pour défaut de diligences des parties puis est ré-enrôlée à la demande de l'époux. La procédure de mise en état est clôturée par ordonnance du 8 janvier 2008. Après avoir reçu communication de l'affaire, le Ministère public déclare s'en rapporter à justice qui tranche donc finalement le litige le 1^{er} avril dernier en prononçant la nullité du mariage.

Vont alors se déchaîner les passions, diverses et variées. En réalité, il aura fallu attendre que le Recueil Dalloz s'y intéresse¹ pour que ce jugement ait droit aux honneurs de la presse nationale, peu réactive dans un premier temps. Ainsi s'ouvrait un débat passionné, agitant tant le microcosme médiatico-politique que l'opinion publique. Voilà donc un jugement qui porterait atteinte à la dignité et à l'intimité de la femme, une menace à l'émancipation future, une régression discriminatoire, une violation des droits fondamentaux de tout individu, le retour dans notre droit de la répudiation². La décision est archaïque pour les uns, scandaleuse pour les autres, à coup sûr un très mauvais message en direction des femmes. Le Parti communiste évoque « une logique communautariste », Marie-George Buffet parle de « monstruosité juridique indigne ». Marine Le Pen, vice-présidente du Front national, évoque un « positionnement délirant ». Pour le

parti socialiste, le droit des femmes est « bafoué ». Sihem Habchi, présidente de Ni Putes ni Soumises, dénonce une « fatwa contre la liberté des femmes ». Dans les rangs de l'UMP, la condamnation de la décision de justice semble être tout aussi unanime : Frédéric Lefebvre, son porte-parole, estime qu'il s'agit là d'un jugement « profondément choquant » et que le Ministère de la Justice doit tout entreprendre pour le voir annulé. Dominique Paillé, conseiller politique du Président Nicolas Sarkozy, propose de supprimer toute possibilité qu'offrirait la loi d'annuler un mariage, pour ne plus conserver que le seul divorce. Patrick Devedjian, secrétaire général de l'UMP, estime que « la décision de Lille » revient à introduire la « répudiation religieuse de l'épouse dans la loi ». Valérie Létard, secrétaire d'état à la Solidarité et en charge du droit d'état, se dit « consternée » et déclare que la décision est « une atteinte à l'intégrité des femmes et une violation aux droits fondamentaux de tout individu »³. Elisabeth Badinter, quant à elle, se dit « très inquiète » d'un tel jugement, est « ulcérée par la décision du tribunal d'accepter de juger ça parce que la sexualité des femmes est une affaire privée et libre en France, absolument libre » et estime que « ça aboutit tout simplement à faire courir nombre de jeunes filles musulmanes dans les hôpitaux pour se faire refaire l'hymen » et qu'« au lieu pour le tribunal de défendre ces jeunes femmes, au contraire », ce dernier n'a fait qu'accentuer « la pression sur elles ». Elle « pense à cette malheureuse jeune

¹ D. 2008, Jur.1389, note P. Labbé.

² Propos évoqués par Félix Rome dans son Éditorial : D. 2008, n° 22, p. 1465.

³ Delphine de Mallevoüe, *Le Figaro*, 30 mai 2008.

filles, humiliée, publiquement humiliée, revenant dans sa famille, ce qu'elle a dû vivre a dû être épouvantable » et a « honte que la justice française n'ait pas pris à cœur de défendre toutes ces jeunes filles »¹. Bientôt, c'est le peuple tout entier qui s'indigne : 73% des français se disent choqués par la décision, 54% d'entre eux estiment que « cela revient à reconnaître légaux des principes qui devraient relever de la religion des personnes » ; les 46 % restants pensent quant à eux que « cela revient à cautionner une inégalité entre les hommes et les femmes »².

Les réactions en haut lieu ne se font pas moins attendre. Après avoir dans un premier temps estimé qu'il n'y avait dans cette affaire « aucune considération d'ordre moral, religieux ou professionnel »³ et que « le fait d'annuler un mariage est aussi un moyen de protéger la personne qui souhaite peut-être se défaire du mariage », précisant au passage que les deux époux étaient « d'accord », la jeune fille ayant « souhaité également, sans doute, se séparer assez rapidement », la Chancellerie a souligné que l'annulation avait « provoqué un vif débat de société » et que « cette affaire privée dépasse la relation entre deux personnes et concerne l'ensemble des citoyens de notre pays, et notamment les femmes »⁴. Finalement, le 3 juin, à la suite de la demande de la Ministre de la

Justice, Rachida Dati, le procureur de Lille a interjeté appel du jugement .

Oublions pourtant la polémique pour nous concentrer avant tout sur son origine, la décision du tribunal de Lille. En effet, « ce qui a été ressenti comme un outrage par une immense majorité des femmes doit se voir apporté une réponse juridique et non passionnelle »⁵.

La dissimulation de la non-virginité peut-elle constituer une cause de nullité du mariage et l'a-t-elle été en l'espèce ? Pour Jean-Pierre Branlard, elle l'a été dans la France médiévale (de là à parler d'archaïsme...) et jusqu'à une période relativement récente dans certains pays de la Méditerranée et dans certaines communautés : pour preuve, l'article 1636 du Code civil portugais, abrogé en 1977, qui prévoyait une telle nullité⁶. Notre droit civil, quant à lui, reste, jusqu'en 1975, dominé en matière de nullité du mariage par le principe posé par l'arrêt Berthon : la nullité n'est susceptible d'être prononcée que lorsqu'elle porte sur la personne au sens strict ou sur son identité⁷. La nullité pour absence de virginité semblait alors irrecevable dans la mesure où les causes de nullité relative étaient prévues par la loi. Pour preuve, « l'abandon de la femme le lendemain même de la nuit de noces (par le mari déçu de ne pas être le premier) constitue un départ jugé aussi

¹ *Le Nouvel Observateur* avec l'AFP, suite à des déclarations sur France Inter, 23 Juin 2008.

² Sondage réalisé pour le politoscope OpinionWay-Le Figaro-LCI, *Le Figaro*, Sophie de Ravinel, 5 juin 2008.

³ Delphine de Mallevoïte, *Le Figaro*, 30 mai 2008.

⁴ *Le Monde.fr*, 02 juin 2008.

⁵ Brigitte Longuet, *Le jugement de Lille sur l'annulation du mariage est devenu un fait de société : Les Annonces de la Seine*, 12 juin 2008, n° 39, p.11.

⁶ J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, thèse Paris II, 1991.

⁷ Cass., Ch. réun., 24 avril 1862 : S. 1862. 1. 342 ; *GADIP*, par F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 11^{ème} édition, 2000, n°28.

insolite qu'inadmissible et suffisamment injurieux pour recevoir l'épouse dans sa demande en divorce et lui accorder des indemnités réparatrices du préjudice »¹.

Pourtant, le mariage présente une caractéristique toute particulière : à la fois institution et contrat, il possède une nature double ; avec la loi du 11 juillet 1975, le mariage s'est véritablement contractualisé, le régime de l'erreur en matière de mariage se voyant aligné sur celui que l'on connaît en droit des contrats, certains auteurs parlant même d'un « droit commun de la nullité »². Ainsi, selon l'article 180 du Code civil, « s'il y a eu erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité » ; cette formulation large, ouverte (notamment à travers cette notion de « qualité essentielle »), est évidemment propice au développement d'un abondant contentieux où des positions diverses s'affrontent.

Ainsi, certains auteurs prônent une approche *in concreto* dans laquelle on admet que certaines qualités sont importantes pour certains et indifférentes à d'autres. C'est une vision concrète et subjective qui ne relève pas de la norme sociale telle que l'établit le juge, mais de ce qui, dans le for de la conscience de chacun, a pu le conduire à contracter mariage. Ainsi, à supposer que la moralité de votre futur conjoint détermine votre consentement et si vous veniez à découvrir qu'il se livre à la débauche, on admettrait que vous puissiez vous prévaloir de votre erreur

pour demander l'annulation du mariage. L'on fait référence à la qualité considérée comme essentielle par le candidat au mariage plutôt qu'à ce qui serait communément jugé comme essentiel par l'individu moyen en matière conjugale. C'est là la position classique de la jurisprudence française qui estime que l'erreur sur les qualités de la personne peut justifier une annulation si l'erreur a été "déterminante du consentement" ; autrement dit, l'on aurait pas consenti à s'engager si on avait eu pleinement connaissance de la réalité des faits. Ainsi, l'erreur a par le passé été admise lorsqu'un époux avait ignoré la qualité de divorcé de son conjoint³, son métier de prostituée⁴, son état de santé mentale⁵, sa qualité de condamné de droit commun⁶, sa nationalité⁷, son inaptitude à avoir des relations sexuelles normales⁸ ou à procréer⁹, et dans nombre d'autres hypothèses qui concernent le comportement pré-marital de l'un des époux, y compris et même souvent en matière sexuelle.

Aussi, c'est presque tout naturellement que le Tribunal de grande instance de Lille a adopté cette position, considérant que même si elle ne l'aurait

³ Civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997 : *RTD civ.* 1998. 659, obs. J. Hauser ; *Dr. Fam.* 1998, n° 35, note H. Lécuyer ; *Defrénois* 1998. 1017, obs. Massip.

⁴ TGI Paris, 13 février 2001, n° 844 ; *Dr. Fam.* 2002, n° 1, note. H. Lécuyer.

⁵ TGI Rennes, 9 novembre 1976 : *D.* 1977. 539, note Cosnard.

⁶ TGI Paris, 8 février 1971 : *JCP* 1972. II. 17244, note Raymond.

⁷ T. civ. Seine, 4 février 1918 : *DP* 1920.2.78 ; *S.* 1920.2.129, note Rousseau.

⁸ Paris, 26 mars 1982 : *Gaz. Pal.* 1982. 2. 519, note J. M.

⁹ TGI Avranches, 10 juillet 1973 : *D.* 1974.174, note Guiho.

¹ Riom, 24 mai 1934 : *DH* 1934. 455.

² X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, PU Lille, 1994.

sans doute pas été pour la majorité des hommes, la virginité de l'épouse constituait en l'espèce une qualité essentielle qui avait décidé du consentement de l'époux. Pour lui, il était particulièrement important que sa promise soit vierge le jour de la noce. On peut être d'accord ou pas, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un contrat entre deux personnes, et que les deux parties semblaient avoir été claires sur ce point. Dès lors, le consentement libre et éclairé des deux parties étant une condition de validité du mariage, l'annulation semble somme toute assez logique. Il faut bien comprendre que pour cet homme, la virginité est un élément essentiel du consentement au mariage. S'il avait su, il n'aurait pas épousé cette femme. C'est ce que répond d'ailleurs la Chancellerie, évoquant une juste application de l'article 180 du Code civil : « *En aucun cas cette décision ne constitue une application par les juges de dispositions inspirées par des considérations de morale, religieuses ou confessionnelles* », a assuré Guillaume Didier, porte-parole de la Ministre de la Justice Rachida Dati. « *Ce que le tribunal a retenu pour prononcer l'annulation du mariage, ce n'est pas la virginité ou la non virginité de la personne, mais c'est le mensonge, un mensonge qui porte sur une qualité essentielle pour les deux époux, mensonge en plus reconnu par son auteur* », a-t-il expliqué. Il ne s'agirait donc pas de consacrer la virginité comme un élément essentiel du consentement, comme on peut le lire un peu partout, mais plutôt de rappeler une jurisprudence constante qui sanctionne l'époux qui aurait dissimulé à son conjoint un élément que ce dernier jugerait essentiel. Maître Labbé

explique la position de son client de manière on ne peut plus claire : « *Il a dit : je ne peux pas faire confiance à quelqu'un qui, dès le départ, me ment. Comment voulez-vous construire une union durable sur un mensonge ?* » Le procureur de la République de Lille lui-même, Philippe Lemaire, confirme : « *Le problème de la virginité focalise un peu le débat, mais, selon ce magistrat, la question ce n'est pas la virginité, c'est la liaison qu'elle a eue avant et qui a été cachée.* » « *C'est le mensonge qui motive la décision du juge*, a souligné le procureur Lemaire, *et non la virginité* »¹. Il faut donc bien comprendre que la question va ici au-delà de la simple dissimulation d'une « qualité » physique. La jeune mariée a menti sur son état, sans doute persuadée que son promis n'aurait pas consenti à l'épouser s'il avait su la vérité. C'est donc le mensonge délibérément perpétré par sa fiancée, voire même organisé², qui aurait poussé l'époux à déclencher la procédure d'annulation. Remarquons en ce sens que le texte même de la décision ne fait pas référence à la virginité, caractéristique physique mais bien à la chasteté, valeur morale.

Notons également que le fait que l'épouse ait admis avoir menti à son époux n'est en soi pas décisif. En effet, "en mariage, trompe qui peut", dit l'adage, et l'on peut, dès lors, recourir à des subterfuges pour conduire son promis en mairie. En revanche, la tromperie ou le mensonge servira à

¹ Delphine de Mallevoüe, *Le Figaro*, 30 mai 2008.

² « La question d'une reconstitution virgineale imparfaitement effectuée avait été évoquée », Note de Pascal Labbé, *D.* 2008, n° 20, p. 1389.

caractériser l'erreur de l'époux sur les qualités essentielles de son épouse. En effet, les juges déduisent aisément de la dissimulation l'importance accordée par le trompé à la qualité occultée. Il est d'ailleurs intéressant de noter que ce sur quoi se fonde véritablement la décision, c'est l'acquiescement de l'épouse à la demande de nullité. C'est parce que l'épouse demande ou du moins accepte la nullité, comme au travers d'un mécanisme de repentance, que le tribunal en tire que sa chasteté avait bien été perçue par cette dernière comme une qualité essentielle déterminante du consentement de son époux au mariage. Ainsi, l'épouse ayant reconnu son mensonge et acquiescé à la demande de nullité (éludant ce faisant la question de la preuve toujours délicate dans ces questions, mais nous allons y revenir), le tribunal n'aurait eu d'autre choix que de faire droit à la demande conjointe. Le juge lillois ne se prononcerait donc pas sur l'essence même du mariage, préférant se réfugier derrière les aspirations de chacun des époux. Il ne serait alors pas question d'estimer qu'une épouse doit être vierge avant le mariage et de poser ainsi une condition nouvelle, mais simplement de reconnaître, d'admettre que la virginité peut être une condition du mariage pour un époux, et que c'est là peut-être la garantie d'un mariage libre.

Néanmoins, il faut savoir se montrer méfiant vis-à-vis de cette vision *in concreto*. En effet, poussée à son terme, elle pourrait conduire à l'annulation du mariage contracté en méconnaissance d'éléments de la personnalité que la loi tient pour neutres (par exemple, de l'origine ethnique ou raciale du conjoint). On imagine ainsi mal une

juridiction accorder la nullité d'un tel mariage, car ce serait là une façon de donner force à des préjugés que le droit réprovoque. C'est ainsi que les juges se prononcent parfois sur les qualités qui ne devraient pas être essentielles dans un mariage. Aussi, un jugement du TGI du Mans du 7 décembre 1981 a fait une liste des qualités à exclure des causes d'annulation (parmi celles-ci, la virginité) et pour beaucoup, le texte de l'article 180 ne peut faire l'objet d'une interprétation *in concreto*, l'appréciation au cas d'espèce ne pouvant se faire comme dans un simple contrat en suivant la volonté plus ou moins rétrograde ou saugrenue de l'un des époux.

Pourtant, outre l'aspect scandaleux, on a fini par entendre un peu partout que, « d'un point de vue juridique », la décision serait exempte de tout défaut. Et ce, même au sein des professionnels du droit : pour Maître Florence Sturbois-Meihac, avocate en droit de la famille à Lille, la polémique est hors de propos, « le tribunal n'a fait ni plus ni moins qu'appliquer rigoureusement le Code civil » et « si l'épouse n'avait pas acquiescé à la demande de nullité, un débat aurait pu se poser, mais là pas du tout ! »¹. Ainsi, la nullité ne reposerait pas sur l'absence de virginité mais uniquement sur le mensonge commis consciemment par une épouse qui avait connaissance du caractère déterminant de cet élément dans le consentement nuptial de son futur époux. La décision n'aurait de fait rien de religieux, elle n'évoquerait d'ailleurs jamais la religion et le tribunal n'aurait fait qu'acquiescer

¹ Delphine de Mallevoüe, *Le Figaro*, 30 mai 2008.

à la demande des deux époux. Mieux, la décision aurait permis à l'ex-épouse de se sortir d'une situation particulièrement délicate. Au final, la justice aurait brillamment rempli sa fonction : appliquer la loi avec discernement et non pas trancher des débats de société et dire si oui ou non, une femme doit être vierge en arrivant à la mosquée ou à l'église. Alors évidemment, on peut s'émouvoir et regretter que cet homme-là n'ait pas dépassé sa déception et pardonné à celle qu'il était tout de même censé aimer. Mais toute autre critique serait complètement hors de propos puisque, on nous l'a dit et répété, la décision serait « juridiquement parfaite ». Voilà des propos dont il convient de se méfier, car la valeur d'une décision de justice ne saurait s'apprécier uniquement au regard de la technique juridique et du résultat immédiat auquel elle aboutit. Le droit est une science humaine et sociale, et il convient de ne pas oublier que, par son usage, l'on a peut-être cautionné la pression morale, religieuse et familiale qui pesait sur cette jeune fille.

C'est dans cette mesure que la vision *in abstracto* semble prendre toute sa valeur. En effet, il serait fâcheux que « toute les déceptions soient matières à annulation », toutes les qualités de la personne devenant cause de nullité pourvu qu'elles aient été déterminantes, alors même « qu'il est des qualités que personne ne considère comme déterminantes »¹. Ainsi, pour le Doyen Carbonnier, « personne n'accepterait d'annuler un mariage pour erreur sur la

situation sociale du mari » alors que c'est bien souvent « une condition déterminante »². Pour qu'une erreur déterminante emporte sa nullité, la qualité litigieuse doit être « de l'essence du mariage »³ et « compatible avec le système de valeurs de notre société », et ce, en raison de « la dimension sociale particulièrement marquée du mariage »⁴. Aussi, peu importe le mensonge dès lors qu'il porte sur une qualité indifférente au regard de l'essence du mariage telle que l'institution « est aujourd'hui perçue et vécue »⁵, qui plus est si le mensonge est forcé.

Aussi, comme le préconisait ou du moins l'évoquait déjà Guy Raymond, il serait bon de déceler dans ce caractère déterminant de l'erreur un double critère à la fois sociologique et psychologique : sociologique, car la qualité serait si essentielle que l'opinion commune accepte la nullité du mariage en cas d'absence de cette dernière, et psychologique, car cette qualité devrait également être considérée comme déterminante par celui qui demande la nullité, la seule demande en nullité voire son comportement après la découverte de la qualité pouvant d'ailleurs en attester⁶. Le mariage est un contrat, mais il n'est pas un contrat comme les autres, et s'il se trouve placé sous des dispositions qui lui sont propres par le

² Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, p. 330.

³ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Domat, 2006, spéc. n°174.

⁴ H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2007, spéc. p. 256.

⁵ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Domat, 2006, spéc. n° 174.

⁶ G. Raymond, *Le consentement des époux au mariage, Étude de droit positif français*, Bibliothèque de Droit privé, LGDJ, Paris, 1965.

