

université  
PARIS-SACLAY

FACULTÉ  
JEAN MONNET  
DROIT-ÉCONOMIE-GESTION

# Introduction au droit

## Fiches de travaux dirigés

Année universitaire 2023-2024

L1 (division A), 1<sup>er</sup> semestre

Cours de Madame Julie GROFFE-CHARRIER

## Propos introductifs

*Vous avez fait le choix d'un cursus riche et exigeant, et je vous en félicite. Afin de mettre toutes les chances de votre côté dès le départ, vous trouverez ci-dessous quelques conseils généraux qui vous permettront d'organiser votre travail.*

### Assister au cours magistral et être assidu en TD

Il arrive que certains étudiants désertent les amphithéâtres en première année, au prétexte que l'assiduité en cours n'est pas obligatoire à la Faculté. C'est une erreur à ne pas commettre si vous voulez réussir : le cours magistral vous fournit en effet les connaissances requises dans la matière concernée et vous permet d'avoir une vision d'ensemble. S'il est impératif de vous familiariser le plus rapidement possible avec les manuels (*cf infra*), le fait d'assister au cours magistral est donc une condition essentielle à votre succès. En d'autres termes, vous complétez et approfondissez vos connaissances – acquises grâce au cours dispensé en amphithéâtre – par la consultation des manuels, mais vous ne pouvez vous priver du cours si vous voulez mettre toutes les chances de votre côté. C'est aussi en assistant au cours magistral que vous préparerez au mieux les séances de travaux dirigés.

Contrairement au cours magistral, la présence à toutes les séances de travaux dirigés est absolument obligatoire : il n'existe nul « joker » ou « droit à » l'absence en ce domaine. Il vous appartient donc de justifier vos absences : c'est votre chargé de travaux dirigés qui en appréciera la réalité et le sérieux. En tout état de cause, face à une absence non justifiée ou avec une justification obscure (rendez-vous médical sans certificat, etc.), votre chargé de travaux dirigés est fondé à prendre la sanction qu'il juge adaptée et qui se traduit par une déduction de deux points par absence non justifiée sur votre moyenne finale de travaux dirigés. Autrement dit, l'assiduité joue un rôle essentiel dans la note : l'étudiant qui obtiendrait 14/20 de moyenne en TD mais qui aurait trois absences non justifiées (ou pour lesquelles les motifs invoqués sont spécieux) se retrouverait finalement avec une moyenne de 8/20.

Il faut profiter autant que possible du cadre de travail offert par les séances de travaux dirigés. Contrairement à l'amphithéâtre où se déroule le cours magistral et où vous êtes des centaines, les TD se déroulent avec des effectifs réduits, ce qui permet à votre chargé de travaux dirigés de vous connaître, de vous entendre et de vous évaluer sur le long terme. Pour que les séances vous soient profitables, il convient que vous ayez préparé, en amont (en vous fondant sur le cours magistral et sur les manuels), les thèmes de la séance et lu tous les documents de la fiche. Ce n'est qu'à cette condition que vous pourrez profiter des travaux dirigés pour vous améliorer. Le TD n'est pas un « cours bis », mais un lieu d'approfondissement des connaissances déjà acquises. Vous aurez donc du travail à faire pour chaque séance : à cet égard, vous êtes tenus de vous présenter à chaque TD avec une copie susceptible d'être ramassée par votre chargé de TD. La copie n'est pas obligatoirement manuscrite, l'important étant que vous puissiez remettre votre travail au début de la séance (aucun envoi ultérieur ne sera accepté, pas plus qu'une remise postérieure au TD ou qu'une remise de clé USB...). Votre maîtrise de la langue (orthographe, syntaxe) sera également évaluée au moment de vous attribuer une note. Une copie polluée par un langage non maîtrisé devient rapidement incompréhensible pour le lecteur.

Attention : vous devez réaliser un travail personnel. Si vous rendez un devoir sous forme de « copier-coller » ou un devoir identique à l'un de vos camarades, le chargé de travaux dirigés vous mettra automatiquement 0, ce qui vous pénalisera. Soyez confiants dans vos capacités. Vous découvrirez par ailleurs très vite que les contenus récupérés sur internet sont bien souvent de médiocre qualité.

Le déroulement des séances de travaux dirigés : votre chargé de travaux dirigés peut débiter par un rappel de cours sur les thèmes de la séance. Il s'agit ensuite de s'intéresser rapidement aux documents reproduits. Votre chargé de travaux dirigés vous interrogera (de manière volontaire ou imposée). Les interrogations orales peuvent prendre des formes diverses (questions sur le cours, sur un document, fiche d'arrêt à restituer à l'oral, etc.). Un temps important sera également consacré à la méthodologie (lecture des arrêts, fiches d'arrêt, cas pratique, dissertation, utilisation du Code). C'est là un point essentiel qui déterminera en partie votre réussite future.

Vous serez tous ramassés au moins une fois dans le semestre (sur les consignes relatives aux copies à rendre, *cf supra*). C'est votre chargé de travaux dirigés qui désigne, de manière imposée et au début de chaque séance, après l'appel, les étudiants dont les copies seront ramassées. Vous obtiendrez une note sur 10 pour ce devoir maison. Si vous n'avez pas fait votre travail, il faut en avertir votre chargé de TD lorsqu'il fait l'appel : si vous attendez la désignation des étudiants dont le travail est ramassé pour vous manifester, cela équivaut à un travail non fait (0/20).

Vous aurez une interrogation en séance.

La moyenne de travaux dirigés sera calculée ainsi :

**note de l'interrogation (/20) + devoir maison (/10) + note de participation (/10)**

Vous obtenez une note sur 40, qui sera divisée par deux pour établir votre note de TD sur 20. La participation orale permettra la pondération de la note (attention, un étudiant qui ne participe pas verra donc *de facto* sa note de TD baisser).

Choisir ses ouvrages

L'acquisition d'ouvrages juridiques peut rapidement grever un budget étudiant. Rappelez-vous, à cet égard, que vous trouverez, dans les rayons de la bibliothèque universitaire de la Faculté, de précieuses références. Certaines acquisitions demeurent cependant utiles, afin de faciliter votre travail quotidien.

- **Un code civil** : peu importe l'éditeur que vous choisirez (Dalloz ou Litec), il est essentiel de vous familiariser avec « l'objet » et d'apprendre à l'utiliser de la manière la plus efficiente possible.

- **Un vocabulaire juridique** : l'ouvrage vous accompagnera durant toutes vos études, à condition de bien le choisir. Vous devez l'avoir avec vous pour chaque préparation de séance. Cherchez tous les mots dont le sens vous échappe. Parmi les nombreuses références, voici sans doute l'ouvrage clé : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, PUF, coll. Quadrige, 14<sup>e</sup> éd., 2022.

- **Un manuel** : il ne sert à rien de multiplier les ouvrages. Mieux vaut acheter un seul manuel (ce qui ne vous empêche nullement de consulter les autres en bibliothèque, bien au contraire...), avec lequel vous vous sentirez à l'aise. Feuillotez les différentes références avant de faire votre choix et retenez celui dont le ton et la présentation vous conviennent le mieux.

Voici quelques exemples de titres (la liste étant naturellement non exhaustive). Par ailleurs, pour les ouvrages dont la dernière édition est plus ancienne, attention à actualiser les développements avec un autre manuel à jour :

- Ch. Albiges, *Introduction au droit*, Bruylant, 8<sup>e</sup> éd., 2022.
- J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 18<sup>e</sup> éd., 2020.
- B. Beignier, C. Bléry, A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ, Cours, 8<sup>e</sup> éd. 2022.
- J.-S. Bergé et P. Courbe, *Introduction générale au droit*, Dalloz Mémentos, 17<sup>e</sup> éd., 2021.
- R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz cours, 15<sup>e</sup> éd., 2023.
- G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 13<sup>e</sup> éd., 2007.
- P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuels, 6<sup>e</sup> éd., 2021.
- M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit, Cours et méthodologie*, PUF, Themis, 2<sup>e</sup> ed., 2012.
- J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale*, par J. Ghestin, H. Barbier et J.-S. Bergé, L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2018.
- J.-L. Halpérin, *Introduction au Droit en dix thèmes*, Dalloz, Séquence, 3<sup>e</sup> éd., 2021.
- C. Larroumet, *Droit civil, Tome I : Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 6<sup>e</sup> éd., 2013.
- Ph. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2022.
- Ph. Malinvaud, N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 22<sup>e</sup> éd., 2022.
- N. Molfessis et F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 14<sup>e</sup> éd., 2022.

Enfin, il ne faut pas hésiter à consulter les revues juridiques (pensez à l'accès à distance). Celles-ci vous seront très précieuses, notamment lorsque vous chercherez à comprendre certains arrêts : il faut vous familiariser avec les notes et observations écrites par la doctrine.

### **Avoir conscience du changement de numérotation d'un grand nombre d'articles du Code civil :**

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a profondément remanié la numérotation des dispositions du Code civil. Dès lors, lorsque des arrêts et travaux antérieurs à la réforme évoquent certaines dispositions, la numérotation peut avoir changé depuis. Soyez vigilants et munissez-vous d'un tableau de concordance (disponible sur le site de Legifrance, et présent dans votre Code civil).



## Fiche 1. Définir le Droit

### Thèmes de la séance :

- La notion de Droit
- Droit et morale, Droit et convictions religieuses, Droit et mœurs sociales
- L'obligation naturelle
- Découverte du vocabulaire juridique

### Documents :

Doc. 1 : Discours préliminaire de Portalis sur le premier projet de Code civil

Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2006, *Bull. civ.* I, n° 428

Doc. 2 bis : J. Hauser, obs. sur Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 98

Doc. 2 ter : J.-J. Ansault, obs. sur Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2006, *RLDC* 2006, n° 33, p. 43-44

Doc. 3 : Civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 2022, n° 20-23.436

Doc. 4 : TGI Lille, 4 janv. 2000, et obs. P. Labbé, *D.* 2001, p. 1503

Doc. 5 : S. de La Touanne, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières », *Dalloz. Actu.*, 14 avr. 2021

### Travail de l'étudiant :

Répondez par écrit aux questions suivantes :

- Définissez l'obligation naturelle. Les conditions permettant sa prise en compte par le Droit vous semblent-elles opportunes ?
- En vous fondant sur le document 5, vous ferez une synthèse des rapports pouvant exister entre le Droit et la morale et de la façon dont le juriste (notamment le juge) peut prévenir les risques d'une confusion.

*En séance, votre chargé de travaux dirigés vous expliquera l'importance du vocabulaire juridique, éventuellement en prenant appui sur les termes techniques figurant dans l'arrêt reproduit dans le document 2. Surtout, il vous expliquera le sens des termes suivants, qui doivent être employés avec précision. Attention, lorsque les termes vont de pair ci-dessous, ceux-ci ne doivent pas être confondus :*

- *une disposition/une stipulation*
- *un jugement/un arrêt*
- *un demandeur/un défendeur*
- *une saisine*
- *un pourvoi*
- *la motivation*
- *le dispositif*
- *débouter*

## **Doc. 1 : Discours préliminaire de Portalis sur le premier projet de Code civil**

Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compro-mettraient-la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite.

Dans les états despotiques, où le prince est propriétaire de tout le territoire, où tout le commerce se fait au nom du chef de l'État et à son profit, où les particuliers n'ont ni liberté, ni volonté, ni propriété, il y a plus de juges et de bourreaux que de lois ; mais partout où les citoyens ont des biens à conserver et à défendre, partout où ils ont des droits politiques et civils, partout où l'honneur est compté pour quelque chose, il faut nécessairement un certain nombre de lois pour faire face à tout. Les diverses espèces de biens, les divers genres d'industrie, les diverses situations de la vie humaine, demandent des règles différentes. La sollicitude du législateur est obligée de se proportionner à la multiplicité et à l'importance des objets sur lesquels il faut statuer. De là, dans les codes des nations policées, cette prévoyance scrupuleuse qui multiplie les cas particuliers, et semble faire un art de la raison même. Nous n'avons donc pas cru devoir simplifier les lois au point de laisser les citoyens sans règles et sans garantie sur leurs plus grands intérêts.

Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ?

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires. Ce reproche peut être fondé. Mais dans quel art, dans quelle science ne s'est-on pas exposé à le mériter ? Doit-on accuser une classe particulière d'hommes de ce qui n'est qu'une maladie générale de l'esprit ? Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire parce qu'on en a trop.

Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence. On n'hésitera point à le croire, si l'on réfléchit sur les fils innombrables qui lient les citoyens, sur le développement et la progression successive des objets dont le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de s'occuper, sur le cours des événements et des circonstances qui modifient de tant de manières les relations sociales ; enfin sur l'action et la réaction continue de toutes les passions et de tous les intérêts divers. Tel blâme les subtilités et les commentaires, qui devient, dans une cause personnelle, le commentateur le plus subtil et le plus fastidieux.

Il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois.

Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de la loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie ; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes. Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations.

Le peuple, dit-on, ne peut dans ce dédale démêler ce qu'il doit éviter où ce qu'il doit faire pour avoir la sûreté de ses possessions et de ses droits.

Mais le code même le plus simple serait-il à la portée de toutes les classes de la société ? Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens ? Ne faut-il pas une certaine expérience pour faire une sage application des lois ? Quelle est d'ailleurs la nation à laquelle des lois simples et en petit nombre aient longtemps suffi ?

Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la -portée du moindre citoyen.

Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature.

Il est trop heureux qu'il, y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour qu'il y ait en quelque sorte nécessité de juger aujourd'hui comme on a jugé hier, et qu'il n'y ait d'autres variations dans -les jugements publics, que celles qui sont amenées par le progrès des lumières et par la force des circonstances.

Il est trop heureux que la nécessité on est le juge de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui soient purement à son caprice ou à sa volonté.

En Turquie, où la jurisprudence n'est point un art, où le bacha peut prononcer comme il la veut, quand des ordres supérieurs ne le gênent pas, on voit les justiciables ne demander et recevoir justice qu'avec effroi. Pourquoi n'a-t-on pas les mêmes inquiétudes auprès de nos juges ? C'est qu'ils sont rompus aux affaires, qu'ils ont des lumières, des connaissances, et qu'ils se croient sans cesse obligés de consulter celles des autres. On ne saurait comprendre combien cette habitude de science et de raison adoucit et règle le pouvoir.

Pour combattre l'autorité que nous reconnaissons dans les juges, de statuer sur les choses qui ne sont pas déterminées par les lois, on invoque le droit qu'a tout citoyen de n'être jugé que d'après une loi antérieure et constante.

Ce droit ne peut être méconnu. Mais, pour son application, il faut distinguer les matières criminelles d'avec les matières civiles.

Les matières criminelles, qui ne roulent que sur certaines actions, sont circonscrites : les maures civiles ne le sont pas. Elles embrassent indéfiniment toutes les actions et tous les intérêts compliqués et variables qui peuvent devenir un objet de litige entre des hommes vivant en société. Conséquemment, les matières criminelles peuvent devenir l'objet d'une prévoyance dont les matières civiles ne sont pas susceptibles.

En second lieu, dans les matières civiles, le débat existe toujours entre deux ou plusieurs citoyens. Une question de propriété, ou toute autre question semblable ne peut rester indécise entre eux. On est forcé de prononcer ; de quelque manière que ce soit, il faut terminer le litige. Si les parties ne peuvent pas: accorder elles-mêmes, que fait alors L'État ? Dans l'impossibilité de leur donner des lois sur tous les objets, il leur offre, dans le magistrat public, un arbitre éclairé et impartial dont la décision les empêche d'en venir aux mains, et leur est certainement plus profitable qu'un litige prolongé, dont elles ne pourraient prévoir ni les suites ni le terme. L'arbitre apparent de l'équité vaut encore mieux que le tumulte des passions.