¹ Guy Raymond, *Le consentement des époux au mariage, Étude de droit positif français*, Bibliothèque de Droit privé, LGDJ, Paris, 1965.

législateur, c'est parce que ce dernier n'entendait pas le soumettre aux seules règles générales en matière contractuelle. Tout comme le dol n'existe pas en mariage, l'erreur de l'article 180 n'est pas celle de l'article 1110. Remarquons cependant qu'une autre possibilité, selon certains auteurs, serait de s'en remettre à une suppression pure et simple de l'article 180 et donc de la nullité du mariage, abandonnant ainsi ces situations au seul mécanisme du divorce qui, malgré tous les torts qu'on peut lui reconnaître, permet néanmoins d'éviter toute répudiation légale, et les annulations laissées aux seules autorités religieuses.

Enfin, nous pouvons noter, une fois la question de l'erreur réglée, qu'aurait également pu se poser la question de la preuve. En effet, il est beaucoup plus aisé pour une femme de prouver sa virginité au moment du mariage (l'on pense à l'archaïque certificat de virginité qui fait pourtant son retour dans les prétoires dans nombre d'affaires de nullité) que pour un homme d'établir que son épouse n'était plus vierge au moment du mariage.

Néanmoins, la question est ici balayée par l'aveu même de l'épouse. Elle reconnaît avoir eu connaissance de l'importance qu'attachait son époux à la virginité et avoir, pourtant, dissimulé son propre état.

Se pose ici une fois encore la tâche particulièrement ardue de conjuguer le droit pour chacun de pratiquer une religion, le respect de ses traditions et les valeurs républicaines de liberté et d'égalité. En réalité, de telles questions ont toujours été résolues au cas par cas et il n'existe pas de ligne claire. C'est pourquoi l'on ne peut que se réjouir que l'affaire soit portée devant une cour d'appel, puis peut-être devant la Cour de cassation, afin que celle-ci se prononce sur cette question, car en jeu se trouve ce qui fait l'essence même du mariage, mais aussi celle de la liberté de choix des individus¹.

Julien FAURE

¹ La Cour d'appel de Douai a rendu un arrêt infirmatif de cette décision, qui fera l'objet d'un commentaire dans le numéro 4 de cette revue.

B – Contrat de mariage et régimes matrimoniaux

1 – Du régime en communauté

- **Le caractère personnel d'une licence de taxi n'exclut pas que la valeur patrimoniale soit commune: Civ.1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-16.105, F-P+B.**

L'« autorisation de stationnement » délivrée par l'administration pour l'exercice de la profession d'exploitant de taxi a un caractère personnel. Néanmoins, la première Chambre civile de la Cour de cassation rappelle que ce caractère personnel n'a pas pour effet d'exclure la valeur patrimoniale de la faculté de présenter un successeur qui y

est attachée. Ainsi, la Cour rejette le pourvoi contre la décision de la Cour d'appel de Paris (4 avril 2007) qui a retenu que l'actif de la communauté comprenait essentiellement la valeur de la licence de taxi.

Mélanie JAOL

2 – De la séparation de biens

- **De l'application de l'article 1538 du Code civil aux sommes déposées sur le compte commun dans le régime de séparation des biens : Civ. 1^{ère}, 2 avril 2008, n° 07-13.509, F-P+B.**

L'article 1538 du Code civil dispose qu'un époux peut prouver par tous moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien (alinéa 1) et qu'à défaut d'apporter cette preuve, le bien est réputé appartenir indivisément, à chacun pour moitié (alinéa 3).

En l'espèce, le *de cuius* laisse pour lui succéder sa seconde épouse avec laquelle il s'était marié sous le régime de séparation des biens, ainsi que deux enfants issus de sa première union. Un litige relatif à la gestion de l'indivision successorale, et portant notamment sur la propriété des sommes déposées sur les comptes joints des époux, oppose la veuve aux deux enfants de son défunt

époux. La Cour d'appel de Reims (1^{er} fév. 2007) retenait que l'origine des fonds était indifférente puisque l'existence de comptes communs dans un régime de séparation des biens démontrait l'intention manifeste du *de cuius* d'affecter ces comptes à la contribution aux charges du mariage. La Cour de cassation casse la décision rendue par la cour d'appel qui rejette la demande des enfants du *de cuius* aux motifs qu'ils n'apportaient pas la preuve de la propriété exclusive du *de cuius* sur les sommes versées sur les comptes joints ouverts au nom des époux.

Mélanie JAOL

II – Divorce

A – Prestation compensatoire

- **Dans la détermination des besoins et des ressources en vue de la fixation d'une prestation compensatoire, le juge peut prendre en considération la durée de la vie commune postérieure à la célébration du mariage, et non la durée du mariage, en cas de séparation ; les filiations, par ailleurs, sont égales : Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-17.652, FS-P+B+I.**

Deux personnes contractent mariage en 1993 et se séparent en 1999, une ordonnance de non-conciliation étant rendue en 2001. En 2005, le divorce est prononcé, et une prestation compensatoire fixée. Afin d'en déterminer le montant, les juges du fond prennent en considération la durée du mariage, ce qui était contesté par l'époux, qui souhaitait que soit seule prise en compte la vie commune, qui avait duré six ans, pour douze ans de mariage. Les juges du fond s'y refusent, se référant à l'ancien article 272 du Code civil qui, selon eux, ne permet au juge de prendre en considération que la seule durée du mariage et non celle de la vie commune, la séparation des époux n'ayant donc aucune conséquence.

Un pourvoi est porté devant la Cour de cassation, qui l'accueille favorablement, et retient que « dans la détermination des besoins et des ressources en vue de la fixation compensatoire, le juge peut prendre en considération la durée de la vie commune postérieure à la célébration du mariage ». On peut noter que la Haute juridiction emploie le terme « peut », ce qui n'impose aucune obligation au juge,

mais lui interdit seulement de déclarer que ce pouvoir ne lui appartient pas¹.

Les juges du fond ont par ailleurs fauté sur un autre point : afin d'augmenter le montant de la contribution du père à l'entretien et à l'éducation des trois enfants issus du mariage, ils ont refusé de prendre en considération les nouvelles charges contractées par le père, en retenant notamment qu'il incombait à celui-ci de faire son affaire personnelle des obligations qu'il avait contractées envers un autre enfant, né en 2004, « conçu au mépris de l'obligation de fidélité entre époux et dont les droits ne sauraient préjudicier à ceux des enfants légitimes ». Une telle motivation, à l'évidence, était contraire au principe

¹ En revanche, les juges du fond n'ont pas à tenir compte de la vie commune antérieure au mariage pour déterminer les besoins et les ressources des époux en vue de la fixation de la prestation compensatoire : Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2008, n° 07-12.814 ; mais ils le peuvent, comme le souligne V. Avena-Robardet, *D.* 2008, p. 1271 ; Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006 : *Bull. civ. I*, n° 155 ; *AJ fam.* 2006. 377, obs. S. David ; *RTD civ.* 2006. 544, obs. Hauser ; *Deffrénois* 2006. 1057, obs. Massip.

d'égalité des filiations¹ que l'article 310 du Code civil, placé en préambule des

¹ Et contraire à l'article 371-2 sur la contribution du parent devant s'effectuer « à proportion de ses ressources », les juges ayant également retenu qu'il appartenait au père de ne décider de nouveaux engagements qu'en fonction de sa capacité à les honorer après s'être acquitté de ses obligations envers ses enfants issus du mariage.

dispositions sur la filiation depuis la loi du 4 mars 2002, met en exergue².

Victor DAUDET

² Les dispositions étant en conformité avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; par ailleurs, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 sur la filiation, *JO* 6 juill. 2005, a fait disparaître toute trace des termes d'enfants « légitimes » et d'enfants « naturels » : V. Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* n° 6, juin 2008, comm. 83.

• **La déclaration sur l'honneur faisant état du patrimoine des époux, si elle est mensongère, ouvre la possibilité d'un recours en révision : Civ. 2^{ème}, 12 juin 2008, n° 07-15.962, FS-P+B.**

Afin de procéder à la fixation de la prestation compensatoire, le juge doit prendre en considération plusieurs facteurs (article 271 du Code civil), dont le patrimoine des époux, qui le renseignera sur leurs ressources et leurs besoins. L'ancien article 272 parlait ainsi du « patrimoine, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ». Dans l'objectif de renseigner le juge sur le patrimoine, les requérants lui faisaient parvenir en pratique une déclaration sur l'honneur. Si aucune forme spécifique n'était imposée³ et si la présence même de la déclaration à certains niveaux de la procédure n'était pas strictement exigée⁴, la déclaration mensongère, en

revanche, était sanctionnée. Cette solution n'est d'ailleurs que renforcée par la rédaction nouvelle de l'article 272, qui exige clairement la production d'une « déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude » des ressources des parties, revenus, patrimoine et conditions de vie. La sanction est alors l'ouverture possible d'un recours en révision, dont dispose l'article 595 du Code de procédure civile.

En l'espèce, l'ex-épouse avait sciemment omis d'indiquer qu'elle était propriétaire d'un studio. Les juges du fond avaient cependant décidé que ce mensonge ne revêtait pas le caractère frauduleux exigé par l'article 595, dans

³ Civ. 1^{ère}, 22 mars 2005 : *Bull. civ.* I, n° 146 ; *D.* 2005. IR. 1050.

⁴ Civ. 1^{ère}, 11 janv. 2005 : *Bull. civ.* I, n° 13 ; *D.* 2005. IR. 243 ; l'art. 271, al. 2, ne fait pas de la fourniture de la déclaration sur l'honneur une condition de recevabilité de la demande de prestation compensatoire ; Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2003 : *Bull. civ.* I, n° 161 ; *Defrénois* 2003. 1487, obs.

Massip : une cour d'appel n'a pas à faire spécialement mention, dans son arrêt, de ce que la déclaration sur l'honneur a été ou non produite ; Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2003 : *Bull. civ.* I, n° 163 ; *AJ fam.* 2003. 425, obs. S. D. : la cour d'appel n'avait pas même invité les parties à fournir des déclarations sur l'honneur.

la mesure où il n'avait pas été décisif au regard de la motivation de son arrêt précédent. La Cour de cassation juge cependant que le patrimoine est un élément d'appréciation expressément prévu par la loi dont le juge doit tenir compte pour fixer la prestation compensatoire, de telle sorte que cette dissimulation était nécessairement

déterminante dans la fixation de la prestation¹.

Victor DAUDET

¹ La déclaration sur l'honneur ne serait donc pas qu'une « coquille vide » : S. David, *AJ fam.* 2008, p. 344.

• Les juges du fond doivent s'expliquer sur l'évaluation retenue des biens : Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-17.146, F-D.

A noter, l'impossibilité pour les juges du fond de ne s'appuyer que sur l'évaluation d'un bien donnée par les parties, ce qui pourrait inciter à certaines exagérations. Une cour d'appel est ainsi sanctionnée pour avoir fixé une prestation compensatoire à 100 000 euros, en retenant que le mari était nu-proprétaire d'une maison de campagne avec piscine et qu'il avait vocation à en devenir propriétaire au décès de sa mère, âgée de 87 ans, usufruitière, cette demeure étant

évaluée à 250 000 euros par l'épouse, et à 76 224 euros par le mari. Afin de répondre aux exigences légales de motivation du jugement (article 455 du Code de procédure civile) quant à la fixation de la prestation compensatoire (article 271 du Code civil), la cour d'appel devait ainsi « s'expliquer sur l'évaluation retenue », ce qu'elle ne faisait pas.

Victor DAUDET

B – Demande de paiement des indemnités d'occupation

• La demande de paiement des indemnités d'occupation formée plus de cinq ans après le jugement de divorce ne peut porter que sur les cinq dernières années : Civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, n° 06-20.822, FS-P+B.

Si la procédure de divorce s'est largement simplifiée, la procédure de liquidation et de partage de la communauté génère souvent de nombreux problèmes. La première Chambre civile de la Cour de cassation rappelle, au visa des articles 815-9 alinéa 2 et 815-10 alinéa 2 du Code civil (dans leur rédaction antérieure à la loi

n° 2006-728 du 23 juin 2006), que la demande en paiement de l'indemnité d'occupation formée plus de cinq ans après la date à laquelle le jugement de divorce a acquis force de chose jugée, ne peut porter que sur les indemnités d'occupation des cinq dernières années précédant la demande. Les indemnités dues au-delà tombent sous le coup de la

prescription quinquennale. La cour d'appel qui condamne au paiement des indemnités d'occupation même au-delà

des cinq dernières années viole donc les textes susvisés.

Mélanie JAOUL

§ 4 – Les incapables

I – Mineurs

- **La prescription de l'action en reddition de compte du mineur contre le tuteur a pour point de départ la fin de la gestion, même de fait : Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 07-10.663, F-P+B.**

Selon l'article 475 du Code civil, « Toute action du mineur contre le tuteur, les organes tutélaires ou l'État, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par cinq ans, à compter de la majorité, lors même qu'il y aurait eu émancipation ». Mais que se passe-t-il lorsque le tuteur continue à gérer les biens du mineur après la fin de la tutelle ? La lecture stricte de l'article 475 devrait avoir pour conséquence une impossibilité d'agir au-delà des cinq ans suivant la majorité, mais conférerait une immunité au tuteur indélicat ayant agi postérieurement. C'est pourquoi la Cour de cassation a jugé que lorsque le tuteur a continué de gérer, en cette qualité, les biens de son pupille après la majorité de celui-ci, la prescription ne court qu'à partir du jour où cette administration a cessé¹.

Mais les mots « en cette qualité » signifient-ils que, pour que le point de départ soit ainsi reculé, il est nécessaire que le tuteur ait été judiciairement

autorisé à poursuivre l'administration légale, dans le cadre d'une mesure de tutelle ou de curatelle en faveur du jeune majeur ? C'est ainsi que le Cour d'appel de Montpellier avait interprété le précédent arrêt rendu par la Cour de cassation. La Haute juridiction vient cependant casser la solution et élargir le champ d'application de son arrêt du 19 février 1991 dans un attendu de principe qui reprend les mêmes termes, à l'exception des mots litigieux. Une gestion de fait peut donc suffire à faire reculer le point de départ du délai de prescription. Le nouvel article 515 du Code civil, issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2009, contient cependant une solution différente, le texte énonçant que « L'action en reddition de comptes, en revendication ou en paiement diligentée par la personne protégée ou ayant été protégée ou par ses héritiers relativement aux faits de la tutelle se prescrit par cinq ans à compter de la fin de la mesure, alors même que la gestion aurait continué au-delà »².

¹ Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1991 : *Bull. civ. I*, n° 66 ; *Deffrénois* 1991. 953, obs. Massip ; *RTD civ.* 1991.707, obs. Hauser.

² F. Chénéde, *AJ fam.* 2008, p. 258.

II – Majeurs protégés

- **Le mandataire d'une personne placée sous sauvegarde de justice, ayant la mission de percevoir les revenus et de les appliquer à l'entretien du majeur protégé ainsi qu'à l'acquittement de ses dettes courantes, doit s'enquérir des obligations contractées par celui-ci : Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 06-16.662, F-P+B.**

Le mandataire spécial d'une personne placée sous sauvegarde de justice se voit conférer la mission de percevoir seul les pensions et revenus de toute nature de l'intéressée et de les appliquer à son entretien ainsi qu'à l'acquittement de ses dettes courantes. Un problème survient lorsque le mandataire spécial clôture le compte bancaire de la majeure protégée. Cette clôture entraîne en effet le défaut de paiement d'une cotisation due à un organisme de prévoyance, le contrat étant ainsi résilié. La personne placée sous le régime de protection fait par la suite l'objet d'une hospitalisation, dont le Trésor public réclame le paiement des frais à l'héritier.

Ce dernier reproche au mandataire d'avoir clôturé le compte sans précaution, et d'avoir ainsi commis une faute ayant abouti à la suppression de la

garantie de soins. Les juges du fond, confortés dans leur position par la Cour de cassation, accueillent la demande en déclarant le mandataire responsable du préjudice subi à hauteur de 80%. Le mandataire, qui avait pour mission de s'acquitter des dettes courantes de la personne sous sauvegarde de justice, devait en effet s'enquérir des obligations contractées par celle-ci. Un devoir de vigilance est ainsi mis à la charge du mandataire. Celui-ci, n'ayant pas pris connaissance du contrat litigieux, n'avait donc pu prendre les dispositions nécessaires au maintien du contrat, et payer les « dettes courantes ». La faute est ainsi caractérisée, l'évaluation du préjudice relevant quant à elle du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Victor DAUDET

§ 5 – Successions et libéralités

I – Successions

- **Seul l'époux venant à la succession a qualité pour agir en partage, même s'il est marié sous le régime de la communauté universelle: Civ. 1^{ère}, 2 avril 2008, n° 07-11.254, FS-P+B+R+I.**

La première Chambre civile rejette le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de Riom (10 oct. 2006) qui retenait que l'époux marié sous le régime de la communauté universelle

avec un héritier appelé à la succession ne peut exercer l'action en partage. En effet, seule l'épouse héritière venant à la succession pouvait provoquer le partage des biens successoraux indivis. L'époux

ne pouvait donc ni agir en partage, ni former tierce-opposition au jugement

ayant statué sur celui-ci, puisqu'il n'avait pas qualité à agir.

• **Dans le cadre du mariage sous le régime de la communauté universelle, l'époux venant à une succession peut procéder sans son conjoint au partage des biens qu'il recueille par succession et entrent dans la communauté : Civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, n° 07-16.226, F-P+B.**

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel ayant homologué le projet de partage établi par le notaire hors la présence de l'époux du conjoint venant à la succession. La Cour retient, en effet, que le conjoint marié sous le régime de la communauté universelle

peut parfaitement procéder au partage des biens qu'il recueille par succession et qui entrent en communauté au titre de sa double qualité d'héritier et d'administrateur de la communauté.

Mélanie JAOLU

• **1°) L'acceptation tacite de la succession n'est pas subordonnée à un écrit ; 2°) la délivrance d'un legs ne peut être faite que par une personne ayant la qualité d'héritier ; 3°) la renonciation à la succession ne peut être considérée comme frauduleuse par la seule existence d'avantages pour le renonçant et d'un préjudice pour les légataires: Civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, n° 06-19.535, FS-P+B+I.**

La Cour, au visa des articles 778, 779 et 1011 du Code civil, rappelle que l'acceptation tacite d'une succession n'est pas subordonnée à l'existence d'un écrit. De plus, il convient de préciser que la délivrance d'un legs ne constitue pas un acte conservatoire mais un acte qui, valant reconnaissance des droits du légataire et renonciation à se prévaloir des causes d'inefficacité du legs, ne peut être accompli qu'en qualité d'héritier. En l'espèce, la fille du *de cuius*, dont le testament prévoyait un legs à l'Institut Pasteur, avait adressé un courrier à la Préfecture, ce que la Cour de cassation considère comme étant la délivrance de ce legs.

bien que l'héritier n'est pas tenu des legs faits par le défunt dès lors qu'il renonce à la succession et donc à sa qualité d'héritier. La Cour d'appel doit, pour déclarer frauduleuse une renonciation, caractériser la fraude qui permet « *au sujet de droit de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* ». Ainsi, la première Chambre civile casse l'arrêt de la Cour d'appel qui déduit la fraude des avantages tirés, par l'héritière, de l'usage de sa faculté légale de renoncer à la succession et du préjudice qui en a découlé pour les légataires qui ont subi une réduction de la quotité disponible.