Mais dans les matières criminelles, le débat est entre le citoyen et le public. La volonté du public ne peut être représentée que par celle de la loi-Le citoyen dont les actions ne violent point la

loi, ne saurait donc être inquiété ni accusé au nom du public. Non seulement alors on n'est pas forcé de juger, mais il n'y aurait pas même matière à jugement.

La loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse. Le législateur ne doit point frapper sans avertir : s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux, ce qui serait contraire à l'essence même des choses.

Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. Il en est autrement en matière civile : là, il faut une jurisprudence, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois, et qu'il est nécessaire de terminer, entre particuliers, des contestations qu'on ne pourrait laisser indéçises, sans forcer chaque citoyen à devenir juge dans sa propre cause, et sans oublier que la justice est la première dette de la souveraineté.

Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice.

Il est deux sortes d'interprétations : l'une par voie de doctrine, et l'autre par voie d'autorité.

L'interprétation par voie de doctrine, consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office de juge ?

L'interprétation par la voie d'autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge.

Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.

Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits ; car, lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n'est pas plus à l'abri des surprises que les tribunaux. On a moins à redouter l'arbitraire réglé timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable.

Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus ou à l'équité universelle, à défaut de tout usage. Or, constater un point d'usage et l'appliquer à une contestation privée, c'est faire un acte judiciaire et non un acte législatif. L'application même de cette équité ou de cette justice distributive, qui suit et qui doit suivre, dans chaque cas particulier, tous les petits-fils par lesquels une des parties litigantes tient à l'autre, ne peut jamais appartenir au législateur, uniquement ministre de cette justice ou de cette équité générale, qui, sans égard à aucune circonstance particulière, embrasse l'universalité des choses et des personnes. Des lois intervenues sur des affaires privées seraient

donc souvent suites de partialité, et toujours elles seraient rétroactives et injustes pour ceux dont le litige aurait précédé l'intervention de ces lois.

De plus, le recours au législateur entraînerait des longueurs fatales au justiciable, et, ce qui est pire, il compromettrait la sagesse et la sainteté des lois.

En effet, la loi statue sur tous : elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers ; elle ne doit point se mêler des faits individuels ni des litiges qui divisent les citoyens. S'il en était autrement, il faudrait journellement faire de nouvelles lois ; leur multitude étoufferait leur dignité et nuirait à leur observation. Le jurisconsulte serait sans fonctions et le législateur, entraîné par les détails, ne serait bientôt plus que jurisconsulte. Les intérêts particuliers assiègeraient la puissance législative ; ils la détourneraient, à chaque instant, de l'intérêt général de la société.

Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage- et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi – quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude.

Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes de peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.

**Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 428**

Vu les articles 1134 et 342 du code civil ;

Attendu que M. X..., né le 30 novembre 1977 a engagé le 25 juillet 1997 une action en recherche de paternité naturelle à l'encontre de M. Y... ; qu'il s'est désisté de son action, celui-ci s'étant engagé à lui verser, "à titre de subsides", une somme de 3 000 francs mensuelle jusqu'à la fin de ses études aux termes d'un accord formalisé le 3 septembre 1998 ; que M. Y... ayant cessé tout paiement à compter d'août 2001, M. X... a de nouveau saisi le juge aux affaires familiales pour voir condamner M. Y... à reprendre les versements mensuels et subsidiairement agir en recherche de paternité à l'égard de M. Y... ;

Attendu que pour déclarer sa demande irrecevable, l'arrêt attaqué retient, d'une part, qu'elle s'analyse en une action à fins de subsides et qu'elle n'a pas été intentée dans le délai prévu à l'article 342 du code civil, d'autre part, que l'accord formalisé le 3 septembre 1998 avec M. Y... n'est pas une véritable transaction au sens de l'article 2048 du code civil ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée, si en s'engageant volontairement à verser à M. X... une somme mensuelle jusqu'à la fin de ses études, M. Y... n'avait pas voulu exécuter un devoir de conscience et n'avait pas ainsi transformé une obligation naturelle en une obligation civile, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il soit besoin de statuer sur les deuxième et troisième moyens :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande de M. X... en paiement d'une somme de 3 000 francs mensuelle, l'arrêt rendu le 23 octobre 2003, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

**Doc. 2 bis : J. Hauser, obs. sur Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2006, RTD civ. 2007, p. 98**

Ce n'est point si souvent que l'on rencontre une application de la technique de l'obligation naturelle en droit de la filiation dans la mesure où les textes sont suffisamment précis et détaillés pour fonder directement des obligations civiles. Il fallait donc une série de circonstances particulières pour que la question se pose. Un enfant né le 30 novembre 1977 avait engagé en juillet 1997 une action en recherche de paternité naturelle à l'encontre d'un M. E... A la suite d'un accord entre les parties il s'était toutefois désisté de son action, le père prétendu s'étant engagé à lui verser, « à titre de subsides », une somme de 3 000 F mensuelle jusqu'à la fin de ses études, l'accord étant formalisé en septembre 1998. Mais les paiements devaient cesser totalement à compter d'août 2001. L'enfant a donc de nouveau saisi la justice pour voir condamner M. E... à reprendre ses versements mensuels et subsidiairement agir en recherche de paternité. Sur appel, la cour va qualifier l'action d'action à fins de subsides et la déclarer dès lors irrecevable faute d'avoir observé le délai prévu à l'article 342 du code civil et, par ailleurs, estimer que l'accord litigieux n'était pas une véritable transaction. Il est exact que, faute d'un lien de filiation établi, il ne pouvait s'agir que d'une action à fins de subsides, laquelle est enfermée, même après la réforme de la filiation, dans le délai étroit des deux ans après la majorité. On remarquera que, dans le cadre d'une action en recherche de paternité et dans le

droit antérieur à 2005, une telle hypothèse se trouvait plus ou moins prévue puisque le point de départ du délai de l'action offerte à la mère se trouvait reporté si le père prétendu avait volontairement exécuté ses obligations, ce qui pouvait dissuader la mère d'agir, mais l'article 340-4 du code civil qui prévoyait la solution n'était pas applicable à l'action à fins de subsides. Quelle autre voie pouvait être suivie ? Selon la Cour de cassation l'argument d'une transformation de l'obligation naturelle avait été soulevé mais la cour n'y avait pas répondu. Le reproche s'articule alors ainsi : « qu'en statuant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée, si en s'engageant volontairement à verser à M. G... une somme mensuelle jusqu'à la fin de ses études, M. E... n'avait pas voulu exécuter un devoir de conscience et n'avait pas ainsi transformé une obligation naturelle en une obligation civile... » (sur cette hypothèse, Les obligations par Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, n° 1244). Il est vrai que la survivance d'une obligation naturelle alors que l'obligation civile a disparu par l'application de la prescription n'est pas une solution nouvelle. Elle pourrait toutefois trouver une nouvelle carrière du fait que la prescription de droit commun des actions d'état se trouve réduite à 10 ans depuis l'ordonnance de 2005. Il s'agirait somme toute de tenir compte en droit de la filiation et des aliments de l'engagement volontaire tacite à côté de la détermination légale des dettes alimentaires. Qui nourrit volontairement l'enfant, l'a sans doute fait !