De plus, la Cour rappelle que nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue (anc. art. 775 C. civ.), si

Mélanie JAOLU

- **Les primes versées au titre d'un contrat d'assurance-vie manifestement excessives rentrent en compte pour le calcul de l'actif successoral même en absence d'un appauvrissement du *de cuius*: Civ. 2^{ème}, 10 avril 2008, n° 06-16.725, F-P+B.**

Dans cet arrêt, une personne sous curatelle avait souscrit, avec l'autorisation du juge des tutelles, un contrat d'assurance-vie au profit de sa sœur (curatrice) grâce à des sommes provenant d'un précédent placement autorisé par le juge des tutelles. Au décès de ce dernier, la CRAM notifie à la sœur la décision de réintégrer les primes versées par le défunt dans l'actif de la succession. Le Tribunal des affaires sociales puis la Cour d'appel de Paris (4 mai 2006), sur le fondement des articles L.132-12 et -13 du Code des assurances, statue en faveur de la CRAM au motif que les primes d'assurance-vie étaient manifestement

excessives par rapport à l'absence de ressources propres du défunt.

La Cour de cassation énonce que l'actif net successoral se compose de l'ensemble des biens ayant appartenu au défunt, déduction faite du passif de la succession, évalué au jour du décès.

Aussi, l'actif net comprend les primes d'assurance manifestement exagérées versées par le défunt au titre d'un contrat d'assurance-vie avec désignation du bénéficiaire, même si ces dernières ne l'ont pas appauvri.

Mélanie JAOUL

II – Libéralités

- **Les testaments parce qu'ils constituent des actes unilatéraux, par nature révocables, ne portent pas atteinte à la liberté de tester de leur auteur : Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-14.066, F-P+B.**

Les testaments sur successions futures ne sont pas contraires aux articles 722, 791 et 1130 du Code civil. C'est ce que vient préciser la première Chambre civile dans cet arrêt du 28 mai. En effet, les testaments parce qu'ils constituent des actes unilatéraux, par nature révocables, ne portent pas atteinte à la liberté de tester de leur auteur. La première Chambre civile casse donc l'arrêt de la Cour d'appel (Douai, 30 oct. 2006) qui retenait que les testaments des deux époux

contenaient « *un legs d'un bien commun appartenant à moitié à chaque testateur et porte pour l'autre moitié sur une partie du bien qui ne lui appartiendra qu'à la suite du décès du prémourant en application de la donation entre époux visée dans chacun des testaments* ». La décision en déduisait que ces actes avaient pour effet de créer des droits sur une succession non encore ouverte et constituait ainsi une renonciation pour chacun des époux à la succession de l'autre (sur le bien visé par le legs).

• **L'article 970 du Code civil ne subordonne pas la validité du testament à son établissement en la forme authentique. Le testament olographe prive le conjoint survivant du bénéfice de l'article 757 du Code civil: Civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, n° 07-13.438, F-P+B.**

Le *de cujus* lègue, par testament olographe, l'intégralité de son patrimoine à ses deux enfants issus d'une première union à la condition que ces derniers laissent à son épouse, le droit d'usage et d'habitation de la maison, du mobilier successoral la garnissant et de l'automobile. Le décès survenu, la veuve assigne les héritiers afin d'obtenir le quart de la succession en pleine propriété, ce qui lui est accordé par la Cour d'appel (Pau, 30 oct. 2006). La Cour d'appel, se fondant sur l'absence d'existence d'un testament

en la forme authentique, a retenu que le testament olographe ne privait pas le conjoint survivant de sa vocation légale de recueillir le quart des biens en pleine propriété (article 757 du Code civil). La Cour de cassation rappelle que l'article 970 du Code civil ne subordonne pas la validité du testament à la forme authentique. Ainsi, le testament olographe privait le conjoint survivant de sa vocation légale dans la succession de son époux prédécédé.

Mélanie JAOL

DROIT DES BIENS

Victor DAUDET

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| § 1 – Propriété individuelle : prescription acquisitive | 218 |
| § 2 – Propriété collective | 220 |
| I – Indivision | 220 |
| II – Copropriété..... | 221 |

§ 1 – Propriété individuelle : prescription acquisitive

• Le « juste titre » de la prescription acquisitive doit être un acte de nature translatif et non déclaratif de propriété ; l'acte de succession notarié étant un acte déclaratif, il ne peut donc être considéré comme un juste titre : Civ. 3^{ème}, 25 juin 2008, n° 07-14.649, FS-P+B.

Mme X..., propriétaire de deux parcelles, en lègue la nue-propriété à M. et Mme Y..., et l'usufruit à son époux. Celui-ci, par testament authentique, désigne sa nièce, Marguerite X..., comme sa légataire universelle. Après son décès, l'acte de succession mentionne que les parcelles sont attribuées en pleine propriété à ladite nièce, ce qui ne pouvait *a priori* être possible, l'ancien époux ne disposant que de l'usufruit sur les parcelles. Marguerite X... décédant à son tour, un acte de succession notarié désigne sa fille comme propriétaire des parcelles, propriété contestée par les époux Y..., qui assignent la fille de Marguerite X... en revendication, soutenant que les

terres avaient été attribuées par erreur à son auteur.

Les juges du fond rejettent la demande et déclarent que la prescription acquisitive abrégée doit en l'espèce jouer : selon l'article 2265 du Code civil, en effet, « celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé ; et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit ressort »¹. En l'espèce, les juges

¹ V. le nouvel article 2272 du Code civil issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 : D. 2008, Actu Lég. 1614 ; RDI 2008. 368, obs. Malinvaud ; AJ

considèrent que l'acte de succession attribuant à l'époux de Mme X... et en conséquence à sa légataire Marguerite X... la pleine propriété des parcelles est un juste titre au sens de l'article 2265.

La question portait donc sur la notion de juste titre pouvant conférer le bénéfice d'une prescription acquisitive. Une jurisprudence constante considère que le juste titre « est celui qui, considéré en soi, serait de nature à transférer la propriété à la partie qui invoque la prescription »¹, abstraction faite de la qualité de l'aliénateur². La prescription abrégée est donc fondée « sur l'existence d'un juste titre qui suppose un transfert de propriété consenti par celui qui n'est pas le véritable propriétaire »³, ce qui n'est pas le cas d'actes déclaratifs de droit. Cette exclusion de l'acte déclaratif, déjà employée, notamment, pour un acte

mettant fin à l'indivision et réalisant le partage⁴, concerne-t-elle également l'acte de succession ?

La Cour de cassation apporte une réponse positive à cette question et casse l'arrêt de la cour d'appel. Elle rappelle que le juste titre doit être un acte translatif de propriété, et souligne que tel n'est pas le cas d'un acte de succession notarié, qui ne revêt qu'un caractère déclaratif. Cette solution, qui peut être justifiée par l'idée de continuation de la personne du défunt par les héritiers ou par les impératifs de sécurité du commerce juridique⁵, peut également être contestée, les racines d'une telle jurisprudence n'étant pas si profondes⁶, et la situation du possesseur n'étant pas différente selon que l'acte est translatif ou déclaratif⁷. On peut rappeler que le juste titre doit en outre avoir acquis date certaine⁸, être réel⁹ et régulier¹⁰.

fam. 2008. 291, obs. Bardout : « Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans (al. 1^{er}). Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans (al. 2) », la distinction antérieure étant abandonnée en raison du développement des moyens de transport et de communication : B. Mallet-Bricout, *D.* 2008, p. 2458.

¹ Civ. 3^{ème}, 29 févr. 1968 : *Bull. civ.* III, n° 83 ; 13 janv. 1999 : *ibid.* III, n° 13 ; *JCP* 1999. I. 175, n° 6, obs. H. Périnet-Marquet ; 30 avr. 2002 : *Bull. civ.* III, n° 89 ; *D.* 2002. somm. 2510, obs. N. Reboul-Maupin ; *JCP* 2002. I. 176, n° 4, obs. H. Périnet-Marquet.

² Civ. 3^{ème}, 15 févr. 1968 : *Bull. civ.* III, n° 60.

³ Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1972 : *Bull. civ.* III, n° 575, et références citées sous l'article 2265.

⁴ Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1972 : préc.

⁵ B. Mallet-Bricout, *D.* 2008, p. 2458, et références citées.

⁶ B. Mallet-Bricout, préc.

⁷ « Le crédit qu'il a pu porter au titre est identique, car l'un et l'autre ont pu lui apparaître comme des titres suffisants pour asseoir sa propriété », le régime exposé ne tenant pas compte de la situation du véritable propriétaire : H. Périnet-Marquet, *JCP* 2008. I. 194.

⁸ Civ. 3^{ème}, 16 janv. 1969 : *D.* 1969. 453.

⁹ Non putatif : Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1963 : *Bull. civ.* I, n° 483.

¹⁰ C'est-à-dire non affecté d'une cause de nullité absolue : B. Mallet-Bricout, préc.

§ 2 – Propriété collective

I – Indivision

• **Les dépenses d'amélioration doivent être remboursées selon la valeur augmentée du bien. L'indemnité résultant d'une faute de gestion de l'indivisaire gérant, qui conclut un bail et ne réclame pas les loyers, bénéficie à l'indivision successorale, et non au coïndivisaire : Civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, n° 07-17.645, F-P+B.**

Dans le cadre d'une indivision successorale portant sur un immeuble, un indivisaire procède à des dépenses d'amélioration. Une contestation étant portée sur l'indemnisation à lui due par l'indivision, les juges du fond décident de le rembourser de ses dépenses selon le montant exact représenté par les factures produites.

Ce raisonnement n'était cependant pas conforme à l'article 815-13 du Code civil, qui dispose que « Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation ». Cette disposition vise en effet la valeur augmentée du bien, et non le seul montant des dépenses engagées. Le juge doit donc rechercher la plus-value réalisée du fait des dépenses d'amélioration¹. C'est ce que vient préciser la Cour de cassation qui, cassant la décision des juges du fond, leur reproche de ne pas avoir recherché si les travaux d'amélioration réalisés n'avaient pas entraîné une augmentation de la valeur de l'immeuble indivis (les juges étant par la suite libres de décider « selon l'équité »).

Un second problème portait sur le fait que l'indivisaire gérant avait consenti un bail à un locataire, mais sans lui réclamer de loyer². Le coïndivisaire se plaignant du manque à gagner entraîné par cette situation, advenue sans son accord, les juges du fond accordent à celui-ci une somme de 15 000 euros à titre de dommages-intérêts pour la faute commise et le préjudice entraîné.

Mais le raisonnement est sanctionné par la Cour de cassation, car la faute commise par l'indivisaire gérant était d'abord préjudiciable à l'indivision successorale³, et non au coïndivisaire. C'est en effet l'indivision qui aurait dû percevoir les loyers et qui subit le manque à gagner. L'indemnité, correspondant aux loyers non perçus, devait en définitive lui revenir. La solution est soulignée par le Professeur Revet⁴, car jusqu'à présent, le coïndivisaire ne pouvait pas être débiteur envers l'indivision, celle-ci n'ayant pas la personnalité morale⁵. La décision « s'affranchit de cette réserve

² Ce qu'il ne peut décider seul, art. 815-3 dans sa rédaction alors applicable.

³ Qui profite des fruits et revenus des biens indivis, art. 815-10 al. 2.

⁴ T. Revet, *RTD Civ.* 2008, p. 515.

⁵ T. Revet, *ibid.* ; l'indivision « n'est pas une personne morale » : Civ. 3^{ème}, 3 oct. 2007, n° 06-16.716 : *JCP* 2008, éd. G, I. 127, n° 8, obs. H. Périnet-Marquet ; *Dr et patr.* 2008, n° 172, p. 96, obs. J.-B. Seube.

¹ J.-B. Donnier, *J.-Cl. Civ.*, fasc. 40, cité par F. Bicheron, *AJ Fam.* 2008, p. 253.

traditionnelle essentielle au maintien de l'indivision comme masse de biens non personnifiée »¹, l'indivision semblant clairement passer de l'état de chose à l'état de personnes². Comme le relève en

¹ T. Revet, *ibid.*

² V. T. Revet, *ibid.*, citant également F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n° 351 s. Adde P. Puig, *Société et indivision : bref retour vers le*

effet la Cour, c'est l'indivision qui subit en premier lieu le préjudice résultant d'une faute de gestion commise par l'indivisaire gérant, et qui « devait en conséquence bénéficier de l'indemnité », étant ainsi admise comme sujet de droit³.

futur, Journ. sociétés, avr. 2008. 53 ; J.-B. Seube, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 96.

³ T. Revet, *ibid.*

II – Copropriété

• **Le syndicat doit être titulaire d'un compte bancaire ou postal ouvert à son nom : Civ. 3^{ème}, 9 avril 2008, n° 07-12.268, FS-P+B+I.**

Aux termes de l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965, le syndic est notamment chargé de soumettre au vote de l'assemblée générale, lors de sa première nomination et au moins tous les trois ans, la décision d'ouvrir un compte bancaire ou postal séparé au nom du syndicat, sur lequel sont versées les sommes ou valeurs reçues au nom ou pour le compte du syndicat⁴. La méconnaissance par le syndic de cette obligation, précise le législateur, emporte la nullité de plein droit de son mandat à l'expiration du délai de trois mois suivant sa désignation.

En l'espèce, un copropriétaire assignait le syndic en nullité de son mandat pour non respect de cette exigence. Les juges du fond rejettent sa

⁴ Sauf décision contraire de l'assemblée générale à la majorité de l'art. 25 ou de l'art. 25-1, V. art. 18 de la loi du 10 juill. 1965.

demande, en retenant la preuve apportée par le syndic que le compte qu'il avait ouvert en son nom constituait un compte séparé, en ce que les sommes y transitant étaient exclusivement réservées au fonctionnement du syndicat des copropriétaires. Le titulaire du compte, cependant, restait le syndic.

Le compte ouvert au nom du syndic, s'il est réservé exclusivement aux opérations du syndicat de copropriétaires, répond-il à l'exigence de l'article 18 ? La Cour de cassation, sanctionnant les juges du fond, apporte une réponse négative à cette question. L'exigence législative est celle d'un compte ouvert « au nom du syndicat », non pas au nom du syndic, même si les sommes y transitant et afférentes au fonctionnement du syndicat des copropriétaires représentent les seuls mouvements du compte bancaire.

• **Délai de prescription d'une action tendant à faire déclarer une clause non-écrite et conditions d'exercice d'une activité industrielle au sein d'une copropriété : Civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-13.409, FS-P+B.**

Selon l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965, les actions personnelles entre les copropriétaires ou entre un copropriétaire et le syndicat se prescrivent, sauf délai spécial plus court, par dix ans. La propriétaire d'un lot de copropriété assigne un autre copropriétaire ainsi que le syndicat pour obtenir l'annulation de certaines clauses du règlement de copropriété et le respect d'autres clauses. Les juges du fond rejettent l'action en la déclarant irrecevable au regard du délai de dix ans en l'espèce dépassé. La Cour de cassation casse cependant la solution, en soulignant que la prescription de l'article 42 n'est pas applicable à l'action tendant à faire déclarer une clause non-écrite en application de l'article 43, qui ne se trouve enfermée dans aucun délai¹.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation invite par ailleurs les juges du fond à procéder à une recherche *in concreto*

¹ Jurisprudence désormais constante : Civ. 3^{ème}, 12 juin 1991, *Bull. civ.* III, n° 170 ; Civ. 3^{ème}, 27 sept. 2000, *Bull. civ.* III, n° 154.

lorsque se pose un problème concernant les conditions d'exercice d'une activité autorisée par le règlement de copropriété². Un locataire exerce ainsi une activité de serrurerie industrielle dans un bâtiment de la copropriété, usant également de la cour commune³. La copropriétaire se plaint des désagréments suscités par l'activité, ce à quoi les juges du fond répondent que le bâtiment en question est à usage commercial, l'exploitation d'un fonds de commerce étant donc licite, et qu'aucune pièce n'établit l'existence d'une activité industrielle gênante, cette activité et l'usage de la cour à titre de parking durant la période d'ouverture du commerce constituant en milieu urbain un inconvénient normal de voisinage. La Cour de cassation censure la décision, reprochant aux juges de ne pas avoir recherché si les conditions d'exercice de l'activité du locataire respectaient la clause du règlement de copropriété relative aux bruits.

² Y. Rouquet, *D.* 2008, p. 1413.

³ Il avait de plus installé une boîte aux lettres sur le portail commun sans autorisation, ce que les juges sanctionnent en l'obligeant à la retirer.

• **Action en justice du syndic au nom du syndicat, condition de l'habilitation : Civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 06-20.587 et 06-21.530, FS-P+B**

La construction d'un immeuble causant des désordres à un immeuble voisin, le syndicat des copropriétaires et certains copropriétaires de l'immeuble subissant les troubles assignent le maître de l'ouvrage en réparation (qui appelle en garantie les

autres acteurs, entreprises et assureurs), sur le fondement du trouble anormal de voisinage. Etait contestée la recevabilité de l'action du syndicat, faute d'habilitation régulière du syndic. L'article 55 du décret du 17 mars 1967 précise en effet que le syndic ne peut

agir en justice au nom du syndicat sans y avoir été autorisé par une décision de l'assemblée générale. Les défendeurs contestaient l'identification des désordres et des personnes à poursuivre, le rapport d'expertise les désignant ayant été déposé après le vote de l'assemblée générale.

Les juges du fond rejettent l'argumentation, ce que confirme la Cour de cassation. L'assemblée générale du syndicat des copropriétaires avait en effet ratifié les procédures en cours et donné mandat au syndic pour poursuivre et intenter toutes procédures au fond et en référé contre le maître de l'ouvrage, les entreprises et les assureurs concernés par les travaux, pour obtenir réparation des désordres aux parties communes et leurs conséquences privatives décrites dans des rapports. Selon les juges du fond, une telle habilitation précise suffisamment la nature de la procédure suivie, l'objet de celle-ci, les parties de l'immeuble concernées par les désordres ainsi que les personnes visées. L'action est donc recevable. Cet arrêt se situe dans le mouvement d'une jurisprudence de plus en plus souple en

la matière, ayant tout d'abord fait preuve d'une grande rigueur, exigeant la description exacte des désordres et des constructeurs à assigner, et ce à peine de nullité¹, puis ayant accepté des assouplissements². Les désordres à réparer, fondant l'objet de la demande, peuvent ainsi être désignés par référence à un rapport d'expertise, sans être précisément énumérés dans la décision d'autorisation, le document devant être annexé aux convocations³. L'intérêt de l'arrêt est d'accepter que l'habilitation du syndicat était suffisamment précise alors qu'elle se référait en partie à un rapport déposé ultérieurement.

¹ Ph. Malinvaud, *Rev. de dr. immob.* 2008, p. 394 ; M.-L. Pagès de Varenne, *Contr.-Urb.*, n° 7, comm. 126.