2318

## Du devoir de conscience générateur d'une obligation naturelle à l'obligation civile de payer des subsides !

*En s'engageant volontairement à verser une somme mensuelle jusqu'à la fin des études d'un bénéficiaire, le débiteur d'une obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile.*

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2006, n° 04-14.388, P+B

Un jeune homme avait diligenté une action en recherche de paternité contre le père prétendu. Celui-ci s'étant engagé à lui verser chaque mois, « à titre de subsides », 3 000 francs, le demandeur s'était désisté de son action. L'accord finalisé le 3 septembre 1998 n'ayant pas été exécuté jusqu'à son terme, le créancier a saisi une nouvelle fois le juge aux affaires familiales afin que le débiteur reprenne ses versements mensuels. À titre subsidiaire, il introduit, de nouveau, une demande en recherche de paternité à l'égard du débiteur.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence analyse la demande principale du créancier comme une véritable action aux fins de subsides régie par les articles 342 et suivants du Code civil. Dans cette perspective, elle estime que le demandeur est forcé dans la mesure où son action a été introduite alors qu'il était âgé de vingt-quatre ans, soit bien plus de deux ans après sa majorité (C. civ., art. 342, al. 2). Quant à l'accord en date du 3 septembre 1998, les juges du fond considèrent qu'il n'est pas susceptible de produire des effets juridiques. En effet, il ne s'agit pas d'une transaction intervenue entre les parties aux termes de laquelle l'« enfant » renoncerait à poursuivre son action en recherche de paternité en contrepartie de quoi, le défendeur s'engageait à lui verser des « subsides » jusqu'à la fin de ses études supérieures. La première chambre civile trouve le raisonnement du pourvoi plus séduisant et casse la décision des juges du fond. Celui-ci ne se place ni sur le terrain de l'action à fins de subsides de l'article 342 du Code civil, ni sur celui de l'existence d'une transaction répondant à la définition de l'article 2048 du même code. Le pourvoi emporte l'adhésion de la Cour en ce qu'il établit l'existence d'une

obligation naturelle pesant sur le père prétendu à l'égard de l'enfant, obligation qui se transforme, eu égard aux circonstances de l'espèce, en obligation civile de payer une somme d'argent. En droit positif, il est constant qu'un devoir de conscience ou d'honnêteté est susceptible de générer, en dehors de tout texte, une obligation naturelle. Ici, on peut penser que ce devoir consiste à assurer à l'enfant, à qui l'on a peut-être donné la vie, des ressources suffisantes pour mener à bien ses études. Mais le débiteur de cette obligation naturelle était allé plus loin encore et, par son comportement, avait franchi la frontière du « juridiquement sanctionnable » : il rendait par là son engagement contraignant. En effet, en s'engageant unilatéralement à exécuter cette obligation naturelle à l'égard de l'enfant dans l'acte du 3 septembre 1998, et en s'acquittant effectivement des sommes promises sur une période déterminée, il avait transformé celle-ci en véritable obligation civile. C'était donc bien sur ce fondement et non sur celui d'une hypothétique transaction ou de l'action aux fins de subsides du Code civil que le demandeur peut prétendre à des... « subsides ».

Le raisonnement de la Cour qui conduit à cette transformation n'est pas nouveau et trouve des illustrations en droit de la famille (v. notamment, pour une illustration dans les rapports entre ex-concubins, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mai 2006, n° 04-19.099 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mai 2003, n° 01-10.823). Elle crée ainsi une obligation aux aliments contraignante qui vise à pallier les carences du législateur dans certaines situations. Encore convient-il de caractériser, dans un premier temps, une obligation naturelle à la charge d'un débiteur. Or, au regard du principe de sécurité juridique, l'obligation naturelle dans ce domaine demeure étroitement liée aux notions de morale, d'honnêteté et d'honneur, lesquelles sont sujettes aux variations que leur imposent les époques, les lieux, voire les milieux sociaux. Quoi qu'il en soit, en l'occurrence, il n'est pas interdit de penser que l'engagement pour le père potentiel de verser à l'enfant une somme mensuelle jusqu'à la fin de ses études répond bien à un devoir de conscience. L'on remarquera également que l'essentiel du contentieux se place sur la question de la preuve. Il fait peu de doute qu'un commencement d'exécution est plus facile à prouver qu'un engagement unilatéral, sauf à ce que celui-ci soit écrit. En outre, le juge devra respecter la volonté de celui qui s'est engagé et notamment envisager la possibilité qu'il ait limité cet engagement dans le temps. Tel était le cas dans cette affaire, avec cette difficulté que le bénéficiaire des subsides a la maîtrise unilatérale de la « fin de ses études supérieures ». Reste qu'ici la frontière entre le juridique et le parajuridique apparaît bien mince.

► *Lamy Droit des personnes et de la famille, n° 415-78*

### **Doc. 3 : Civ. 3e, 26 janv. 2022, n° 20-23.436**

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 12 octobre 2020), par donation-partage consentie le 12 février 1996 par [P] et [F] [W], M. [S] [W] est devenu propriétaire d'une parcelle cadastrée B n° [Cadastré 2] sur laquelle est situé un puits qui, à l'origine, alimentait en eau l'ensemble de l'exploitation des donateurs, dont la parcelle B n° [Cadastré 1] attribuée à M. [I] [W]. En décembre 2017, le système d'irrigation, dont bénéficiait ce dernier depuis 1996, a été neutralisé par M. [S] [W].

2. M. [I] [W] a assigné ce dernier en rétablissement de son droit de puisage.

#### Examen du moyen

##### Enoncé du moyen

3. M. [S] [W] fait grief à l'arrêt de le condamner à rétablir le système d'alimentation en eau, en exécution d'une obligation naturelle transformée en obligation civile, alors :

« 1°/ que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties telles que celles-ci résultent de leurs écritures ; qu'il résulte des conclusions d'appel de M. [I] [W] qu'au soutien de ses demandes, celui-ci n'a invoqué qu'une obligation naturelle née de la volonté de son père exprimée dans son testament olographe de voir le puits situé en contrebas de la ferme qu'il avait lui-même construit et payé demeurer en indivision entre ses fils [I] et [S] ; qu'en énonçant qu'il y avait obligation naturelle entre frères afin de remplir un devoir de conscience à maintenir de la part de l'un, malgré le partage et en l'absence de titre, un usage préexistant depuis près d'une vingtaine d'année au profit de l'autre, la cour d'appel qui a retenu l'existence d'une seconde obligation naturelle, distincte de celle née de la volonté du testateur, qu'aucune des parties n'avait invoquée, a méconnu l'objet du litige, violant ainsi l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en toutes circonstances le juge doit faire respecter et respecter lui-même le principe de la contradiction ; qu'en relevant d'office le moyen tiré d'une obligation naturelle entre frères afin de remplir un devoir de conscience à maintenir de la part de l'un, malgré le partage et en l'absence de titre, un usage préexistant depuis près d'une vingtaine d'année au profit de l'autre, sans soumettre au préalable ce moyen à la discussion des parties, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

3°/ que la cour d'appel a constaté que, dans son testament olographe du 11 juillet 2012, M. [P] [W] avait exprimé le voeu que le puits se trouvant en contrebas de la ferme qu'il avait lui-même construit et payé reste en indivision entre ses deux fils [S] et [I] ; qu'ayant relevé qu'un puits ancien creusé en 1967 permettait de desservir en eau les fonds B [Cadastré 2] et B [Cadastré 1] appartenant alors à M. [P] [W] et attribué en 1996 respectivement à MM. [S] et [I] [W] par acte de donation-partage, et qu'un nouveau puits creusé en 2000 sur le fonds B [Cadastré 2] se trouvait à 80 cm de l'ancien et en recul par rapport à celui-ci, la cour d'appel qui, pour dire que M. [S] [W] avait transformé en obligation civile l'obligation naturelle des héritiers à respecter un voeu exprimé par le testateur, a énoncé qu'il était indifférent que l'installation actuelle ait ou non été financée personnellement par M. [S] [W], quand l'obligation naturelle née du voeu exprimé par M. [P] [W] dans son testament olographe portait sur le puits que ce dernier avait lui-même construit et payé, a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 applicable au litige, l'article 1100 du code civil, dans sa rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article 9 de ladite ordonnance ;

4°/ qu'une obligation naturelle est personnelle et seul l'engagement unilatéral de l'exécuter émanant de celui qui en est personnellement débiteur peut la transformer en obligation civile ; que pour juger que M. [S] [W] avait pris l'engagement précis, de manière claire et dénuée d'équivoque, d'exécuter l'obligation naturelle de maintenir, malgré le partage intervenu en 1996 et l'absence de titre, l'usage de l'alimentation en eau de la parcelle B [Cadastré 1] attribuée à son frère [I] [W] depuis le puits avec station de pompage existant depuis 1967 et situé sur la parcelle B [Cadastré 2] qui lui avait été attribuée, et qu'il avait ainsi transformé cette obligation naturelle en obligation civile, la cour d'appel a énoncé que l'exécution volontaire de l'alimentation en eau de puisage au profit de M. [I] [W] ressortait de manière certaine de son exécution ininterrompue depuis 1996, date à laquelle M. [S] [W] était devenu propriétaire de la parcelle abritant le puits, jusqu'en décembre 2017, date à laquelle il y avait mis fin, que la desserte avait été maintenue lors du creusement d'un nouveau puits et d'une nouvelle installation en 2000, que ce puits avait continué, comme l'ancien, à desservir durant la période 2000-2017 le fonds de M. [I] [W], que ces circonstances caractérisaient suffisamment la volonté de M. [S] [W] de transformer l'obligation naturelle, de nature personnelle, en obligation civile, le fait que ce dernier ait ou non financé lui-même l'installation actuelle étant indifférent ; qu'en statuant ainsi sans rechercher, ainsi qu'elle y avait été invitée, si le fait que M. [S] [W] avait mis les terres reçues en donation-partage à la disposition de l'EARL de Chany-Haut qui les exploitait, société qui avait intégralement financé la nouvelle installation de pompage de l'eau du puits creusé en 2000 et à laquelle appartenait cette installation, n'excluait pas toute exécution de sa part de l'obligation naturelle de respect du vœu de son père de nature à transformer celle-ci en obligation civile, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1235 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 applicable au litige ;

5°/ que seul un engagement unilatéral explicite et dénué d'équivoque émanant du débiteur d'une obligation naturelle peut transformer celle-ci en obligation civile ; que la cour d'appel a relevé que M. [N] avait mis à jour canalisations, tuyaux et gaines à l'intérieur et à l'extérieur du bâtiment de M. [S] [W] et du bâtiment de M. [I] [W], qu'il avait noté la présence d'un T de raccord avec à gauche une canalisation venant du puits, l'autre extrémité étant bouchonnée, une gaine technique contenant un câble électrique déconnecté des commandes de fonctionnement du puits, un tuyau sectionné de 40 mm de diamètre se dirigeant vers le bâtiment se trouvant sur la parcelle B [Cadastré 1] de M. [I] [W], dans l'angle intérieur gauche du bâtiment de M. [I] [W] une dalle béton avec un ballon servant au pompage d'un puits et à son extrémité une canalisation de 40 mm de diamètre et une de 32 mm de diamètre dont l'extrémité était recouverte d'un adhésif orange et une gaine électrique orange qui permettait d'être connecté par l'intermédiaire des commandes de fonctionnement du puits situé dans le hangar de M. [S] [W] et qu'il avait été constaté contradictoirement que le câble contenu dans cette gaine se trouvait déconnecté desdites commandes ; qu'en déduisant de ces constatations qui mettaient en évidence l'absence de raccordement du réseau d'alimentation en eau de la parcelle B [Cadastré 1] de M. [I] [W] à l'installation de pompage du puits situé sur la parcelle B [Cadastré 2] appartenant à M. [S] [W], que le nouveau puits situé sur cette dernière parcelle avait continué comme l'ancien à desservir durant la période 2000-2017 soit pendant 17 ans le fonds de M. [I] [W] et que ces circonstances manifestaient la volonté de l'exposant de transformer l'obligation naturelle en obligation civile susceptible d'exécution forcée, quand, en l'absence d'engagement écrit, aucune de ces constatations ne permettait d'établir cette continuité et l'engagement unilatéral clair, précis et non équivoque de l'exposant d'exécuter une obligation naturelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1235 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 applicable au litige. »

## Réponse de la Cour

4. Sans modification de l'objet du litige, ni méconnaissance du principe de la contradiction, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche sur l'origine du financement des travaux réalisés en 2000 en présence de conclusions contradictoires sur ce point, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a constaté, d'une part, que M. [S] [W], par un engagement clair et précis, quoique non écrit, l'absence de formalisme se justifiant par le lien de parenté entre les parties, s'était obligé, en conscience et conformément au vœu du père, rappelé dans le testament du 11 juillet 2012, de voir persister le bénéfice commun du puits, à assurer l'alimentation en eau de la parcelle de son frère, d'autre part, que l'installation réalisée en 2000 desservait, comme l'ancienne, cette parcelle et, enfin, que l'engagement ainsi pris avait été volontairement exécuté à compter du partage jusqu'en décembre 2017, date à laquelle l'alimentation avait été neutralisée par le propriétaire du puits.

5. Elle a déduit de ces motifs, d'une part et souverainement, que l'existence de l'obligation naturelle était établie, d'autre part et à bon droit, que cette obligation s'était transformée en obligation civile, de sorte que le rétablissement de l'installation devait être ordonné.

6. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. [S] [W] aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-six janvier deux mille vingt-deux.

**Doc. 4 : TGI Lille, 4 janv. 2000, et obs. P. Labbé, D. 2001, p. 1503**

*Ordonnance de référé rendue par le tribunal de grande instance de Lilles :*

Le 27 mai 1995 au Cap d'Agde, Lionel X... et Chantal Y..., adeptes du naturisme, se mariaient dépouillés de tout vêtement en présence d'une centaine d'invités et des médias. Le 20 avril 1999, le divorce des époux X...-Y... était prononcé par le Tribunal de grande instance de Lille. Le 21 juin 1999, la société TF1 diffusait au cours de l'émission « Y A PAS PHOTO » produite par les sociétés Les Rebelles communications et Lauri productions des images tournées à l'occasion de la cérémonie de mariage et une interview de Lionel X... évoquant ce mariage et la manière dont il vivait en tant que naturiste. Suivant assignation du 16 septembre 1999, Chantal Y... demande de faire défense à la société TF1 d'avoir à rediffuser le reportage relatif à son mariage et à Lionel X... de céder sans son consentement les photographies ou les films la montrant ainsi que de les condamner au paiement d'une indemnité provisionnelle de 100 000 F pour atteinte à l'intimité de sa vie privée et à sa dignité en application des articles 9 et 16 du code civil outre une somme de 5 000 F sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile. La société TF1 conclut à dire n'y avoir lieu à référé eu égard aux contestations sérieuses qu'elle soulève ; subsidiairement, elle sollicite qu'il lui soit donné acte qu'elle s'engage à ne pas rediffuser le reportage incriminé et que les sociétés Lauri productions et Les Rebelles communications soient condamnées à la garantir de toutes condamnations. Les autres défendeurs concluent au débouté de Chantal Y... et à sa condamnation à leur verser des indemnités de procédure.

*LE TRIBUNAL : [...]* - Sur l'atteinte à l'intimité de la vie privée : - En diffusant sur son antenne le 21 juin 1999 sans son accord une séquence dans laquelle Chantal Y..., parfaitement identifiable, apparaît dans le plus simple appareil à l'occasion de la cérémonie de mariage avec Lionel X... le 27 mai 1995 dans un club naturiste situé au Cap d'Agde, la société TF1 a manifestement porté atteinte à son droit à l'image quand bien même son ex-époux aurait donné son autorisation pour porter à la connaissance du public des éléments le concernant qui relèvent de sa vie privée ; Il importe peu que l'événement ait fait l'objet à l'époque d'une couverture médiatique non négligeable ou que Chantal Y... soit une adepte du naturisme, dans la mesure où il est constant qu'elle n'a pas donné son consentement à TF1 ni aux sociétés Lauri ou Les Rebelles à utiliser son image ; En application de l'article 9 du code civil, il convient de faire cesser cette atteinte à l'intimité de la vie privée de Chantal Y... en interdisant à TF1 de rediffuser le reportage relatif à son mariage et à Lionel X... de céder les films ou les photographies relatifs à cette cérémonie ; en revanche, il n'est pas utile d'ordonner la mise sous séquestre des photographies et des films relatant le mariage actuellement détenus par Lionel X... ;

Sur l'atteinte à la dignité de la personne humaine : - Chantal Y... - qui cite divers propos désobligeants tenus à son encontre par Lionel X... lors de son interview à la télévision - reproche aussi à son ex-mari et à la société TF1 d'avoir donné aux téléspectateurs une image de sa personne qui porte atteinte à sa dignité en la présentant notamment comme étant animée d'une certaine perversité ; Ces griefs, à les supposer établis, ne relèvent pas des dispositions des articles 16 et 16-2 du code civil - lesquels protègent la victime d'une violation du droit au respect de son corps - mais des dispositions spéciales contenues dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881, relatives à l'atteinte à l'honneur ou à la considération, dont la mise en oeuvre est subordonnée au dépôt d'une plainte préalable de la partie lésée ; Elle sera donc déboutée de ce chef de demande ;

Sur la demande de provision : - L'obligation des défendeurs d'indemniser le préjudice causé à Chantal Y... par l'atteinte à l'intimité de sa vie privée n'étant pas sérieusement contestable, il convient de lui accorder une provision sur dommages-intérêts d'un montant de 50 000 F [...]