² « La loi n'exige pas que l'autorisation précise l'identité des personnes devant être assignées et, à défaut de décision limitant les pouvoirs du syndic, l'autorisation donnée vaut à l'égard de l'ensemble des personnes concernées par les désordres signalés, ou identifiées dans le rapport d'expertise que cette autorisation mentionnait, ainsi qu'à l'égard de leurs assureurs » : Civ. 3^{ème}, 4 déc. 1992 et 29 janv. 2003, *RDI* 2003.189 et 190, obs. Ph. Malinvaud ; Cass. 3^{ème} civ., 23 juin 2004, n° 01-17.723, FS-P+B.

³ M.-L. Pagès de Varenne, *Contr.-Urb.*, n° 7, comm. 126, citant Civ. 3^{ème}, 12 déc. 2001, *Bull. civ.* III, n° 148 ; *Contr.-Urb.* 2002, comm. 90, obs. D. Sizaire.

• **Action en justice du syndic au nom du syndicat, défaut de sanction du défaut d'habilitation : Civ. 3^{ème}, 9 avril 2008, n° 07-13.236, FS-P+B+I.**

A noter par ailleurs que le défaut d'habilitation du syndic en vue d'agir en justice pour le compte du syndicat des copropriétaires constitue un défaut de pouvoir sanctionné par une nullité

de fond qui ne profite qu'à celui qui l'invoque et non une fin de non-recevoir que le juge peut relever d'office.

PROCÉDURE CIVILE

Emelyne CALIMOUTOU et Marc TOUILLIER

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| § 1 – Actualité : le rapport Magendie II ou la procédure civile de demain | 224 |
| I – La conception modernisée de l’appel | 225 |
| II – La procédure modernisée de l’appel | 225 |
| § 2 – Jurisprudence | 226 |

§ 1 – Actualité : le rapport Magendie II ou la procédure civile de demain

Monsieur le Président de la Cour d’appel Jean-Claude Magendie a remis au Garde des Sceaux, le 25 juin 2008, les conclusions de la Mission placée sous le thème de la « Célérité et qualité de la justice devant la cour d’appel ». Il s’était alors vu confier par le Garde des Sceaux une mission consistant à étudier les conditions dans lesquelles la procédure devant la cour d’appel pouvait être réformée pour répondre à deux objectifs : la qualité et la célérité de la justice.

Il est à noter que ces travaux ne couvrent pas toutes les procédures d’appel puisque la lettre de mission de la Garde des Sceaux excluait la matière pénale et la matière sociale.

Ce second rapport s’inscrit dans le prolongement des précédents travaux

rendus le 15 juin 2004 qui formulaient des propositions relatives à la première instance¹ et qui ont donné lieu au décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile en profondeur².

Jean-Claude Magendie, magistrat depuis 1973, a occupé deux postes clefs au cours de sa carrière, celui de Premier Président du Tribunal de grande instance de Paris en 2000 et désormais celui de Premier Président de la Cour d’appel de Paris, ce qui lui permet

¹ J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice : La gestion du temps dans le procès civil*, Rapport au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, La documentation française, 2004, 211 p.

² Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d’exécution et à la procédure de changement de nom, *J.O.*, 29 déc. 2005, p. 20350.

aujourd'hui de cerner avec précision les dysfonctionnements relevés au sein des différents degrés de juridiction.

Il a choisi pour réaliser sa mission de s'entourer de douze professionnels du droit et de la procédure, dont des professeurs d'université et des professionnels de la justice.

I – La conception modernisée de l'appel

La Mission a opté pour la conception de l'appel voie d'achèvement du litige, dans la mesure où celle-ci offre la possibilité aux plaideurs devant la cour d'apporter des moyens nouveaux, des preuves nouvelles, mais aussi des prétentions nouvelles sous certaines conditions, et par conséquent d'apporter plus de souplesse à la procédure, mais surtout de garantir avec effectivité le principe du double degré de juridiction.

II – La procédure modernisée de l'appel

La mission préconise dès lors de conférer à la cour d'appel le pouvoir de relever d'office l'irrecevabilité tirée de la nouveauté de la prétention ; d'appliquer un principe de concentration qui consisterait à imposer aux plaideurs des délais pour présenter les moyens, les prétentions nouvelles recevables, les demandes incidentes et communiquer l'intégralité des pièces ; d'imposer une modélisation des écritures et des décisions.

L'émergence du principe de concentration des moyens résulte de l'arrêt *Caesaro* du 7 juillet 2006¹. Ce principe appliqué au procès civil

Dans son Rapport, la Mission placée sous l'égide de Monsieur le Premier Président Jean-Claude Magendie développe deux axes principaux de réflexions : la conception modernisée de la voie d'appel (I) et la procédure qui en résulte (II).

Ce choix n'est pas sans poser quelques inconvénients, surtout au regard du respect du délai raisonnable ; aussi la Mission propose d'encadrer la procédure, dans le but de pallier toute manœuvre dilatoire ou abusive de la part des plaideurs et d'assurer une plus grande célérité de la procédure sans porter atteinte à la qualité.

permet, selon Jean-Claude Magendie, de combattre l'insécurité juridique et les stratégies judiciaires déloyales qui consistent à dévoiler progressivement les moyens de droit en pratiquant la rétention d'informations².

Un second principe trouve son application au sein des propositions de la Mission, à savoir celui de la loyauté procédurale. Pour le faire respecter, l'ambition est de créer prochainement une Chambre de la procédure, émanation de la première Chambre, afin

² J.-C. Magendie, « Le principe de concentration a un effet bénéfique en termes d'économie de la justice ; il combat l'insécurité juridique », *JCP* 2008, éd. G, n° 41, I, 192.

¹ Cass., Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672.

de centraliser et traiter rapidement tous les incidents mettant fin à l'instance.

Cette chambre, qui aurait vocation à être créée début 2009, aurait un rôle dissuasif à l'égard des justiciables adeptes des manœuvres dilatoires.

*
* *

Les avancées en matière de modernisation du procès civil conseillées par le rapport sont d'envergure et l'on peut se demander si elles parviendront véritablement à concilier qualité et célérité de la justice.

Afin de parfaire le processus de rénovation du procès civil, Monsieur le Premier Président Jean-Claude Magendie aura peut être l'ultime

mission de préciser le rôle de la Cour de cassation, car bien qu'un décret du 22 mai 2008¹ soit venu modifier certaines règles de procédure en la matière, il serait nécessaire de recentrer l'activité de la Haute juridiction sur son rôle premier d'unification de la jurisprudence. Aujourd'hui, son activité principale reste en effet celle de « devoir procéder à des cassations disciplinaires »².

Emelyne CALIMOUTOU

¹ Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, *J.O.*, 24 mai 2008, p. 8477.

² J.-C. Magendie, *L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées*, *JCP* 2008, éd. G, n° 22, I, 145.

§ 2 – Jurisprudence

• **Le déroulement du procès civil : la mise en état des affaires civiles. Civ. 2^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-14.784, FS-P+B ; Com., 14 mai 2008, n° 07-11.036, F-P+B.**

Par deux arrêts rendus dans la période qui nous intéresse, la Chambre commerciale et la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation reviennent sur les compétences du conseiller de la mise en état.

Le premier arrêt (**Civ. 2^e, 7 mai 2008, FS-P+B, n° 07-14.784**) s'intéresse à la compétence spécifique du conseiller de la mise en état dans le règlement des exceptions de procédure et des incidents d'instance. L'affaire soumise au contrôle de la Haute juridiction mettait aux prises une société de grande distribution à un particulier qui avait été condamné en première

instance à lui payer certaines sommes. Appel fut interjeté par ce dernier, qui soulevait devant la cour d'appel la nullité de l'assignation. Pour déclarer irrecevable cette exception, la Cour d'appel de Rennes retient, par un arrêt du 6 mars 2007, qu'elle aurait dû être soumise au conseiller de la mise en état. La Cour de cassation prend le contrepied du raisonnement adopté par les juges du second degré en affirmant que « le conseiller de la mise en état, dont les attributions ne concernent que les exceptions de procédure et les incidents relatifs à l'instance d'appel, n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la

première instance ». Si l'on comprend aisément, dans un premier temps, le sens de la solution adoptée par la Haute juridiction, il est plus difficile de s'accorder, dans un second temps, sur la portée des motifs de l'arrêt rendu le 7 mai 2008.

Là où les règles de procédure qui les concernent sont identiques, contenues aux articles 763 à 787 du Code de procédure civile, le conseiller de la mise en état se distingue en effet du juge de la mise en état par le fait qu'il statue, certes, lui aussi sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance, mais à un degré de juridiction différent. En dépit du renvoi laconique opéré sur ce point par l'article 910 du Code de procédure civile¹, il est donc tentant de considérer que, *mutatis mutandis*, le conseiller de la mise en état ne connaît que des exceptions de procédure et des incidents relatifs à l'instance d'appel et non à la première instance². De ce point de vue, la Cour d'appel de Rennes a mal anticipé, si l'on peut dire, l'avis rendu par la Cour de cassation le 2 avril 2007 à propos d'une affaire similaire³. Interrogée « sur le point de savoir si le conseiller de la mise en état est compétent, au regard des articles 771, alinéa 2, et 542 du nouveau code de procédure civile, pour statuer sur une exception de procédure ou un incident

qui n'a pu être soulevé devant les premiers juges, en raison de la non-comparution devant eux de la partie concernée, et qui est susceptible de mettre fin à l'instance en entraînant la nullité du jugement frappé d'appel », la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour connaître d'une exception de procédure relative à la première instance. En cela, l'arrêt du 7 mai 2008 ne vient que réaffirmer l'avis précédemment rendu, d'une façon plus solennelle toutefois puisque la Cour de cassation censure ici les juges du fond pour violation de la loi.

C'est sous l'angle de la portée d'une telle solution qu'il convient d'être plus prudent. Après avoir exclu la compétence du conseiller de la mise en état pour connaître d'une exception de procédure relative à la première instance, la deuxième Chambre civile ne dit mot sur les suites à donner en définitive à l'exception de procédure relative à la nullité de l'acte introductif d'instance. Doit-on en inférer que la compétence revenait bel et bien à la Cour d'appel de Rennes, contrairement à ce qu'en ont décidé les juges du second degré dans le cas d'espèce, ou qu'elle est purement et simplement privée d'effet dans la mesure où l'exception de nullité ne pouvait être valablement soulevée qu'en première instance ? L'acuité d'une telle question a justement été mise en évidence par le professeur Roger Perrot dans son commentaire de l'avis rendu par la Cour de cassation le 2 avril 2007⁴. Celui-ci justifie les doutes nés de la limitation

¹ Qui se contente de prévoir que, devant la cour d'appel, « l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 763 à 787 et par les dispositions qui suivent ».

² En ce sens, H. Croze, Ch. Morel et O. Fradin, *Procédure civile*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, coll. *Objectif droit*, 2008, n° 972.

³ Cass., 2 avr. 2007, avis n° 07-00.007 : *Bull.* 2007, n° 4.

⁴ R. Perrot, note sous Cass., 2 avr. 2007, avis n° 07-00.007 : *RTD civ.*, 2007, n° 3, p. 639.

ainsi effectuée de la compétence du conseiller de la mise en état par la lecture délicate de l'article 771 alinéa 2 du Code de procédure civile. Ce texte, qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux exceptions de procédure et aux incidents mettant fin à l'instance soulevés par les parties entre le moment de la désignation du juge de la mise en état et son dessaisissement, prend soin de préciser que « les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ». Transposé au cas du conseiller de la mise en état qui ne peut, à l'aune de l'arrêt du 7 mai 2008, connaître de telles demandes, l'article 771 alinéa 2 du Code de procédure civile peut laisser penser qu'en définitive, ni le conseiller de la mise en état, ni la cour d'appel ne sont compétents pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance. Abandonnant à son triste sort l'appelant désireux de faire valoir l'un de ces moyens de défense, pareille interprétation conduirait toutefois à négliger l'objet même de l'appel. Ainsi que l'écrit Roger Perrot, « l'objectif [de l'appel] n'est plus de suspendre une procédure en cours, mais d'obtenir la nullité du jugement entrepris ». Dès lors, ce n'est plus véritablement *mutatis mutandis* qu'il convient de faire application des règles de compétence du conseiller de la mise en état dans le règlement des incidents d'instance et l'on conçoit aussi bien le refus de lui permettre de statuer sur une exception de procédure relative à la première instance que le besoin d'en

attribuer la compétence aux juges du second degré¹.

L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 14 mai 2008 (**Com. 14 mai 2008, n° 07-11.036, F-P+B**) présente quant à lui le mérite d'éclairer la compétence du conseiller de la mise en état au regard de l'article 911 du Code de procédure civile. Suite à la mise en liquidation judiciaire de son entreprise, le gérant d'une société avait à son tour été placé en liquidation judiciaire à titre personnel. Le juge-commissaire ayant ordonné la vente d'un immeuble lui appartenant, il contestait la décision devant le tribunal compétent qui, par jugement du 6 juillet 2005, confirmait la décision du juge-commissaire. Le gérant de la société interjetait appel-nullité de cette décision mais, par une ordonnance du 14 juin 2006, le conseiller de la mise en état déclara l'appel irrecevable. Déférée devant la Cour d'appel de Limoges le 26 octobre 2006, cette ordonnance fut maintenue par les juges du second degré, ce que contestait l'intéressé devant la Cour de cassation en soutenant que le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour déclarer irrecevable un appel-nullité qui tend à faire annuler le jugement pour excès de pouvoir ou violation d'un principe essentiel de la procédure par le juge. Relevant une violation des dispositions des articles 542, 911 et 914 du Code de procédure civile, le demandeur au pourvoi souhaitait ainsi limiter l'étendue des prérogatives du conseiller de la mise en état dans l'appréciation de l'appel.

¹ Sur ce point, comp. Civ. 2^{ème}, 13 mars 2008, n° 07-11.384 : *Bull. civ. II*, n° 68.

Telle qu'elle résulte de l'article 911 du Code de procédure civile, la compétence du conseiller de la mise en état pour apprécier la recevabilité de l'appel ne fait pourtant l'objet d'aucune limitation expresse. Le texte se contente en effet de prévoir que « Le conseiller de la mise en état est compétent pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel », ce qui lui confère sur ce point plus de pouvoirs que l'article 771, 1^o du Code de procédure civile n'en donne au juge de la mise en état¹. On le voit, rien ne vient limiter formellement la compétence du conseiller de la mise en état pour déclarer irrecevable l'appel, ce qui semble dès lors pouvoir bénéficier au cas d'appel-nullité malgré les contestations émises sur ce point par le demandeur au pourvoi. Il est vrai qu'en pareille hypothèse, le conseiller de la mise en état tranche sur la recevabilité d'une forme de recours d'essence jurisprudentielle² et, en cela, non prévue

par les textes invoqués. Lui refuser toute légitimité pour en connaître, ainsi que s'en prévalait le pourvoi, aurait ainsi permis d'éviter le filtrage opéré par le conseiller de la mise en état lorsque le recours tend à la seule annulation du jugement entaché d'un excès de pouvoir ou d'une grave irrégularité de procédure.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas accueilli l'argument, estimant que l'arrêt rendu par la cour d'appel retient exactement que « ce texte [l'article 911 du Code de procédure civile] ne distingue pas selon que la voie de recours intentée tend à la réformation, à l'annulation ou à la nullité du jugement, de sorte que le conseiller de la mise en état était compétent pour apprécier la recevabilité de l'appel-nullité ». Sans en déduire que le conseiller de la mise en état peut être considéré comme juge d'appel de la décision de première instance, il faut comprendre que les pouvoirs qui lui sont confiés doivent être pleinement entendus sur le plan de la recevabilité de l'appel. L'occasion est ainsi donnée à la Cour de cassation de rappeler que là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer... Même pour une prérogative d'origine jurisprudentielle !

Marc TOUILLIER

¹ Puisque le juge de la mise en état ne peut statuer que sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance, à l'exclusion des fins de non-recevoir (S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28^{ème} éd., Dalloz, 2006, n° 1745). Le conseiller de la mise en état ne peut toutefois connaître que des fins de non-recevoir tirées de l'irrecevabilité de l'appel, par application de l'article 911 du Code de procédure civile (*BICC*, n° 677, 1^{er} mars 2008, p. 7).

² Sur ce point, v. S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, *op. cit.*, n° 1586 et s.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Sophie BARDOU et Jean-Noël LORENZONI

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| § 1 – Technologies de l'information et de la communication | 230 |
| Informatique et libertés – Protection des données personnelles | 230 |
| I – Panorama jurisprudentiel | 230 |
| A – Antivols pour nouveau-nés..... | 230 |
| B – Téléchargement illégal et collecte d'adresses IP | 231 |
| C – Suite de l'affaire note2be.com..... | 232 |
| II – Les nouveaux visas biométriques..... | 232 |
| § 2 – Droit de brevet | 234 |
| États-Unis : la brevetabilité des méthodes commerciales remise en cause | 234 |

§ 1 – Technologies de l'information et de la communication

Informatique et libertés – Protection des données personnelles

I – Panorama jurisprudentiel

A – Antivols pour nouveau-nés

La CNIL a été saisie sur une nouvelle question : les nouveau-nés doivent-ils porter un bracelet électronique fixé à la cheville dans la maternité pour prévenir les risques d'enlèvement ?

Cette interrogation a donné lieu, le 10 avril 2008, à une communication en séance plénière et a ouvert le débat plus large sur la surveillance des personnes vulnérables.

Les bracelets sont équipés d'émetteurs reliés à un ordinateur central permettant de localiser les déplacements du nouveau-né dans le rayon de la maternité et de déclencher une alarme s'il sort de ce périmètre. Ce bracelet serait porté pour une durée de trois jours dans le périmètre de la maternité et pas au-delà.

La CNIL a donc une réflexion à mener sur la finalité et la proportionnalité de cette mesure au regard des risques d'enlèvements encourus. Elle apportera sa réponse d'ici quelques semaines, lors de la Conférence Mondiale des Commissaires à la protection des données, qui aura lieu à Strasbourg du 15 au 17 octobre 2008. Certaines maternités comme celle de Raincy-Montfermeil (en Seine-Saint-Denis) sont déjà équipées de ce

dispositif utilisant l'identification par fréquence radio. Cette maternité avait connu en 2002 et 2005 des enlèvements d'enfants.

Cette réflexion va être menée dans le contexte général des moyens de surveillance, quand on sait qu'il existe déjà des capteurs de mouvements ou de température permettant de veiller sur les personnes âgées vivant seules, des instruments de biométrie pour les travailleurs handicapés...

Selon la réponse qui sera apportée à ce nouveau mode de surveillance à distance, une extension de ces dispositifs est envisageable aux maisons de retraite sur certains types de patients atteints d'Alzheimer et autres personnes dites « vulnérables ».

B – Téléchargement illégal et collecte d'adresses IP

Dans un arrêt rendu en date du 23 juin 2008, la Cour d'appel de Rennes a annulé le procès verbal de constat d'enquêteurs assermentés de la SSCP (Société Civile des Producteurs Phonographiques) qui avaient relevé une adresse IP et procédé à un traitement de données à caractère personnel, sans, au préalable, avoir obtenu l'autorisation de la CNIL.

Le tribunal correctionnel de Nantes avait prononcé la condamnation du prévenu ayant procédé au téléchargement illégal de plusieurs fichiers audio et vidéo. Il avait, par ailleurs, refusé de retenir l'exception de nullité tenant au non respect de la demande d'autorisation adressée à la CNIL.

Pour fonder sa décision, la cour admet que même si le tribunal correctionnel a valablement qualifié l'adresse IP de donnée à caractère personnel, il a toutefois omis de relever que les enquêteurs n'avaient pas la qualité d'auxiliaires de justice, qualité les dispensant de demander une autorisation de la CNIL avant de procéder au traitement de ces données.

En effet, les agents de la SSCP ont procédé à la collecte, la consultation, la conservation et l'enregistrement de l'adresse IP ainsi qu'à l'identification du fournisseur d'accès internet, les conduisant à l'identité du titulaire de l'abonnement internet. Ces investigations avaient pour finalité de constater

une infraction de contrefaçon via des réseaux *peer to peer*.

La Cour d'appel de Rennes annule donc le procès-verbal de constat, ses annexes et l'ensemble des actes

subséquents d'enquête et de poursuite. Elle relaxe le prévenu des fins de poursuite.

C – Suite de l'affaire note2be.com

Dans un arrêt du 25 juin 2008, la Cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris en date du 3 mars 2008, qui avait enjoint à la société Note2be.com de suspendre le traitement automatisé de données personnelles qu'elle mettait en œuvre dans le cadre de son service, et qui permettait aux élèves internautes de noter leurs enseignants.

En première instance, le tribunal avait fondé son argumentation sur l'article 7.5° de la loi du 6 janvier 1978. La cour d'appel a rendu sa décision sous le visa de l'article 6 de ladite loi qui dispose qu' « *un traitement ne peut porter sur des données à caractère personnel qu'à la condition qu'elles soient collectées et traitées de manière loyale et licite* ».

La cour a estimé qu'en ne restreignant pas l'accès aux seuls élèves suivant l'enseignement du professeur concerné (et aux parents de ces élèves),

les données personnelles n'étaient pas collectées de façon loyale et qu'elles « *ne présentent évidemment aucune garantie tant sur leur pertinence que sur leur caractère adéquat ; que cette seule constatation suffit à démontrer que l'utilisation d'un tel traitement non conforme à l'exigence de la loi constitue un trouble manifestement illicite* ».

La cour d'appel a confirmé l'injonction faite à la société note2be.com de « *suspendre l'utilisation des données nominatives des enseignants ainsi que leur affichage sur le site en question* ».

Note2be.com a annoncé sur son site le lancement d'une version 2.0 de son service, en rappelant notamment que le site avait entendu les critiques des juges et allait se conformer aux exigences de la loi « Informatique et libertés ».

Sophie BARDOU

II – Les nouveaux visas biométriques

Le passeport électronique mis en place en 2005 est déjà de l'histoire ancienne! Désormais le passeport biométrique prend sa place depuis un décret n° 2008-426 du 30 avril 2008.

La biométrie regroupe des techniques permettant l'identification ou l'authentification¹ d'un individu, selon

¹ Identifier répond à la question « Suis-je bien M. X ? », une vérification est opérée entre un mot

des caractéristiques qui lui sont propres (empreintes digitales, reconnaissance de l'iris, de la rétine, du visage) sur une base de données déterminée.

Ces techniques ont souvent été critiquées lorsqu'elles sont utilisées en vue de constituer un fichier informatique, notamment en matière policière (Fichier National des Empreintes Digitales, Fichier National des Empreintes Génétiques) ou plus récemment lorsqu'elles visent, à l'entrée de cantines scolaires, à comptabiliser plus efficacement les collégiens ou lycéens, sans procéder à un fichage ni à une collecte de données personnelles.

L'initiative de l'insertion d'éléments biométriques dans le passeport trouve sa source dans l'Union européenne, qui a proposé un projet de règlement en 2003 visant à « *dégager, au sein de l'Union européenne, une approche cohérente en ce qui concerne les identificateurs ou les données biométriques qui permettrait d'appliquer des solutions harmonisées pour les documents des ressortissants de pays tiers, les passeports des citoyens de l'UE et les systèmes d'information VIS et SIS II* »¹. Par ailleurs, certains pays comme les États-Unis imposent, pour entrer sur leur territoire, de disposer d'un passeport biométrique. Cette vérification d'identité s'accompagne d'un recueil d'empreintes digitales ainsi que de la photographie numérisée du visage de l'individu souhaitant entrer sur le territoire américain.

de passe donné et le gabarit déjà en mémoire. Authentifier répond à la question « Qui suis-je ? », à partir d'un échantillon biométrique, on va rechercher l'individu dans une base de données.

¹ Conseil Européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003.

L'implantation d'informations biométriques dans le passeport semble devenir un impératif dans l'Union européenne.

Selon l'article 8 du décret, ce visa biométrique contient « *l'image numérisée du visage ainsi que les empreintes digitales* », ce même article précisant que « *Le traitement ne comporte ni dispositif de reconnaissance faciale à partir de l'image numérisée du visage ni dispositif de recherche permettant l'identification à partir de l'image numérisée des empreintes digitales enregistrées dans ce traitement.* »

En somme, la CNIL dans sa délibération n° 2007-368 du 11 décembre 2007 s'est prononcée sur plusieurs points soumis à son appréciation, en autre :

- **Sur l'enregistrement des données biométriques dans le composant électronique intégré au passeport :**

La CNIL considère que le recours à ces techniques est légitime dès lors que les données « sont conservées dans un support dont la personne a l'usage exclusif. »

- **Sur la conservation de données biométriques en base centrale :**

Le projet de décret soumis pour avis à la CNIL prévoit le recueil de l'image numérisée du demandeur ainsi que les empreintes digitales de ses huit doigts. Ces données doivent être conservées dans le système de traitement « DELPHINE » qui constituerait la première base de données biométriques

à finalité administrative des ressortissants français.

Ce traitement n'est d'ailleurs possible qu'au regard des impératifs sécuritaires et d'ordre public qui le justifient.

Dès lors que le passeport peut être effectué à tout âge, se pose le problème des données personnelles des mineurs et du seuil de protection prévu à cet égard. La CNIL estime que c'est une question de principe méritant un large débat voire un amendement à la Convention des Droits de l'Enfant. La collecte de leurs données personnelles doit être d'autant plus limitée.

Les données personnelles seront conservées dans un support sécurisé ne permettant pas la falsification et la duplication. Le demandeur au passeport aura accès aux données conservées dans son passeport et une notice d'information lui sera remise.

La France doit être en capacité de mettre en circulation ce passeport d'ici juin 2009, alors que le Ministre de l'Intérieur Michèle Alliot-Marie parle d'émettre une carte d'identité nationale sur le même procédé !

Sophie BARDOU

§ 2 – Droit de brevet

États-Unis : la brevetabilité des méthodes commerciales remise en cause

Jeudi 8 mai 2008, les douze magistrats de la *Court of Appeal for the Federal Circuits*, siégeant en assemblée plénière, ont entendu les prétentions des parties dans le cadre de l'affaire *Bilski*. La Cour doit statuer sur la brevetabilité d'une méthode de couverture des risques financiers.

Lors de cette séance solennelle pour le moins inhabituelle, les membres de la Cour ont interrogé les deux parties sur le fait de savoir si elle devait renverser la décision rendue il y a 10 ans lors de l'affaire *State Street Bank*, qui avait consacré aux États-Unis le caractère brevetable des méthodes commerciales.

De nombreux experts se sont prononcés à l'occasion de cette affaire. Pas moins de trente-huit exposés écrits ont été soumis à la Cour.

La question de la brevetabilité des méthodes commerciales divise, au sein même de l'industrie financière que l'on aurait pu croire acquise à part entière aux méthodes commerciales. Ainsi, alors que American Express défend la validité de la demande de brevet déposée par Bernard Bilski, une autre partie du secteur financier composée notamment de Bank of America et Morgan Stanley, a demandé à la Cour de renverser la décision rendue dans l'affaire *State Street Bank*.

Cependant, au regard des commentaires formulés par les magistrats, il semble que nombre d'entre eux soient opposés à une remise en cause de la jurisprudence. D'autant plus que plusieurs membres de la Cour ont critiqué la position de l'USPTO

selon laquelle une méthode commerciale ne peut constituer un objet brevetable que si elle s'avère être liée à une machine.

Jean-noël LORENZONI

LE DEVOIR DE CONSEIL DES PROFESSIONNELS DU DROIT

Anne MATTEO

« En général, on ne demande de conseils que pour ne pas les suivre ou, si on les a suivis, reprocher à quelqu'un de les avoir donnés ». Cette phrase d'Alexandre Dumas représente bien la situation des professionnels du droit. En effet, on constate de nos jours un important développement de ce devoir dans le monde du droit. Cependant cette évolution n'a rien d'étonnant. Le droit, tout comme la médecine, appartient aux sciences sociales, qui puisent leur source et leur raison d'être dans la société. L'évolution de ces deux domaines ne fait que refléter celle de la société dans laquelle ils s'inscrivent. Or, nous vivons une époque où la sécurité est un objectif fondamental. Les notions ambiantes de consumérisme et de justice contractuelle illustrent bien ce mouvement. Nous voyons apparaître au travers de l'actualité ces besoins de justice, de protection. Cette évolution se retrouve donc dans les domaines du droit et de la médecine, où elle se traduit par un développement accru des devoirs professionnels et par une plus grande fréquence de mise en œuvre de la responsabilité de ces professionnels. Ceci semble expliquer pourquoi le devoir de conseil tend à s'étendre de plus en plus dans tous les milieux professionnels et à être apprécié avec une sévérité croissante concernant les professions juridiques et médicales. Il

paraît donc intéressant d'approfondir la question du développement du devoir de conseil dans le cadre des professions juridiques, tout en opérant un certain parallèle avec les professions médicales. Quelle est donc l'étendue de ce devoir de conseil des professionnels du droit ?

En tant que standard du droit, cette notion a un contenu qui varie en fonction de l'évolution sociale. Ainsi il importe de définir ce qu'est le devoir de conseil des professionnels du droit aujourd'hui pour en saisir l'étendue. C'est dans cet objectif que nous aborderons tout d'abord la définition du devoir de conseil des professionnels du droit (I) puis son contenu jurisprudentiel (II).

I – La définition du devoir de conseil des professionnels du droit

Le devoir de conseil des professionnels du droit est une notion floue. Elle s'adapte à l'évolution de la société. Ainsi, pour en appréhender la consistance actuelle, deux approches sont nécessaires. Une approche substantielle s'impose afin de cerner les concepts de devoir de conseil et de professionnels du droit (A), ainsi qu'une approche fonctionnelle, permettant de constater les manifestations réelles du

devoir de conseil appliqué aux professionnels du droit (B).

A – Une définition substantielle du devoir de conseil des professionnels du droit

L'expression d'une idée passe par le choix des mots. Ce dernier n'est jamais anodin. Ainsi le choix des termes « devoir de conseil des professionnels du droit » révèle le sens de cette expression. Il importe donc d'étudier ce que signifie chacun de ces mots pour appréhender la définition substantielle du sujet. Notre démarche consistera à traiter la notion de devoir de conseil puis à préciser ce que nous pouvons entendre par « professionnels du droit ».

Pourquoi employer l'expression de devoir de conseil et non celle d'obligation d'information ou encore de devoir de mise en garde ? Tous ces mots semblent être synonymes et pourtant chacun d'eux recèle des particularités qui le rendent unique. Ce sont ces particularités qui vont nous intéresser puisque c'est à travers elles que va se dessiner la notion de devoir de conseil. Le devoir, à la différence de l'obligation, permet de mettre en avant l'origine professionnelle du devoir de conseil. En effet, l'origine de ce devoir de conseil n'est pas contractuelle mais bien professionnelle. C'est en vertu de sa profession et non d'un contrat que le notaire conseille son client. Le terme de devoir induit mieux cette origine que celui d'obligation. Le choix du mot « conseil » se comprend quant à lui à la lumière de ses rapports entretenus avec le terme d'information. L'information peut revêtir plusieurs significations selon le point de vue adopté. Au sens large, l'information correspond à la

mise en forme d'une matière. À ce titre elle fait l'objet d'une obligation à degré variable. Selon la doctrine, il existe en effet l'obligation de renseignement, de mise en garde et de conseil. Dans ce cadre, le conseil est un type d'information. Il se distingue du renseignement en ce qu'il est une information subjective, mise en perspective par rapport à une situation donnée. Le conseil diffère également de la mise en garde par la subjectivité de l'information tournée vers le meilleur comportement à adopter dans une situation. Au sens strict, l'information se trouve prise comme une composante du conseil. En effet, dans ce sens, le conseil correspond à la présentation d'une information suivie de considérations d'opportunité. Ainsi la définition du devoir de conseil s'éclaircit puisque conceptuellement il peut être perçu comme un devoir d'origine professionnelle comprenant l'obligation d'informer le client et de l'éclairer sur l'opportunité d'un acte ou d'une situation.

Le devoir de conseil ainsi défini connaît un fort développement. Cette évolution est particulièrement marquée dans le domaine professionnel. Un mouvement de généralisation du devoir de conseil s'y amorce depuis quelques années. Cela s'explique par l'évolution du comportement des consommateurs plus avertis et donc plus exigeants et par l'introduction progressive d'une responsabilité objective, sans faute, à l'égard de certains professionnels. Cependant, pour comprendre ce développement, il faut préciser ce que l'on entend par « professionnel ». Ce dernier peut être perçu comme celui qui contracte dans un domaine en rapport direct avec son activité. Parmi ces

professionnels, une catégorie est plus particulièrement touchée par l'essor du devoir de conseil : il s'agit des professionnels du droit. Ces derniers peuvent être définis comme ceux qui agissent dans le cadre de leur activité professionnelle de conseil et qui sont membres des professions juridiques réglementées exerçant le droit à titre principal. Cela explique pourquoi le développement du devoir de conseil les concerne au premier plan.

La substance du sujet mieux définie, il reste à discuter du fonctionnement de ce devoir de conseil afin d'en avoir une vue complète.

B – Une définition fonctionnelle du devoir de conseil des professionnels du droit

Le devoir de conseil des professionnels du droit prend toute son ampleur au travers des différentes missions qui sont confiées à ces professionnels. De ce fait il convient d'étudier les diverses missions dans lesquelles ils interviennent. Une telle approche a l'avantage de montrer l'importance capitale de ce devoir et de ce fait d'en préciser les contours. Par souci de clarté nous n'envisagerons pas les missions de tous les professionnels du droit. Nous nous concentrerons sur les cas du notaire et de l'avocat qui représentent bien la catégorie des professions juridiques et qui sont les plus concernés par le devoir de conseil.

Les attributions du notaire sont nombreuses. Néanmoins elles peuvent être regroupées en deux grandes missions : une mission d'authentification et un devoir de conseil. Sa première mission d'authentification est

précisée par l'ordonnance du 2 novembre 1945, tandis que le devoir de conseil ne semble pas être prévu par les textes. Cela s'explique cependant par le statut d'officier public du notaire et par son objectif d'assurer la sécurité juridique des actes qu'il reçoit. Or le seul moyen de mener à bien sa mission d'authentification est de conseiller les parties à l'acte. Ainsi, de cette fonction d'authentification en découle une autre, tout aussi importante : le devoir de conseil. Ces deux missions sont donc liées. Le devoir de conseil constitue donc l'un des deux piliers de la profession notariale. Le notaire doit guider son client en lui précisant quel acte sera le plus approprié à ses objectifs, quelles seront les conséquences possibles de cet acte et enfin énoncer les éventuelles limites et insuffisances le concernant. Le conseil doit résulter d'un échange, d'une coopération entre le professionnel du droit et son client. Ce dernier doit exposer ses besoins et l'officier public doit le conseiller et lui proposer les meilleures solutions possibles. Ainsi le devoir de conseil traverse toute l'activité du notaire.

L'avocat quant à lui est le conseiller par excellence du client. Le devoir de conseil s'impose à lui de manière évidente. Ce devoir constitue une mission à part entière qui se répercute sur chacune des fonctions de l'auxiliaire de justice. Il est donc présent tant dans ses missions judiciaires d'assistance et de représentation en justice, que dans ses missions juridiques que sont la consultation et la rédaction d'actes. Dans ses missions judiciaires, l'avocat agit pour le compte du client et en son nom. Il doit ainsi être pertinent dans l'appréciation des procédures à engager,

des recours à former et des chances de succès du procès. Il se doit d'informer le client de chaque étape du déroulement de la procédure et des voies de recours qui s'offrent à lui. Le devoir de conseil transcende ces missions d'assistance et de représentation. Dans ses missions juridiques, ce devoir transparaît également. La consultation consiste pour l'avocat, selon le dictionnaire des termes juridiques de l'association H. Capitant, à « fournir, sur une question soumise à son examen, un avis personnel ou parfois un conseil, qui apporte à celui qui le consulte des éléments de décision ». Le client attend du professionnel du droit qu'il l'éclaire sur sa situation et lui indique la meilleure démarche à adopter en fonction de celle-ci. La rédaction d'actes juridiques consiste quant à elle, et selon la même source, en « l'élaboration d'actes unilatéraux et de contrats, non revêtus de la forme authentique, rédigés pour autrui ». Dans ce cadre l'avocat doit guider le client vers la démarche convenant le mieux à ses objectifs. Ainsi le devoir de conseil est omniprésent dans la profession de l'avocat.

La signification théorique du devoir de conseil s'éclairant, nous allons tenter d'aborder sa portée générale, son étendue actuelle. Cela passe par l'étude de la jurisprudence qui a fortement évolué en la matière et nous conduira à donner une définition jurisprudentielle de ce devoir.

II – Le contenu jurisprudentiel du devoir de conseil des professionnels du droit

Le devoir de conseil s'est accru au fil du temps. Concernant certaines professions du conseil, le devoir en question s'est étendu de manière très particulière. Il est devenu de plus en plus important, au point de devenir difficile à supporter pour ses débiteurs. En effet, son évolution semble repousser sans cesse ses limites. Cette évolution, qui se poursuit encore aujourd'hui, concerne notamment les professionnels du droit et de la santé. Il nous semble intéressant de l'approfondir dans le cadre de notre étude. Cela nous permettra de découvrir le contenu jurisprudentiel de ce devoir et d'en apprécier les limites. Il semble qu'un glissement se soit opéré vers un devoir de conseil illimité des professionnels du droit (A). Néanmoins certaines bornes restent nécessaires (B).

A – Un glissement apparent vers un devoir de conseil illimité

Un certain glissement vers un devoir illimité s'exprime au travers de l'évolution jurisprudentielle de la mise en œuvre de la responsabilité des professionnels du droit. Au fil du temps, ce devoir est devenu un fondement fréquent de la mise en œuvre de cette responsabilité des professionnels du droit par les clients. Il convient donc d'étudier la responsabilité des professionnels du droit, et plus particulièrement celles du notaire et de l'avocat, puis la portée de leur devoir de conseil.