Par ces motifs, statuant publiquement, en premier ressort, en matière de référé, par décision contradictoire, ordonne la jonction des procédures inscrites sous les numéros 99/914 et 99/1190 et dit que l'instance se poursuivra sous le N° 99/914 ; Vu les articles 9, 16 et 16-2 du code civil, vu l'article 809 du nouveau code de procédure civile, vu l'atteinte à la vie privée subie par Chantal Y..., fait défense à la société TF1 d'avoir à rediffuser le reportage relatif au mariage de Chantal Y... ; donne acte à la société TF1 de ce qu'elle s'engage, jusqu'à la survenance d'un jugement sur le fond, à ne pas rediffuser le reportage incriminé diffusé sur son antenne, à l'occasion de l'émission « Y A PAS PHOTO » du 21

juin 1999 ; fait défense à Lionel X... de céder les photographies ou les films montrant son ex-épouse, sans le consentement exprès de celle-ci, sous peine d'une astreinte de 50 000 F par infraction constatée ; dit n'y avoir lieu à ordonner une mesure de séquestre ; condamne solidairement la société TF1 et Lionel X... à verser à Chantal Y... une provision sur dommages-intérêts d'un montant de 50 000 F ainsi qu'une somme de 5 000 F sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile [...].

*Obs. P. Labbé :*

La mariée ne portait en tout et pour tout qu'un bouquet de fleurs d'oranger. Le marié n'avait qu'une fleur sur l'oreille, comme dans la chanson créée par Guy Berry. Et l'adjoint au maire, délégué pour la cérémonie, ne portait que son écharpe tricolore et rien d'autre ! La presse écrite (nationale et internationale) était là pour commenter l'événement et photographier le couple. De nombreuses revues, pas nécessairement scientifiques, rapportèrent l'événement, qui fut aussi filmé. Et puis le temps passa, les difficultés apparurent dans le couple, qui divorça. L'ex-mari, néanmoins, crut pouvoir céder le reportage filmé de son mariage, et venir (seul) sur le plateau de TF1 commenter en dix minutes et en présence de Jean-Claude Brialy l'image dénudée de celle qu'il présenta aux téléspectateurs comme étant toujours son épouse.

L'ex-épouse, qui n'était au courant de rien, assigna son ex-mari, le producteur du spectacle et la société TF1 pour obtenir réparation de l'atteinte portée à sa vie privée et à sa dignité.

Le droit au respect de la vie privée et à la dignité sont deux droits autonomes dont est titulaire la personne. Le premier est défini à l'art. 9 c. civ. et l'on connaît depuis longtemps son contenu. Le second est défini par l'art. 16 c. civ. de création récente. On en connaît un peu moins la portée. Quoi qu'il en soit, ces deux droits sont distincts. Mais l'image (et son exploitation) peut en revanche être l'instrument par lequel on portera atteinte à l'un ou à l'autre droit. La présente ordonnance nous invite à réfléchir sur la distinction des deux notions à travers l'exploitation de l'image du corps dénudé qui peut constituer une atteinte à la vie privée de la personne (I) mais pas nécessairement à sa dignité (II).

## **I - L'image de la nudité et la vie privée**

On dit habituellement que le droit au respect de la vie privée est absolu à l'instar du droit de propriété. Toute atteinte (même non fautive) doit être sanctionnée. Néanmoins, l'atteinte à la vie privée ne sera pas constituée dès lors qu'elle est consentie, ou qu'elle est justifiée par les besoins de l'information.

L'ordonnance fait référence sur ce point à la jurisprudence habituelle : toute reproduction de l'image du corps dénudé constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée dès lors qu'elle n'est pas consentie.

TF1 avait plaidé que l'atteinte à la vie privée n'était pas constituée puisque l'image du sexe des intéressés avait été brouillée aux fins de préserver la pudeur d'un public qui en avait sûrement vu d'autres. C'était plutôt le visage et l'identité qu'il aurait fallu masquer. On pouvait reconnaître la mariée, dont le visage et l'identité apparaissaient en gros plan. Elle n'avait pas dit « oui » à TF1. Au surplus, l'intimité de la vie privée s'étend « à la manière d'être dans la vie sociale ». Révéler qu'une personne est adepte du **naturisme** dans le cadre d'un reportage où elle est identifiée est en soi une atteinte à sa vie privée (rapp. : « Une personne qui, à dessein, a participé à une manifestation d'homosexuels dans la rue peut s'opposer à la reproduction de son image, étant en droit d'exiger le secret envers sa famille et son milieu professionnel » : CA Paris, 14 juin 1985, D. 1986, IR p. 50, obs. Lindon).

## **A - Les principes relatifs à l'existence du consentement sont stricts**

Le consentement est d'abord personnel : l'album-photo de la famille appartient indivisément à la famille, mais pas plus à l'un de ses membres qu'à l'autre. Le fait que l'ex-époux consente à la divulgation des photos du mariage ne dispense pas TF1 de solliciter le consentement de son ex-épouse dans la mesure où elle est visée par le reportage. Il a pu être jugé dans le même sens que « l'absence d'intention malveillante ou la recherche de soi-même par l'écriture [...] ne saurait permettre la divulgation de souvenirs partagés avec d'autres personnes ou étroitement imbriqués à la vie privée de ces personnages, sans leur consentement personnel » (TGI Paris, 10 mars 1982, RTD civ. 1983, p. 103). C'est en fait toute la question de la vie privée partagée qui est posée.

Le consentement est soumis au principe de l'interprétation stricte : le consentement donné à l'un n'est pas pour autant donné à l'autre. En l'espèce, le fait que l'épouse se soit laissée photographier par les journalistes qu'avait appelés son mari, et qu'elle n'ait pas réagi suite aux premières publications dans la presse écrite, ne pouvait constituer une présomption de consentement (rapp. : « l'autorisation de diffuser l'image sur des cartes postales ne peut se déduire de ce qu'une commerçante accepte de bonne grâce de figurer sur les souvenirs de voyage de personnes privées » : TGI Paris, 18 nov. 1987, D. 1988, Somm. p. 200, obs. Amson).

On sait aussi que, quand bien même une autorisation serait donnée pour une divulgation (ce qui n'était pas le cas en l'espèce), la redivulgation de renseignements relatifs à la vie privée est toujours soumise à autorisation spéciale de l'intéressé (CA Paris, 27 janv. 1989, JCP 1989, II, n° 21325).

## **B - Les besoins de l'information ne justifient pas l'atteinte à l'image**

Le public n'a en principe aucun intérêt légitime à connaître les loisirs d'une personne, même s'ils se déroulent sous les yeux de la foule. Photographier un couple d'estivants en tenue négligée devant la tour de Pise (CA Paris, 24 mars 1965, JCP 1965, II, n° 14305 ; D. 1965, Somm. p. 122) est une atteinte à leur vie privée. *A fortiori* si le couple est nu... L'ordonnance n'évoque pas un éventuel fait justificatif, car à l'évidence cette question ne se posait pas.