La responsabilité du notaire est de nature délictuelle, ce qui peut paraître étonnant mais s'explique par le statut légal de ce professionnel. En effet, le notaire est un officier public qui doit veiller à la sécurité juridique des actes dont il s'occupe. Cette finalité constitue une mission d'ordre public et s'exprime dans toutes les missions du notaire. La nature de sa responsabilité découle donc de son statut. Ainsi, en cas de manquement au devoir de conseil, le notaire voit sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Pour cela, il faut encore que les trois conditions de mise en œuvre de cette responsabilité soient remplies, à savoir une faute, un préjudice et un lien de causalité. La faute relative au manquement au devoir de conseil peut résulter du manque d'information sur les conséquences de l'acte instrumenté ou des risques encourus par l'opération juridique souhaitée. Le préjudice quant à lui doit être personnel, direct et certain. Enfin un lien de causalité doit exister entre la faute et le préjudice. Pour l'avocat, la nature de la responsabilité est contractuelle. Sa mise en œuvre relève de l'application de l'article 1147 du Code civil et implique une inexécution du devoir de conseil, dont la nature serait théoriquement de moyens, et un préjudice résultant de la privation de la prestation promise. Le manquement au devoir de conseil est apprécié par comparaison au modèle du bon professionnel. Le préjudice subi doit répondre aux trois conditions posées précédemment et doit être lié au manquement de l'avocat à son devoir de conseil.

La responsabilité des professionnels du droit au titre de l'inexécution du devoir de conseil précisée, il reste à

discuter de la portée de ce devoir. En effet, le devoir de conseil semble être dû à chaque client, à tous les clients et seulement aux clients. Sa portée paraît large et le fait qu'il doive s'appliquer ainsi amène à se demander si les connaissances du client doivent être prises en considération pour l'apprécier. Sur ce point la jurisprudence a connu une certaine évolution. Il en ressort aujourd'hui que les connaissances du client ne doivent pas être prises en compte pour apprécier le devoir de conseil des professionnels du droit. C'est pour cette raison que l'on considère que ce devoir a un caractère absolu. Sa portée est donc large et le système de preuve en matière de responsabilité professionnelle contribue à l'étendre. Il semble ainsi que le devoir de conseil ne connaisse aucune limite. Toutefois ce dernier n'a pas toujours été absolu. C'est le fruit de l'évolution de la jurisprudence. En effet, le changement a été initié pour la responsabilité des notaires avec un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 juillet 1995¹, qui a précisé que la présence d'un conseiller personnel au côté d'un client ne pouvait pas dispenser le notaire de son devoir de conseil. Le devoir de conseil est devenu absolu. D'autres arrêts sont venus confirmer cette position. Une évolution similaire s'en est suivie pour l'avocat avec un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 juillet 1998 précisant que les compétences personnelles du client ne dispensaient pas l'avocat de ce devoir².

¹ Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1995 : *D.* 1995, p. 195 ; *RTD civ.* 1996, p. 384, note J. Mestre.

² Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1998 : *D.* 1998, p. 205 ; *JCP* 1998, éd. G, n° 3009, p. 1773.

Les conséquences de ce caractère absolu sont importantes puisque le professionnel du droit ne semble pouvoir s'exonérer ni par la présence d'un tiers ni par les connaissances du client. L'appréciation du devoir de conseil est devenue rigide et sévère. Il y a un glissement vers un devoir de conseil illimité. Cela peut s'expliquer par des considérations primordiales de sécurité juridique. Cela permet également d'éviter le problème de l'évaluation des compétences du client. Ce glissement paraît être confirmé par les modifications subies par le système de preuve dans le cadre de la responsabilité professionnelle pour inexécution du devoir de conseil. En effet, après des années d'application du régime classique de la preuve à l'action en inexécution du devoir de conseil des professionnels du droit, la Cour de cassation a modifié sa position en décidant, dans un arrêt de sa première Chambre civile en date du 25 février 1997 qu'il incombait dorénavant au débiteur d'apporter la preuve de l'exécution de son devoir de conseil¹. Il s'agissait de la responsabilité médicale. Cependant ce revirement concernant la charge de la preuve s'est appliqué aux professionnels du droit avec un arrêt de la même chambre en date du 29 avril 1997². Ce changement de point de vue a entraîné deux sortes de conséquences. D'une part, la nature du devoir de conseil, et plus particulièrement pour l'avocat, s'est muée en obligation de moyens renforcée du fait de la présomption d'inexécution du devoir de

conseil par le professionnel du droit. D'autre part, cette évolution incline à penser que les professionnels doivent veiller à se ménager, par avance, des moyens de preuve de l'exécution de leur devoir de conseil.

Toutefois ce devoir de conseil connaît certaines limites.

B – Les bornes nécessaires au devoir de conseil

Le devoir de conseil des professionnels du droit connaît en effet deux types de limites, celles liées à sa définition et celles liées aux circonstances particulières de la cause.

Le manquement au devoir de conseil a tendance à être souvent employé par la jurisprudence comme fondement pour engager la responsabilité des professionnels du droit. Cependant, ce que les juges appellent devoir de conseil ne correspond pas toujours à la définition que l'on peut en donner, mais plutôt à d'autres devoirs moraux inhérents à la déontologie de ces professionnels du droit, comme le devoir d'impartialité par exemple. Il existe une autre limite incontournable tenant à la définition du devoir de conseil, il s'agit du choix final du client. En effet, le professionnel du droit se trouve toujours tenu par le choix du client. Il peut lui prodiguer les conseils les plus judicieux possibles, ce sera toujours à ce dernier qu'incombera la décision finale. Ce choix ne pourra jamais être reproché au professionnel du droit. Cela nous amène à discuter de l'évolution de la nature du devoir de conseil. Nous avons pu observer que son appréciation était sujette à une sévérité croissante des juges et qu'il

¹ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997 : *RTD civ.* 1997, 924, obs. J. Mestre ; *JCP* 1997, éd. G, n° 881, p. 136 ; *Gaz. Pal.* 1997, p. 22 ; *D.* 1997, p. 81.

² Civ. 1^{ère}, 29 avr. 1997 : *Bull. civ. I*, n° 132 ; *D.* 1997, p. 130 ; *Gaz. Pal.* 1997, p. 180.

constituait une obligation de moyens renforcée. Se pose alors la question de l'avenir de la nature de ce devoir de conseil. Pourrait-il consister un jour en une obligation de résultat ? C'est ici que la limite du devoir de conseil tenant au choix final du client intervient. En effet, cette limite permet de constater l'incompatibilité du devoir de conseil avec l'obligation de résultat. Celle-ci a pour objet un résultat précis. Or du fait de l'aléa résultant du choix final du client, il n'est pas possible de garantir un résultat déterminé. De ce fait, le devoir de conseil des professionnels du droit ne pourra jamais devenir une obligation de résultat. Ce constat nous amène à préciser d'autres limites tenant à la définition du devoir de conseil, à savoir que son appréciation doit se faire par rapport à un standard qu'est le bon professionnel et ne peut se faire que par rapport à l'état actuel du droit. Sa définition même limite l'étendue du devoir de conseil des professionnels du droit.

D'autres limites existent. Il s'agit des circonstances particulières de la cause. En effet, il existe deux cas dans lesquels on ne peut reprocher au professionnel du droit un quelconque manquement à ce devoir : les circonstances de la cause et l'attitude du client. Ainsi, si les circonstances de l'affaire ou la commission par le client d'une faute volontaire ou non entraînent en partie ou entièrement un préjudice pour ce dernier, la responsabilité du professionnel du droit au titre de son devoir de conseil devra être partagée ou ne pas être engagée du tout selon les cas. Cela permet de regrouper deux sortes de limites, celle due à l'impossibilité de conseiller et celle due à l'inutilité du conseil donné. Dans le

premier cas, il s'agit de situations dans lesquelles le client a tout fait pour maintenir le professionnel du droit à l'écart de l'opération qu'il montait, l'empêchant ainsi de mener à bien sa mission. Dans le second, il s'agit des situations dans lesquelles sont seules en cause des circonstances de fait connues du client et dont la portée ne pouvait lui échapper. La faute du client peut être prise en compte également pour obtenir un partage de responsabilités. Ainsi le devoir de conseil des professionnels du droit semble pouvoir être délimité malgré tout, ce qui constitue une bonne nouvelle pour les professionnels du droit.

Conclusion

Cette étude nous a finalement permis de discuter de la définition actuelle du devoir de conseil. L'approche théorique nous a permis d'observer que le professionnel du droit doit apporter à son client une information précise et orientée vers ses besoins, ses objectifs. Il doit servir de guide. L'approche pratique de ce devoir au travers des missions des professionnels du droit a contribué à ce travail de définition. Nous nous sommes ensuite consacrés à son contenu jurisprudentiel pour saisir la portée du devoir de conseil de ces professionnels. Celle-ci a évolué pour aboutir présentement à un devoir au caractère absolu. Sa nature est passée de l'obligation de moyens à une obligation de moyens renforcée. Cela a posé la question de l'absence de limite. Et cette interrogation existe toujours. Certes, le devoir de conseil est limité par sa définition et par les circonstances

particulières de la cause, mais qu'en sera-t-il à l'avenir ? Nous précisons en introduction le lien existant entre l'évolution du droit et celle de la société, or cette dernière, suivant un mouvement consumériste, paraît aller vers une recherche toujours plus grande de sécurité. Ainsi le devoir de conseil ne risque-t-il pas un jour de se retrouver véritablement sans limite ? Il semble que cela ne soit pas possible car ce

devoir est limité par sa propre consistance, par l'aléa résultant du libre choix du client. Ce dernier rempart paraît infranchissable, puisque aboutir à un devoir de conseil générant une obligation de résultat reviendrait simplement à supprimer la notion même de devoir de conseil.

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN

Haytham ALKASSAS
Alaa RAMADAN

La soumission d'un système au principe de la libre concurrence constitue un choix politique, le choix d'un certain ordre économique. Ce dernier suppose une réglementation juridique nécessaire pour tenter de préserver les conditions de la concurrence, notamment pour éviter les pratiques anticoncurrentielles et les opérations de concentration des entités économiques.

Ce choix a été pris par l'Égypte en exécution de ses obligations internationales qui l'ont incité à adopter une loi moderne en matière de concurrence¹. Cette adoption a été

¹ Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part : *JOCE*, n° L. 304 du 30 septembre 2004. Cet accord dispose dans son article 34 que «1. Sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges avec la Communauté et l'Égypte :

- i) tous les accords entre entreprises, toutes les décisions d'association d'entreprises et toutes les pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ;
- ii) l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur

renforcée par l'instauration de l'économie du marché libre qui a conduit à la croissance du secteur privé². Celle-ci a été concrétisée par la promulgation de la loi de protection de la concurrence et de prohibition des pratiques anticoncurrentielles³. C'est en vertu de cette loi, et plus précisément de son article 11⁴, que le Conseil égyptien de la concurrence a été créé.

l'ensemble des territoires de la Communauté ou de l'Égypte ou dans une partie de celui-ci ;
iii) toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

² La contribution du secteur privé en Égypte représente près de 75% du produit national brut : Rapport du Conseil consultatif égyptien, *JO égyptien* - éd. *Parlementaire*, n° 21 du 2 janv. 2005.

³ Loi n° 3 de l'année 2005 sur la protection de la concurrence et la prohibition des pratiques anticoncurrentielles : *JO égyptien* n° 6 bis, 15 février 2005 ; modifiée par les lois n° 160 de l'année 2008, *JO égyptien* n° 25 bis A du 22 juin 2008 et n° 193 de l'année 2008, *JO égyptien* n° 25 bis B du 22 juin 2008.

⁴ L'article 11 de la loi égyptienne sur la concurrence dispose : « Un Conseil de la protection de la concurrence et de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles sera établi au Caire et jouira de la personnalité juridique publique ; il dépendra du Premier ministre.

Il sera compétent pour :

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN

Selon l'article 11 de la loi égyptienne de la concurrence, le Conseil égyptien de la concurrence est une autorité administrative dépendante du premier ministre¹. En effet, les pouvoirs de décision en matière de police des pratiques anticoncurrentielles demeurent l'apanage du ministre, les pouvoirs de sanction étant quant à eux conférés au tribunal correctionnel. Le rôle du Conseil de la concurrence n'est ici que consultatif². Cependant, le Conseil

bénéficie d'une certaine indépendance fonctionnelle qui se manifeste tant dans son fonctionnement administratif que dans ses formations. Par ailleurs, la rédaction d'un rapport annuel d'activité permet de rendre compte non seulement de son action mais aussi des orientations qu'il entend donner à la politique de la concurrence. Par ailleurs, il dispose de pouvoirs pour prendre des mesures préliminaires en matière de police des pratiques anticoncurrentielles³.

En raison de cette compétence conférée à l'autorité égyptienne de la concurrence, les décisions de celle-ci, prises par le Conseil lui-même ou par le ministre compétent, sont des actes administratifs exécutoires faisant grief, et sont de ce fait soumis au contrôle du Conseil d'État⁴ qui statue en matière d'excès de pouvoir⁵. En effet, le juge

1. Recevoir les demandes d'enquête, rechercher et enquêter sur les cas d'ententes et les pratiques anticoncurrentielles, selon les procédures indiquées dans le règlement d'application de la présente loi.

2.

3. Préparer une base de données et d'information complète sur l'activité économique et l'actualiser continuellement afin de servir pour toute activité relative à la protection de la concurrence. De même, conduire des recherches pour découvrir les pratiques anticoncurrentielles.

4. Prendre les mesures indiquées à l'article 20 de la présente loi ».

¹ En vertu du décret n° 571 de l'année 2006, le Premier ministre a délégué au Ministre du commerce et d'industrie les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi égyptienne sur la concurrence.

² Ce qui constitue une différence avec le Conseil de la concurrence français qui a été qualifié par le Conseil constitutionnel d'autorité administrative indépendante (Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* : JCP E 1987, Cah. dr. entr. n° 2, p. 30). Le Conseil de la concurrence français se distingue également du Conseil de la concurrence égyptien notamment parce qu'il n'est subordonné à aucun pouvoir hiérarchique ou de tutelle. Il a par ailleurs été comparé à une juridiction d'exception de première instance pour ces affaires de concurrence puisqu'il est doté de pouvoirs de sanction, et que ses décisions ne sont susceptibles de recours que devant la Cour d'appel de Paris. (R. Galène, *Droit de la concurrence et pratiques anticoncurrentielles*, EFE, Paris, nouvelle éd., 1999, p. 3).

³ L'article 20 de la loi égyptienne sur la concurrence dispose que « Lorsque la preuve est faite d'une infraction aux articles 6, 7 et 8 de ladite loi, le Conseil doit ordonner de régulariser la situation et faire cesser l'infraction immédiatement ou dans un délai déterminé, sous peine de nullité des accords ou des conventions qui sont l'objet des infractions aux articles (6,7).

Le Conseil peut ordonner de mettre fin aux pratiques prohibées immédiatement ou après l'expiration du délai cité dans l'alinéa 1 de cet article si le contrevenant ne régularise pas la situation ou ne fait pas cesser l'infraction ».

⁴ Le terme « Conseil d'État », en droit égyptien, désigne la juridiction administrative dans sa globalité, alors que ce terme dans le système français correspond seulement au sommet de la hiérarchie des juridictions administratives.

⁵ Dans cette étude, nous allons mettre l'accent sur le rôle du juge administratif en matière de pratiques anticoncurrentielles à travers le contentieux d'annulation, en abandonnant tous les autres rôles de juge administratif en matière de concurrence en général (par exemple sa compétence en matière de prix). V., concernant la compétence du juge administratif dans les matières de la concurrence : L. Nicolas-Vullierme,

administratif peut intervenir dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles afin de censurer les actes administratifs provenant de l'autorité de la concurrence¹. Cependant, une partie de ces actes est insusceptible de recours pour excès de pouvoir car ils ne sont que des mesures administratives non décisives ; or, n'est susceptible d'être déféré à la censure du juge de l'excès de pouvoir que « l'acte administratif qui modifie l'ordonnancement juridique, qui fait grief au requérant »². Ces actes sont le produit de la fonction contentieuse confiée à l'autorité de la concurrence par les articles 20 et 21 de la loi égyptienne sur la concurrence, qui est la source la plus importante d'attributions à l'égard de cet organe³. Pour bien montrer le champ d'intervention du juge administratif dans les différents actes pris par l'autorité égyptienne sur la concurrence (II), il faut d'abord tracer brièvement les procédures d'enquête devant cette autorité (I).

Procédure en droit interne de la concurrence : J.-Cl. – CC, 1998, p. 12).

¹ L'avant-projet de la loi présenté par le gouvernement contenait un article disposant que les décisions du Conseil de la concurrence étaient susceptibles de recours devant le Conseil d'État. Mais cet article a été abrogé au cours des délibérations car c'est une règle générale existante dans le droit égyptien ; il est donc inutile de consacrer un article spécifique à cet effet. En ce sens, v. le procès verbal du parlement égyptien durant les délibérations de la loi sur la concurrence, *JO égyptien – éd. Parlementaire*, n° 27 du 12 fév. 2005, p. 41.

² G. Pellissier, *Recours pour excès de pouvoir, conditions de recevabilité : Rép. cont. adm.*, Dalloz, nov. 2002, p. 8.

³ Mis à part sous forme d'un recours contentieux, le Conseil égyptien de la concurrence peut être saisi à titre consultatif. Par exemple, l'exemption prévue dans l'article 10 de ladite loi.

I – Les procédures d'enquête devant l'autorité égyptienne de la concurrence

Les affaires de concurrence peuvent donner lieu à des enquêtes effectuées par les agents du Conseil de la concurrence. Ces enquêtes sont le résultat d'une plainte (A), par laquelle le directeur exécutif autorise les enquêteurs à commencer l'enquête (B), afin de présenter un rapport d'enquête qui est la base des décisions de l'autorité de la concurrence (C).

A – Le déclenchement de l'enquête

A l'inverse du droit français de la concurrence⁴, le droit égyptien confère le droit de saisir le Conseil de la concurrence à toute personne, sans exigence de conditions de qualité ou d'intérêt à agir⁵. Le règlement d'application exige que la saisine doive être écrite⁶. Mais nous pensons que cette exigence n'est pas une condition d'existence de l'action, mais de validité de la demande.

Le Conseil égyptien de la concurrence dispose également du pouvoir d'agir d'office. L'article 33 du Règlement d'application dispose en

⁴ Les articles L. 462-1, L. 462-5 et L. 462-6 du Code de commerce dressent une liste limitative des personnes ayant qualité pour saisir le Conseil de la concurrence à titre contentieux.

⁵ L'article 19 de la loi égyptienne sur la concurrence dispose que « toute personne aura le droit de saisir le Conseil d'une plainte concernant une violation de l'une des dispositions de la loi ».

⁶ Article 32 du Règlement d'application de la loi sur la concurrence, publié par le décret n° 1316 de l'année 2005, *JO égyptien*, n° 32 bis du 17 août 2005.

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN

effet que « *le Conseil prend en charge les plaintes dont il est saisi et a le pouvoir d'entamer les procédures d'enquête, de recherche et d'investigation, même sans avoir été saisi de plainte. Il a également le pouvoir de donner les ordres pour entamer les procédures concernant les cas d'ententes et de pratiques anticoncurrentielles* ».