Ce sont à ces principes classiques que le magistrat lillois fait référence lorsqu'il indique « qu'il importe peu que l'événement ait fait l'objet d'une couverture médiatique non négligeable, ou que la mariée soit une adepte du naturisme, dans la mesure où il est constant qu'elle n'a pas donné son consentement à TF1 ou à l'agent ». Plus nouvelle est l'opinion du juge pour ce qui est de l'atteinte prétendue à la dignité.

## **II - L'image de la nudité et la dignité**

La présente ordonnance nous invite à méditer sur la définition de la dignité dans ses rapports avec l'honneur. La requérante avait indiqué qu'insidieusement son ex-mari cherchait à l'avilir en la faisant passer pour une femme perverse. Appelé pour commenter le reportage, l'ex-mari avait expliqué sur le plateau de TF1 que c'était bien celle qu'il présentait comme étant toujours son épouse qui l'avait initié au nudisme ; qu'elle avait l'habitude de se promener nue dans les grands magasins du cap d'Agde et que la toute première phrase qu'elle lui aurait dite lors de leur toute première rencontre eût été une injonction sans nuance : « Enlève ton calebar ! » En d'autres termes, les propos accompagnant l'image étaient indignes. Le magistrat lillois n'a pas suivi l'analyse, préférant s'en tenir à juste titre au concept voisin d'atteinte à l'honneur. Que signifie le mot « indignité » ?

Est indigne ce qui humilie, c'est-à-dire ce qui a pour effet d'abaisser l'individu en lui faisant perdre son rang. « Attenter à la dignité de la personne, c'est ne pas la traiter comme un être humain, c'est la traiter comme une chose, un animal, un sous-être, c'est nier son appartenance à la communauté humaine » (D. Fenouillet, J.-Cl. civ., Fasc. 10, n° 42, art. 16 ; rapp. J.-M. Lustiger, La personne devant le cardinal-archevêque de Paris, D. 1995, Chron. p. 6). Exploiter l'image du corps de l'individu déchu est indigne. On comprend ainsi que la pratique du « lancer de nains » a pu être ainsi qualifiée parce qu'elle ressort de l'exploitation d'un handicap physique. Le nain est réduit à l'état de projectile, c'est-à-dire d'objet d'une attraction (CE, 27 oct. 1995, D. 1996, Jur. p. 177, note Lebreton ; JCP 1996, II, n° 22630, note Hamon ; Petites affiches, 24 janv. 1996, note du doyen M.-C. Rouault). Le spectacle du corps tatoué, marqué des lettres HIV a pu, de la même manière, être jugé dégradant pour les personnes atteintes du sida (CA Paris, 28 mai 1996, D. 1996, Jur. p. 617, note Edelman).

La nudité et son spectacle peuvent être également jugés indignes lorsqu'ils sont synonymes d'humiliation. Ainsi, l'interrogatoire d'une personne placée en garde à vue, nue au milieu d'une pièce, constitue un traitement inhumain et une atteinte à la dignité (Cass. crim., 10 janv. 1995, D. 1996, IR p. 173) comme peuvent l'être certaines formes de bizutage. En revanche, l'image de la nudité ne porterait pas atteinte à la dignité de la personne lorsqu'elle a été consentie. Celui qui pratique volontairement le nudisme n'est, par définition, pas humilié. S'il se sentait humilié, il ne le pratiquerait pas. Le spectacle naturiste ne devrait donc pas être ressenti comme une humiliation pour ceux qui s'y adonnent volontairement, pas plus d'ailleurs qu'il ne saurait être ressenti comme un outrage pour ceux qui l'acceptent (on rappellera que, sur ce terrain voisin, l'art. 222-32 c. pén. réprimant l'exhibition sexuelle a été rédigé de manière à écarter toute possibilité de poursuites à l'encontre des personnes se livrant au naturisme dans des lieux spécialement aménagés à cet effet. Le texte précise en effet que, pour être

répréhensible, l'exhibition sexuelle doit avoir été « imposée à la vue d'autrui ». Les naturistes, en principe tous consentants, sont théoriquement à l'abri des regards et ne peuvent - entre eux - se dire outragés). C'est pourquoi le magistrat a estimé que les propos désobligeants qui accompagnent le spectacle peuvent constituer une atteinte à l'honneur, une injure... mais ne méritent pas le qualificatif d'« indignes ».

La demanderesse voulait peut-être parler d'une autre indignité dont la société aurait pu, cette fois, se dire victime. Le marié n'avait pas manqué de rappeler que c'était bien un adjoint au maire naturiste qui les avait accompagnés sur la plage, ceint de son écharpe, pour se prêter à la parodie de cérémonie. Celui qui à l'évidence ne tenait pas son rang était bien la personne déléguée par l'officier public. L'écharpe tricolore n'était pas à sa place. C'était en fait la question de la dignité de l'institution du mariage qui se trouvait posée : cette question aurait pu être posée par le ministère public qui peut toujours intervenir dans un procès civil, mais pas par la demanderesse.

Reste enfin la mission de la télévision : si celle-ci n'avait qu'une mission culturelle ou informative, on aurait évidemment beaucoup de peine à classer le reportage incriminé. L'émission n'avait d'autre objectif que d'apporter un divertissement. Rire n'est pas le propre de l'homme, car il est - dit-on - des animaux qui rient... On préférera aux rires instinctifs provoqués par la grossièreté, ceux provoqués par la finesse de celui qui « fait de l'esprit » et qui a l'art de faire rire. N'est-ce pas lorsqu'il permet de changer d'état d'âme que le rire divertit ?

**Doc. 5 : S. de La Touanne, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières », *Dalloz. Actu.*, 14 avr. 2021**

Certaines motivations des réquisitions orales ou des jugements critiqués sont, en effet, ponctuées d'expressions telles que : « mépris du bien commun », « devoir d'exemplarité qui s'attache à ses fonctions », « atteinte au pacte démocratique », « ces délits ont porté gravement atteinte à la confiance publique », « manquement aux devoirs de sa charge », « faire prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt commun », « dépositaire de mandats électifs, les obligeant à un comportement exemplaire », « délit de nature à jeter le discrédit sur une profession », « magistrat dont la mission est de servir avec loyauté, dignité et impartialité l'institution judiciaire »...<sup>3</sup> L'emploi de telles expressions n'est pas nouveau. La Cour de cassation, à propos de la prise illégale d'intérêt, rappelait d'ailleurs que la loi avait pour objectif « de soustraire les fonctionnaires à la dangereuse tentation de se servir de leur pouvoir à la satisfaction de leur cupidité »<sup>4</sup>.

L'emploi de ces termes a pu être interprété comme revêtant une connotation morale, permettant à certains commentateurs (journalistes, avocats, politiques, etc.) d'en déduire que les magistrats ont « fait de la morale » au lieu de « faire du droit ». Mais qu'en est-il réellement ? 1. Les magistrats ont-ils réellement outrepassé leurs pouvoirs en portant des jugements moraux au lieu d'appliquer la loi ? Ou bien n'ont-ils fait que rappeler les fondements et les objectifs de la loi, afin de motiver leurs jugements et les peines qu'ils prononçaient ? 2. Le droit ne comporte-t-il pas en lui-même une certaine part de morale ? Si bien que les juristes feraient de la morale sans le savoir, comme monsieur Jourdain faisait inconsciemment de la prose.

Cette question de la confusion de la morale ou du droit ne se pose pas exclusivement dans ces affaires financières très médiatisées. On la retrouve aussi dans des affaires dites de « droit commun », notamment à l'occasion d'affaires de mœurs, de violence conjugale, par exemple, où la justice est amenée à porter un regard critique sur des comportements individuels répréhensibles à la fois au regard de la loi et de la morale commune<sup>5</sup>. Il est peut-être plus surprenant de retrouver une telle confusion lorsqu'il s'agit de « droit des affaires ».

Rappelons que les juges sont tenus par la loi de motiver leurs décisions, notamment sur le plan de la peine<sup>6</sup>. De même, lorsque les procureurs requièrent une condamnation, ils doivent la justifier, principalement lorsqu'ils demandent une condamnation à de la prison ferme. Cette motivation, elle, doit puiser non pas dans la morale, mais dans les termes mêmes de la loi, dans sa raison d'être, dans ses objectifs et ses motifs.