De manière générale, le Conseil de la concurrence se saisit d'office dans deux hypothèses : soit lorsqu'à l'occasion d'une affaire, il découvre des pratiques ayant lieu sur des marchés autres que ceux concernés par la saisine initiale ; soit lorsque l'auteur d'une saisine se désiste de son action : le Conseil de la concurrence peut alors décider de poursuivre ses investigations en se saisissant d'office des pratiques qui lui avaient été soumises dans la saisine initiale¹.

B – Le déroulement de l'enquête

L'enquête commence par l'autorisation du directeur exécutif du Conseil de la concurrence puis l'envoi de la demande aux enquêteurs du Conseil². Ceux-ci doivent effectuer l'enquête dans un délai de 90 jours à compter de la date de l'envoi³. A cette fin, la loi sur la concurrence dispose que les agents du Conseil de la concurrence bénéficient du statut d'officiers de

police judiciaire⁴. En effet, ils ont le pouvoir « *de contrôler, auprès de toute entité gouvernementale ou non-gouvernementale, les documents et les registres afin d'obtenir les informations nécessaires pour examiner les cas en cause* »⁵. Aussi, ils ont le droit d'« *accéder, pendant les horaires officiels de travail, aux locaux des personnes soumises à l'enquête, et ceci après l'obtention d'une acceptation écrite du directeur exécutif. Ils ont le droit de se faire accompagner par des officiers de police s'il y en a besoin* »⁶.

C – Le dénouement de l'enquête

Lorsque l'enquête s'achève, les enquêteurs présentent leur rapport au directeur exécutif, qui le transmet au comité d'administration du Conseil de la concurrence⁷. Celui-ci peut décider, en cas d'infraction, de prendre des mesures préliminaires contre l'auteur de pratiques anticoncurrentielles. Si l'auteur acquiesce à ces mesures en modifiant sa situation prohibée, la procédure s'arrête⁸. Dans le cas contraire, le Conseil de la concurrence transfère le résultat de l'enquête au ministre compétent, afin que celui-ci prenne une décision conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par le

⁴ Article 17 de la loi égyptienne sur la concurrence.

⁵ Article 38 [1] du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

⁶ Article 38 [2] du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

⁷ Article 39 du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

⁸ En ce sens, v. le procès-verbal du Parlement égyptien durant les délibérations de la loi sur la concurrence, *JO égyptien – éd. Parlementaire*, n° 27 du 12 fév. 2005, p. 52.

¹ R. Galène, *Droit de la concurrence et pratiques anticoncurrentielles*, EFE, Paris, nouvelle éd., 1999, p. 8.

² Article 36 du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

³ Article 37 du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

droit de la concurrence¹. En cas de non infraction, le Conseil de la concurrence peut décider de ne pas poursuivre la procédure. Cette décision doit être motivée².

Sans doute, selon le droit administratif, une partie de ces décisions entre-t-elle dans la catégorie des actes administratifs, qui se définissent comme « *une manifestation de volonté émise par une autorité administrative en vue de produire des effets de droit sur les administrés* »³. Cette définition a ultérieurement été retenue par la jurisprudence égyptienne. De manière constante, la Haute Cour administrative énonce en effet dans ses arrêts, pour définir la décision administrative, que « *la décision administrative est la manifestation de la volonté de l'administration imposée aux administrés, en vertu de lois et de règlements, en vue de produire des effets de droit quand ceux-ci sont possibles, légitimes, et pour des fins d'intérêt public* »⁴. La jurisprudence souligne que la décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir doit être finale et imposée aux administrés⁵. La Cour du contentieux administratif explique le

¹ Le ministre compétent a le choix de demander au parquet d'ouvrir une enquête publique ou de ne pas le demander ; il doit examiner chaque cas de façon indépendante.

² Article 40 du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

³ P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Collection Droit Public, Sirey 1983, p. 24.

⁴ À titre d'exemple, v. décisions du 1^{er} déc. 1991, aff. n° 1329/33 et du 4 jan. 1994, aff. n° 420/37.

⁵ Cour du contentieux administratif, 31 mars 1948, aff. 261/1 ; Haute Cour administrative, 13 avr. 1976, aff. n° 50/18.

premier caractère en énonçant qu'« *il ne suffit pas, pour l'acquisition du caractère final, que la décision soit rendue par l'autorité compétente, mais il faut que cette dernière ait la volonté de lui faire produire ses effets lors de son édicition ; sinon, il ne s'agit que d'une proposition dépourvue d'effets juridiques* »⁶. Quant au second caractère, la Haute Cour administrative retient que « *ne constitue pas une décision administrative l'acte qui n'impose pas la volonté de l'administration aux administrés* »⁷.

En appliquant ces règles aux décisions de l'autorité égyptienne de la concurrence, nous pouvons classer celles-ci selon qu'elles sont susceptibles ou non de recours devant la juridiction administrative :

1 – Les mesures non décisives prises par l'autorité de la concurrence :

a) Par le Conseil de la concurrence :

- La transmission du dossier de l'enquête menée par le Conseil de la concurrence au ministre compétent afin que ce dernier demande au parquet de procéder à une enquête publique⁸, car elle ne contient que l'étude du marché effectuée par le Conseil exprimant son

⁶ Cour du contentieux administratif, 17 nov. 1962, aff. 1079/8.

⁷ Haute Cour administrative, 1^{er} déc. 1991, aff. n° 1329/33.

⁸ Selon son pouvoir prévu dans l'article 21 de la loi égyptienne sur la concurrence.

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN

avis sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles et son imputabilité à un opérateur donné¹.

b) Par le ministre compétent :

- La demande du ministre au parquet d'ouvrir une enquête publique est insusceptible d'être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; elle n'a pas de valeur décisive. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une simple demande, mais plutôt d'une condition indispensable pour entamer les procédures au pénal, sans laquelle le parquet ne peut pas ouvrir l'enquête judiciaire, cette demande n'engage en rien le parquet qui peut librement classer le dossier ou rendre une décision de non-lieu.

2 – Les décisions qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir :

a) Les décisions rendues par le Conseil de la concurrence :

- La décision de classer une plainte sans mener une enquête².
- La décision de non-lieu, entraînant la fin des poursuites³.

Malgré le fait que l'enquête que le Conseil est chargé de mener n'ait pas de

valeur décisive et qu'elle ne produise pas d'effet juridique susceptible de faire grief, le refus du Conseil d'ouvrir l'enquête ou de la poursuivre produit un tel effet, parce que ce refus empêche aussi bien la poursuite des procédures que le renvoi à la juridiction répressive. Par conséquent, le trait commun entre la décision de refus d'ouvrir une enquête par le simple fait de classer la plainte déposée contre un opérateur économique, et la décision de ne pas poursuivre une enquête déjà entamée, est le fait d'empêcher l'évolution des procédures, soit jusqu'à ce qu'une décision finale à l'encontre de l'opérateur économique en cause soit rendue, soit jusqu'à ce que la juridiction répressive se saisisse de l'affaire. Il s'agit ici de décisions produisant des effets de droit, contre lesquelles le recours pour excès de pouvoir est recevable.

De plus, le Conseil peut prononcer :

- Une mise en demeure adressée à l'auteur des pratiques anticoncurrentielles, afin qu'il régularise sa situation et fasse cesser les pratiques immédiatement ou dans un délai déterminé⁴.
- Une décision adressée à ce même auteur, afin qu'il mette fin aux pratiques anticoncurrentielles, immédiatement ou dans un délai déterminé⁵.

¹ Le Conseil d'État français a jugé que « Une étude à caractère scientifique dépourvue de toute portée juridique est insusceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». (CE 18 déc. 1996, Comité de défense des intérêts des habitants de la commune d'Aumontzey, Rec. CE, p. 1066) ; G. Pellissier, *Recours pour excès de pouvoir, conditions de recevabilité*, op. cit., p. 9.

² Selon l'article 32 du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

³ Selon l'article 40 du Règlement d'application de la loi égyptienne sur la concurrence.

⁴ Nous considérons cette mise en demeure comme une décision administrative parce qu'elle réunit les conditions d'une telle décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Elle produit des effets de droit sur les ententes prohibées, et a pour conséquence leur nullité (Article 20/1 de la loi égyptienne sur la concurrence).

⁵ Selon l'article 20/2 de la loi égyptienne sur la concurrence.

b) Les décisions rendues par le ministre compétent :

- La décision de refus de demander au parquet de procéder à une enquête publique. En réalité, il est rare de ne rencontrer ce type de décision que sous forme implicite. Cette décision met l'affaire à l'abri du juge répressif. Ses effets juridiques favorisent l'opérateur économique en cause et nuisent à ses concurrents sur le marché.
- La décision de conclure une conciliation avec l'auteur des pratiques anticoncurrentielles¹. Mais l'absence d'un véritable intérêt pour attaquer cette décision rend cette possibilité purement théorique.

II – L'intervention du juge de l'excès de pouvoir : les relations entre le juge administratif et le juge pénal

Selon l'article 10(5) de la loi sur le Conseil d'État égyptien², le Conseil d'État est exclusivement compétent pour statuer sur les demandes, présentées par les individus ou par les organismes, d'annulation des décisions administratives finales. Il peut ordonner le sursis à l'exécution d'une décision de l'autorité de la concurrence si le requérant prouve que cette exécution peut causer un préjudice grave et irréparable. Il peut aussi prononcer l'annulation d'une décision pour incompétence, violation de règles de forme substantielles, violation de

dispositions législatives ou de textes d'application de la loi³.

Bien évidemment, on doit distinguer entre les motifs d'annulation liés à la forme, visant l'incompétence et la violation de règles de forme ou de procédure, et ceux liés au fond, c'est-à-dire relatifs à la violation de dispositions législatives et à l'abus de pouvoir⁴. En effet, l'annulation à cause de la violation d'une règle de fond, spécialement en raison d'une violation de la loi⁵, suppose que le juge administratif examine l'application des règles de la concurrence aux faits qui sont à l'origine de la décision administrative et qui constituent la pratique anticoncurrentielle, en jugeant de leur conformité au droit de la concurrence⁶. Mais une question se pose

³ En ce sens, S. Altamawi, *Al wagiz dans le droit administratif*, Dar Alnahda Alarabya, Le Caire, 1966, p. 396.

⁴ Article 10/2 de la loi sur le Conseil d'État égyptien.

⁵ La Cour du contentieux administratif a considéré que le terme « violation de la loi » contient toutes atteintes à la règle juridique au sens large (Cour du contentieux administratif, 14 avr. 1948, aff. n° 172 et 149/1). Ce qui englobe : la violation des lois et des règlements, la fausse interprétation des lois et des règlements et la fausse application des lois et des règlements aux faits qui étaient les bases de la décision administrative (N. Abdel Halim Kamel, *Les actions administratives et constitutionnelles*, Dar Alnahda Alarabya, Le Caire, 1998, p. 290).

⁶ Cette hypothèse peut survenir quand le Conseil égyptien de la concurrence prend une des mesures citées à l'article 20 de la loi sur la concurrence. Par exemple, il peut ordonner, en vertu de l'article 20/2, au contrevenant de mettre fin à la pratique anticoncurrentielle. Le contrevenant peut saisir le Conseil d'État afin d'annuler cette décision pour violation de la loi sur la concurrence parce que les faits qui sont à l'origine de la décision du Conseil de la concurrence ne constituent pas une pratique

¹ Selon l'article 21/2 de la loi égyptienne sur la concurrence.

² La loi n° 47/1972 concernant le Conseil d'État égyptien, *JO égyptien*, n° 40 du 5 oct. 1972.

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN

lorsque la juridiction administrative, appréciant la légalité des mesures de l'autorité de la concurrence, constate que les règles du droit de la concurrence ont été mal appliquées par le Conseil, qui n'a pas relevé d'infraction. Mais, dans le même temps, la juridiction correctionnelle énonce que ces faits constituent bien une pratique anticoncurrentielle, constatant l'infraction et la validité des décisions rendues par le Conseil de la concurrence. Qu'en est-il alors de la contradiction entre les deux jugements dans une telle hypothèse ? Cette question nous conduit à examiner les relations entre les deux juridictions.

Il convient d'envisager les répercussions que peuvent avoir les décisions de chaque ordre de juridiction quant à l'affaire soumise. Nous envisagerons deux cas : celui où le juge administratif s'est prononcé le premier (A), et celui où le juge répressif dispose de l'antériorité de la décision (B).

A – Le juge administratif s'est prononcé le premier sur la légalité des décisions rendues par l'autorité de la concurrence

Il est assez rare que le juge administratif se soit prononcé le premier. Aucune difficulté ne s'attache aux jugements de rejet, car la décision de rejet est soumise au principe de l'autorité relative de la chose jugée¹. Le

anticoncurrentielle. Dans ce cas, le Conseil d'État doit examiner si l'autorité de la concurrence a mal appliqué ou mal interprété les règles de droit de la concurrence dans leur application aux faits.

¹ C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, Thèse, Rennes, 1954,

juge répressif a la liberté totale de contredire ce genre de jugements.

En revanche, si le juge administratif annule l'acte administratif, sa décision aura un effet *erga omnes* et ne pourra être contredite par un tribunal répressif judiciaire². L'article 52 de la loi du Conseil d'État égyptien attribue en effet aux décisions d'annulation l'autorité absolue de la chose jugée³. Ce dernier type de jugement est l'objet de discussions en raison des effets de l'annulation sur les pratiques anticoncurrentielles.

La conséquence de l'annulation d'une décision du Conseil égyptien de la concurrence, qu'elle soit une décision de classement d'une plainte sans enquête à diligenter, ou une décision de clôture de la procédure, paraît évidente : le Conseil de la concurrence sera contraint de mener l'enquête ou de la poursuivre. Il en est de même de l'annulation d'une décision du ministre

p. 60. Dans le même sens : Haute Cour administrative, 18 jan. 1958, aff. 1496/2.

² *Ibid.*, p. 61.

³ L'article 52 de la loi du Conseil d'État prévoit que « *tous les principes concernant l'autorité de la chose jugée sont applicables aux jugements de l'ordre administratif. Les jugements d'annulation sont opposables à l'égard de tous* ».

La doctrine française a toujours admis en l'absence de tout texte que la décision d'annulation rendue sur recours pour excès de pouvoir avait un effet *erga omnes*. (C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, op. cit., p. 255 ; J. Rodeville-Hermann, *L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil Constitutionnel et la Cour de Justice des Communautés Européennes* : *Rev. Dr. Pub.*, 1989, p. 1735).

refusant de demander au parquet de procéder à une enquête publique : le ministre sera alors obligé, en vertu de la force exécutoire du jugement, de demander au parquet d'ouvrir une telle enquête.

Toutefois, l'annulation de la décision visant à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles n'a pas les mêmes conséquences. Dans ce cas, en effet, le juge administratif peut statuer non seulement sur la légalité de la décision mais aussi sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Son jugement produit-il des effets à l'encontre du juge répressif compétent ? Autrement dit, l'autorité absolue de la chose jugée du jugement de l'annulation lie-t-elle le juge répressif ? La réponse est négative. Le jugement d'annulation, s'il produit un effet absolu, ne produit cet effet qu'en ce qui concerne la légalité de l'acte administratif¹ ; les constatations de fait retenues par le juge administratif, quant à elles, ne s'imposent pas au juge répressif, qui applique des modes de preuve différents de ceux employés devant le juge administratif. En outre, les constatations de fait n'ont qu'une place assez restreinte dans un arrêt d'annulation².

¹ C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, op. cit., p. 289.

² Il est assez rare de trouver dans la jurisprudence judiciaire des exemples d'utilisation d'un arrêt d'annulation, non pas dans la sentence qu'il exprime, mais dans les constatations qu'il effectue. C'est là une différence essentielle avec les exemples d'utilisation par le juge administratif des jugements des tribunaux pénaux. Cette différence s'explique aisément : alors que les constatations de fait sont la partie fondamentale du jugement pénal, elles n'ont qu'une place assez effacée dans un arrêt d'annulation. (C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, op. cit., p. 290).

Le juge répressif s'avère également indépendant par rapport aux constatations de fait effectuées par un autre juge répressif. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation égyptienne illustre ce principe en énonçant que « *le juge doit rendre son jugement en pleine liberté, sur la base de son intime conviction et sans être lié par le contenu d'un jugement précédent rendu par un autre juge dans un autre procès contre le même accusé. Le juge répressif est indifférent à la contradiction qui peut découler de son jugement et d'un jugement précédent* »³. Aussi ne sera-t-il pas surprenant qu'il refuse de prendre en considération les constatations de fait retenues par un juge appartenant à un ordre de juridiction différent, celui de la juridiction administrative. La règle est donc la liberté totale du juge répressif à l'égard du juge administratif.

B – Le juge pénal a statué le premier sur l'affaire

Si le juge pénal a rendu un jugement, revêtu de l'autorité de la chose jugée, avant que le juge administratif ne statue sur la question de la légalité de l'ordre de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles (soit immédiatement, soit dans un délai déterminé) édicté par le Conseil de la concurrence, le juge administratif sera-t-il lié par la sentence pénale ? Pour répondre à cette question, nous devons distinguer deux cas : le cas d'un jugement d'acquiescement (1) et celui d'un jugement de condamnation (2).

³ Crim., 28 sept. 1998, aff. n° 13909/62 ; Crim., 24 mai 1993, aff. n° 16145/59.

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN

1 – Jugement d’acquiescement

Le jugement d’acquiescement peut être prononcé au bénéfice du doute (a) ou se fonder sur l’inexistence de faits matériels (b).

a) Les décisions rendues au bénéfice du doute

En ce qui concerne les décisions rendues au bénéfice du doute, la position de la jurisprudence égyptienne est tout à fait semblable à celle de la jurisprudence française. La règle est l’autonomie du juge administratif dans ses relations avec le juge répressif. Les décisions d’acquiescement ne s’imposent pas au juge administratif¹. La Haute Cour administrative applique cette règle en matière disciplinaire : « *La Cour disciplinaire est tenue de prendre en considération l’autorité de la chose jugée d’un jugement pénal d’acquiescement fondé sur l’inexactitude de faits ou leur non imputabilité au fonctionnaire. Cependant, cette autorité ne lie pas la Cour disciplinaire si le jugement d’acquiescement était fondé sur l’insuffisance de preuves ou le bénéfice du doute* »². La même règle peut être appliquée dans le domaine de l’annulation d’actes administratifs pour excès de pouvoir. Il est acquis que si les faits constatés par le juge pénal et qui commandent nécessairement le dispositif d’un jugement ayant acquis la force de la chose jugée s’imposent à l’administration, comme au juge

¹ CE, 11 mai 1956, *Chomat* ; J. Rodeville-Hermann, *op. cit.*, p. 1758.

² Haute Cour administrative, 27 jan. 1990, aff. n° 1494/33.

administratif, la même autorité ne saurait s’attacher aux motifs d’un jugement de relaxe tirés de ce que les faits reprochés ne sont pas établis ou de ce qu’un doute subsiste sur leur réalité³.

b) Les décisions fondées sur l’inexistence de faits matériels

Le juge répressif pourra également dénier l’existence de certains faits. Les constatations négatives s’imposeront alors, au même titre que les constatations positives, au juge administratif⁴. Les décisions d’acquiescement fondées sur l’inexistence de faits matériels sont revêtues de l’autorité absolue de la chose jugée à l’égard du juge administratif, ce dernier étant lié par la qualification juridique des faits effectuée par le juge répressif. La lecture des décisions de la Haute Cour administrative montre bien que la juridiction administrative a accepté d’être liée par les décisions du juge répressif en ce qui concerne les décisions d’acquiescement basées sur l’inexistence de faits, faits constituant le fondement de la décision administrative en cause⁵. Elle a rendu le 9 mai 1993

³ CE, 30 avr. 2003, *Société Sogevindes*, aff. n° 183547 ; Juris-Data n° 2003-065517, Régis de Castelnaud, *Autorité des décisions judiciaires en matière administrative* : *JCL. adm.*, 2004, Fasc. 1068, n° 37.

⁴ Régis de Castelnaud, *Autorité des décisions judiciaires en matière administrative*, *op. cit.*, n° 31.

⁵ Position semblable de la jurisprudence française : v. CE, Ass., 8 janvier 1971, *Ministre de l’intérieur c. Dame Desamis*. Concl. Théry, J., *AJDA*, mai 1971, p. 297. Cet arrêt détermine le principe suivant : « *si en principe, l’autorité de la chose jugée au pénal ne s’impose aux autorités et juridictions administratives qu’en ce qui concerne les constatations de fait que les juges ont retenues*

deux arrêts illustrant cette position en affirmant que les décisions d'acquiescement ont la même autorité aussi bien à l'égard des juridictions civiles qu'à l'égard des juridictions administratives, spécialement quant à l'existence des faits et à la culpabilité de celui à qui ces faits sont imputés. La Cour a ainsi précisé que « *le fait que le jugement d'acquiescement ait statué sur l'inexistence des faits constituant le fondement de la décision administrative attaquée rend cette dernière dépourvue de base légitime* »¹.

2 – Jugement de condamnation

Le juge administratif est tenu par les constatations de fait ayant abouti à une condamnation par une juridiction répressive², mais procédera, sauf exception particulière, à sa propre qualification des faits³.

et qui sont le support nécessaire de leurs décisions, il en est autrement lorsque la légalité d'une décision administrative est subordonnée à la condition que les faits qui lui servent de fondement constituent une infraction pénale ; que dans cette dernière hypothèse, l'autorité de la chose jugée s'étend exceptionnellement à la qualification juridique donnée aux faits par le juge pénal ».

¹ Haute Cour administrative, 9 mai 1993, aff. n° 3586/32 ; Haute Cour administrative, 9 mai 1993, aff. n° 786/32.

² J. Rodeville-Hermann, *L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil Constitutionnel et la Cour de Justice des Communautés Européennes*, op. cit., p. 1753.

³ CE, 27 juillet 2005, aff. n° 259111.

Conclusion

Le législateur égyptien a choisi de confier le contrôle des décisions de l'autorité de la concurrence à la juridiction administrative⁴, le pouvoir de sanction à la juridiction correctionnelle sous le contrôle de la Cour de cassation⁵, et le rôle d'expert auprès de ces juridictions au Conseil de la concurrence. Ce statut permet à la juridiction administrative d'élaborer directement la politique de la concurrence à travers son contrôle en créant, en pratique, un conflit avec la juridiction compétente dans ce domaine.

C'est la raison pour laquelle le législateur devra écarter, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence de la compétence du juge administratif, en unifiant les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé, et en transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence de la juridiction administrative à la même juridiction judiciaire qui examine les pratiques anticoncurrentielles⁶. Parce

⁴ V. le procès-verbal du Parlement égyptien durant les délibérations de la loi sur la concurrence, *JO égyptien – éd. Parlementaire*, n° 27 du 12 fév. 2005, p. 41.

⁵ Article 22 de la loi égyptienne sur la concurrence.

⁶ En France, le Conseil constitutionnel a admis la compétence du juge judiciaire pour traiter des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence : Cons. const., 23 janv. 1987, *JO* du 25 Janvier 1987, *AJDA*, 1987, p. 345, note Chevallier ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *RFD adm.* 1987, p. 287, note B. Genevois et p. 301, note L. Favoreu ; *D.* 1988, p.

LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN

que le principe de la sécurité juridique exige l'existence d'un droit objectif et impartial, ayant une certaine constance et une certaine stabilité. Cependant, la lenteur de la justice peut décourager les victimes et les dissuader de contester les décisions ou les pratiques contraires aux principes de la concurrence.

117, note F. Luchaire ; *JCP* 1987, éd. G, II, 20854, note J.-F. Sestier.

C'est la raison pour laquelle il est indispensable de bénéficier de procédures rapides, afin de donner un plein effet dissuasif aux décisions juridictionnelles et mettre rapidement fin aux pratiques anticoncurrentielles¹.

¹ *Le rôle du pouvoir judiciaire dans l'application du droit et de la politique de la concurrence*, document issu du travail présenté à la cinquième conférence des Nations Unies et visant à étudier l'ensemble des principes et des règles d'équité convenus au niveau multilatéral à propos du contrôle des pratiques commerciales restrictives, Turquie, 2005, p. 8.

INDEX THÉMATIQUE

Accident de la circulation, 185 s.

Action paulienne, 156 s.

Adresse IP, 231

Appel, 224 s.

Assurance, 163, 169

Assurance-vie, 216

Autorité parentale, 199 s.

Bail, 168

Brevet, 234

Clause

- pénale : 151, 152

- résolutoire : 152, 153

Clés, 168

Concurrence, 244 s.

Conseil (devoir), 236 s.

Convention (effet relatif), 153

Copropriété, 221

Critiques, 175

Déclaration sur l'honneur, 211

Désintérêt, 200

Divorce, 210 s.

Dommages et intérêts, 151

Enfant (responsabilité), 178

Enrichissement sans cause, 164

Erreur, 201

Expertise biologique, 197, 198

Filiation, 197 s., 210

Incapacité, 213 s.

Indemnité d'occupation, 212

Indivision, 220

Juge

- administratif, 244 s.

- pénal, 250 s.

Legs, 215

Lésion, 167

Libéralités, 216 s.

Licence de taxi, 209

Mandataire, 214

Mariage

- communauté, 209

- communauté universelle, 215

- erreur, 201

- nullité, 195, 201

- séparation de biens, 209

Mensonge, 206

Mineur, 178, 213

Mise en état, 226 s.

Nationalité, 195

Nom, 194

Nouveau-né, 230

Perte d'une chance, 173

Prescription acquisitive, 218

Présomptions, 180 s.

Presse, 175

Prestation compensatoire, 210

Produits défectueux, 180 s.

Professionnels du droit, 236 s.

Propriété, 218 s.

Quasi-contrats, 164

Recours

- excès de pouvoir, 249
- révision, 211

Rente viagère, 153

Sauvegarde de justice, 214

Solidarité, 158

Subrogation, 161

Succession, 214 s.

Téléchargement, 231

Testament, 216

Transaction, 153 s.

Tuteur, 213

Vaccin, 180 s.

Vente, 166

Vie privée, 194

Virginité, 201 s.

Visa biométrique, 232

INDEX PAR DÉCISIONS

AVRIL 2008

- 1 Com.**, 07-11.911, F-P+B p. **157**
- 1 TGI Lille** p. **201**
- 2 Civ. 1^{ère}**, 06-10.256, FS-P+B+I p. **198**
- 2 Civ. 1^{ère}**, 07-11.254, FS-P+B+R+I **214**
- 2 Civ. 1^{ère}**, 07-11.639, FS-P+B+I p. **198**
- 2 Civ. 1^{ère}**, 07-13.509, F-P+B p. **209**
- 2 Civ. 1^{ère}**, 07-13.704, F-D p. **200**
- 2 Civ. 1^{ère}**, 07-13.756, F-D p. **200**
- 4 AP**, 07-14.523, P+B+R+I p. **153**
- 9 Civ. 3^{ème}**, 07-12.268, FS-P+B+I p. **221**
- 9 Civ. 3^{ème}**, 07-13.236, FS-P+B+I p. **223**
- 10 Civ. 1^{ère}**, 06-17.990, F-D p. **158**
- 10 Civ. 2^{ème}**, 06-16.725, F-P+B p. **216**
- 10 Civ. 2^{ème}**, 07-12.250, F-D p. **185**
- 16 Civ. 1^{ère}**, 06-16.662, F-P+B p. **214**
- 16 Civ. 1^{ère}**, 06-21.230, F-D p. **175**
- 16 Civ. 1^{ère}**, 07-10.663, F-P+B p. **213**
- 16 Civ. 1^{ère}**, 07-11.273, F-P+B p. **199**
- 16 Civ. 1^{ère}**, 07-16.105, F-P+B p. **209**
- 16 Civ. 1^{ère}**, 07-17.146, F-D p. **212**
- 16 Civ. 1^{ère}**, 07-17.652, FS-P+B+I **210**
- 17 Civ. 2^{ème}**, 07-14.034, FS-D p. **186**

MAI 2008

- 7 Civ. 1^{ère}**, 07-12.126, F-P+B p. **194**
- 7 Civ. 2^{ème}**, 07-14.784, FS-P+B p. **226**
- 7 Civ. 3^{ème}**, 07-13.409, FS-P+B p. **222**
- 14 Com.**, 07-11.036, F-P+B p. **226, 228**
- 14 Soc.**, 07-40.946 à 07-41.061, FS-P+B p. **153**
- 15 Civ. 1^{ère}**, 06-19.535, FS-P+B+I **215**
- 15 Civ. 1^{ère}**, 06-20.822, FS-P+B p. **212**
- 15 Civ. 1^{ère}**, 07-14.076, F-P+B p. **196**
- 15 Civ. 1^{ère}**, 07-16.226, F-P+B p. **215**
- 15 Civ. 1^{ère}**, 07-17.645, F-P+B p. **220**
- 15 Civ. 2^{ème}**, 07-11.214, F-D p. **190**
- 15 Civ. 2^{ème}**, 07-13.695, FS-D p. **191**
- 21 Civ. 3^{ème}**, 07-12.848, FS-P+B p. **152**
- 21 Civ. 3^{ème}**, 06-20.587, FS-P+B p. **222**
- 21 Civ. 3^{ème}**, 06-21.530, FS-P+B p. **222**
- 22 Civ. 1^{ère}**, 05-10.593, Inédit **180, 184**
- 22 Civ. 1^{ère}**, 05-20.317, FS-P+B+R+I p. **180, 183**
- 22 Civ. 1^{ère}** 05-21.822 FS-P+B+R+I **169**
- 22 Civ. 1^{ère}**, 06-10.967, FS-P+B+R+I p. **180, 183**

JUIN 2008

- 22 Civ. 1^{ère}**, 06-14.952, FS-P+B+R+I
p. 180, 181
- 22 Civ. 1^{ère}**, 06-15.486, FS-P+B **p. 152**
- 22 Civ. 1^{ère}**, 06-18.848, Inédit **p. 180,**
184
- 28 Civ. 1^{ère}**, 07-13.095, F-D **p. 156**
- 28 Civ. 1^{ère}**, 07-13.437, F-P+B **p. 161**
- 28 Civ. 1^{ère}**, 07-14.066, F-P+B **p. 216**
- 28 Civ. 1^{ère}**, 07-15.037, FS-P+B+I **p.197**
- 28 Civ. 3^{ème}**, 06-20.403, FS-P+B **p. 159**
- 3 Com.**, 07-15.380, F-D **p. 166**
- 4 Civ. 3^{ème}**, 07-13.479, FS-P+B **p. 167**
- 11 Civ. 1^{ère}**, 06-20.104, F-P+B **p. 161**
- 11 Civ. 1^{ère}**, 07-13.512, F-P+B **p. 195**
- 11 Civ. 1^{ère}**, 07-14.954, F-D **p. 153**
- 11 Civ. 1^{ère}**, 07-14.959, F-P+B **p. 196**
- 12 Civ. 2^{ème}**, 07-15.962, FS-P+B **p. 211**
- 19 Civ. 2^{ème}**, 07-12.533, FS-P+B **p. 178**
- 19 Civ. 2^{ème}**, 07-16.295, F-D **p. 173**
- 25 Civ. 1^{ère}**, 06-19.556, FS-P+B **p. 164**
- 25 Civ. 1^{ère}**, 07-13.438, F-P+B **p. 217**
- 25 Civ. 3^{ème}**, 07-14.341, FS-P+B **p. 168**
- 25 Civ. 3^{ème}**, 07-14.649, FS-P+B **p. 218**
- 25 CA Paris p. 232**

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----|
| SOMMAIRE | 148 |
| ÉDITORIAL | 150 |
| JURISPRUDENCE : OBLIGATIONS | 151 |
| § 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général | 151 |
| I – Effets des obligations..... | 151 |
| A – Dommages et intérêts résultant de l’inexécution de l’obligation | 151 |
| B – Effet des conventions à l’égard des tiers | 153 |
| 1 – Effet relatif des conventions..... | 153 |
| 2 – Action paulienne | 156 |
| II – Des diverses espèces d’obligations : obligations solidaires..... | 158 |
| III – De l’extinction des obligations : paiement avec subrogation..... | 161 |
| § 2 – Quasi-contrats | 164 |
| JURISPRUDENCE : CONTRATS SPÉCIAUX | 166 |
| § 1 – Contrat de vente | 166 |
| I – Vente ou entreprise ? | 166 |
| II – Rescission pour lésion..... | 167 |
| § 2 – Contrat de bail | 168 |
| § 3 – Contrat d’assurance | 169 |
| JURISPRUDENCE : RESPONSABILITÉ | 173 |
| § 1 – Responsabilité pour faute | 173 |
| I – Perte d’une chance | 173 |
| II – Critiques émises par voie de presse | 175 |
| § 2 – Responsabilité du fait d’autrui | 178 |
| § 3 – Responsabilité du fait des choses | 180 |
| I – Régime général [...] | 180 |
| II – Régimes spéciaux | 180 |
| A – Responsabilité du fait des produits défectueux | 180 |
| B – Responsabilité du fait des accidents de la circulation..... | 185 |

| | |
|--|---------|
| JURISPRUDENCE : PERSONNES – FAMILLE | 193 |
| § 1 – La personne | 194 |
| I – Des droits civils : respect de la vie privée..... | 194 |
| II – De la nationalité française | 195 |
| A – Modes d’acquisition de la nationalité française | 195 |
| 1 – Acquisition de la nationalité française à raison du mariage | 195 |
| 2 – Acquisition de la nationalité française par déclaration de nationalité..... | 196 |
| B – Effets de l’acquisition de la nationalité française | 196 |
| § 2 – L’enfant | 197 |
| I – Filiation et expertise biologique | 197 |
| II – De l’autorité parentale | 199 |
| III – Responsabilité du mari et père pour désintérêt | 200 |
| § 3 – Le couple | 201 |
| I – Mariage..... | 201 |
| A – Demande en nullité du mariage..... | 201 |
| B – Contrat de mariage et régimes matrimoniaux..... | 209 |
| 1 – Du régime en communauté | 209 |
| 2 – De la séparation de biens..... | 209 |
| II – Divorce | 210 |
| A – Prestation compensatoire..... | 210 |
| B – Demande de paiement des indemnités d’occupation | 212 |
| § 4 – Les incapables | 213 |
| I – Mineurs | 213 |
| II – Majeurs protégés | 214 |
| § 5 – Successions et libéralités | 214 |
| I – Successions | 214 |
| II – Libéralités..... | 216 |
| JURISPRUDENCE : DROIT DES BIENS | 218 |
| § 1 – Propriété individuelle : prescription acquisitive | 218 |
| § 2 – Propriété collective | 220 |
| I – Indivision | 220 |
| II – Copropriété..... | 221 |
| JURISPRUDENCE : PROCÉDURE CIVILE | 224 |
| § 1 – Actualité : le rapport Magendie II ou la procédure civile de demain | 224 |
| I – La conception modernisée de l’appel | 225 |
| II – La procédure modernisée de l’appel..... | 225 |
| § 2 – Jurisprudence | 226 |

| | |
|--|-----|
| JURISPRUDENCE : PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE | 230 |
| § 1 – Technologies de l’information et de la communication | 230 |
| Informatique et libertés – Protection des données personnelles | 230 |
| I – Panorama jurisprudentiel | 230 |
| A – Antivols pour nouveau-nés..... | 230 |
| B – Téléchargement illégal et collecte d’adresses IP | 231 |
| C – Suite de l’affaire note2be.com..... | 232 |
| II – Les nouveaux visas biométriques..... | 232 |
| § 2 – Droit de brevet | 234 |
| États-Unis : la brevetabilité des méthodes commerciales remise en cause | 234 |

| | |
|---|-----|
| RÉSUMÉ DE MÉMOIRE : LE DEVOIR DE CONSEIL DES PROFESSIONNELS DU DROIT | 236 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| I – La définition du devoir de conseil des professionnels du droit | 236 |
| A – Une définition substantielle du devoir de conseil des professionnels du droit..... | 237 |
| B – Une définition fonctionnelle du devoir de conseil des professionnels du droit..... | 238 |
| II – Le contenu jurisprudentiel du devoir de conseil des professionnels du droit | 239 |
| A – Un glissement apparent vers un devoir de conseil illimité..... | 239 |
| B – Les bornes nécessaires au devoir de conseil..... | 241 |
| Conclusion | 242 |

| | |
|---|-----|
| ARTICLE DE DROIT COMPARÉ : LE POUVOIR DU JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX PRATIQUES ANTI-CONCURRENTIELLES : ÉTUDE EN DROIT ÉGYPTIEN | 244 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| I – Les procédures d’enquête devant l’autorité égyptienne de la concurrence | 246 |
| A – Le déclenchement de l’enquête | 246 |
| B – Le déroulement de l’enquête | 247 |
| C – Le dénouement de l’enquête..... | 247 |
| 1 – Les mesures non décisives prises par l’autorité de la concurrence : | 248 |
| a) Par le Conseil de la concurrence : | 248 |
| b) Par le ministre compétent : | 249 |
| 2 – Les décisions qui sont susceptibles de faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir : | 249 |
| a) Les décisions rendues par le Conseil de la concurrence : | 249 |
| b) Les décisions rendues par le ministre compétent :..... | 250 |

| | |
|--|-----|
| II – L'intervention du juge de l'excès de pouvoir : les relations entre le juge administratif et le juge pénal | 250 |
| A – Le juge administratif s'est prononcé le premier sur la légalité des décisions rendues par l'autorité de la concurrence | 251 |
| B – Le juge pénal a statué le premier sur l'affaire | 252 |
| 1 – Jugement d'acquittement | 253 |
| a) Les décisions rendues au bénéfice du doute..... | 253 |
| b) Les décisions fondées sur l'inexistence de faits matériels | 253 |
| 2 – Jugement de condamnation | 254 |
| Conclusion | 254 |

| | |
|-------------------------------|-----|
| INDEX THÉMATIQUE | 256 |
|-------------------------------|-----|

| | |
|----------------------------------|-----|
| INDEX PAR DÉCISIONS | 258 |
|----------------------------------|-----|

| | |
|---------------------------------|-----|
| TABLE DES MATIÈRES | 260 |
|---------------------------------|-----|