Or, à la lecture de certains textes, nous constatons que ce ne sont pas les juges qui se réfèrent à des notions morales ou éthiques, mais le législateur lui-même. À cet égard, les textes nationaux et internationaux relatifs au droit pénal des affaires (qui évoquent « la probité », « la moralisation de la vie publique » ou « l'éthique des affaires ») méritent que l'on s'interroge sur les liens entre le droit et la morale dans ce domaine.

**Le droit n'est pas radicalement séparé de la morale**

A priori, le droit et la morale ne se confondent pas.

La morale résulte de la conscience individuelle, elle se rapporte à la personne, à l'individu.

Le droit se rapporte au bien commun, il a pour objet d'organiser la vie en société en fixant des règles communes<sup>7</sup>. La source de la règle morale est dans l'intériorité personnelle. Celle du droit est extérieure à l'individu, elle résulte de la loi et elle est coercitive. Le droit et la morale se distinguent donc par leurs

sources, par leurs contenus, par leur caractère obligatoire et surtout par leurs finalités. Le droit recherche le maintien de l'ordre social et la justice ; la morale tend à la vertu et à la perfection de l'individu<sup>8</sup>.

La justice, qui applique la loi, devrait donc cantonner la morale dans son champ d'activité et ne devrait pas s'ériger en pouvoir moral. Il semble que cette limite fasse l'unanimité dans nos sociétés contemporaines. Depuis l'Antiquité, en effet, les sociétés occidentales reposent sur cette distinction du droit et de la morale. Cette distinction est aujourd'hui aussi essentielle que la distinction du spirituel et du temporel, du religieux et du politique.

Pourtant, la réalité est plus complexe. Le droit ne tombe pas des nues, il n'est pas une fin en soi. Il incarne l'éthique, les principes et les valeurs de la société dans laquelle il s'applique<sup>9</sup>. Pourquoi sanctionne-t-on le viol, le meurtre, les violences conjugales, mais également la corruption, le trafic d'influence, les conflits d'intérêts ? Pourquoi dans une société réprime-t-on tel ou tel comportement ? N'est-ce pas pour protéger certaines valeurs communes ? N'est-ce pas pour favoriser l'intérêt général au détriment des intérêts privés ? N'est-ce pas au nom des valeurs qu'elle estime fondamentales qu'une société adopte des lois ?

Les opinions sur les relations entre le droit et la morale sont très divergentes. Alors que certains auteurs considèrent que le droit est une forme de morale, ou du moins, comme Georges Ripert, qu'il est constamment irrigué par la morale<sup>10</sup>, d'autres, plus rares, prétendent qu'il conviendrait d'établir entre ces deux concepts une séparation stricte<sup>11</sup>.

La réalité se trouve sans doute, comme bien souvent, dans une zone intermédiaire, ainsi que l'admettent d'éminents juristes<sup>12</sup>. Ainsi, les professeurs Philippe Mallaurie et Patrick Morvan observent que l'opposition entre le droit et la morale n'empêche pas la morale d'exercer une grande influence sur le droit positif. Selon eux, ces interférences sont d'ailleurs vitales : « un droit sans morale serait celui d'une société en déliquescence ; quid leges sine moribus (que seraient les lois sans la morale) s'interroge le poète Horace »<sup>13</sup>. Certaines branches du droit se montrent peu sensibles à la morale et sont même peu sensibles à l'immoralité de leurs solutions<sup>14</sup>, d'autres en sont plus largement imprégnées.

François Terré observait également que « de très nombreuses règles de droit sont empruntées à la morale, ce qui peut porter à considérer que le droit n'est pas autre chose que la morale relayée et sanctionnée par le groupe social »<sup>15</sup>.

Le droit pur n'existe pas. Le droit est sans cesse en relation avec d'autres activités humaines, principalement avec la morale et la politique. Il est le produit de cette relation, comme l'affirmait Bruno Oppetit : « le droit est une médiation : entre le juste et le raisonnable, entre l'individuel et le social, entre le consensus et le conflit »<sup>16</sup>. Le code civil et le code pénal, par exemple, ne sont en soi ni un projet politique ni une méditation morale : ils sont quelque chose d'autre, qui intègre ces deux éléments sous une autre forme, le droit.

Philippe Jestaz défendait une analyse similaire en comparant le droit à une « synthèse chimique » du politique et de la morale. Pour s'en convaincre, expliquait-il, il suffit de lire les comptes rendus du Journal officiel : on voit que le vote de la loi survient après un débat politique où s'entrechoquent les différents intérêts ; mais on y voit aussi que l'arbitrage recherche un modèle considéré comme juste<sup>17</sup>. Il est vrai que le Parlement est un pouvoir politique, mais c'est aussi un pouvoir juridique puisqu'il vote la loi. Or, en la votant, il se réfère le plus souvent à un modèle moral implicite, lequel devient même explicite dans certains débats (par exemple, sur les questions bioéthiques : peine de mort, euthanasie, mariage pour tous, etc.).

Mais ne laissons pas la parole aux seuls juristes. Paul Ricoeur considérait également que le droit résultait de la relation de la morale et de la politique : « l'État de droit est l'effectuation de l'intention éthique dans la sphère du politique ». À travers le droit, « le politique prolonge l'éthique en lui donnant une sphère d'exercice »<sup>18</sup>.

Julien Freund, philosophe également, défendait une conception du droit proche de celle des juristes que nous venons de citer<sup>19</sup>. Il décrivait le droit comme une dialectique entre le politique et l'éthique au sens où le droit participe à la politique et à la morale, sans cependant se confondre avec elles. « Comme Aristote l'a montré, il n'existe pas de principe autonome du droit, du fait qu'il ne peut se détacher de la morale, de l'éthos qui intervient dans la constitution ou la législation et par conséquent dans la politique d'un État. » La volonté politique qui crée le droit s'inscrit dans un contexte donné de mœurs, de traditions et d'aspirations. Cela veut dire que lorsque l'on organise une société, il faut tenir compte de « l'éthos général de ses membres »<sup>20</sup>.

Bien d'autres exemples permettent d'éclairer ces interactions entre le droit et la morale. Ainsi, la mise en œuvre des droits de l'homme dans des textes juridiques caractérise-t-elle le passage de la morale au droit<sup>21</sup>.

La proportion de morale est certainement plus forte en droit pénal ou en droit de la famille qu'en droit des obligations ou en droit fiscal. Pour autant, toute règle de droit comporte une part d'inspiration éthique ou morale. Ainsi, pour Philippe Jézéquel, « sans être ni idéaliste ni sceptique, il faut bien admettre qu'il y a une certaine intégration, variable, de la composante morale dans le processus juridique »<sup>22</sup>. Les textes relatifs au droit pénal des affaires, à la probité, et même à la fraude fiscale n'y font pas exception.

### **Des textes juridiques imprégnés de valeurs morales**

En observant les textes juridiques relatifs aux infractions financières, on constate que le législateur, qui est le pouvoir politique, ne se contente pas de considérations purement économiques, statistiques ou sociologiques, mais s'inspire de notions philosophiques et morales. Les interventions de nos élus, de nos ministres, de même que les exposés des motifs des projets de loi sont souvent explicites sur ce point. En voici quelques exemples concrets.

La loi du 15 septembre 2017 « pour la confiance dans la vie politique » est particulièrement évocatrice de cette ambivalence du droit et de la morale. Rappelons, en effet, que le projet de loi s'appelait « loi sur la moralisation de la vie politique », avant d'être rebaptisé<sup>23</sup>. Comme le relève l'exposé des motifs du projet présenté par François Bayrou : « Les premières lois du quinquennat doivent viser à moraliser la vie publique. La transparence à l'égard des citoyens, la probité des élus, l'exemplarité de leur comportement constituent des exigences démocratiques » et « contribuent à renforcer le lien qui existe entre les citoyens et leurs représentants comme elles doivent affermir les fondements de notre contrat social ».

Le ministre rappelle à cet égard que le gouvernement n'innove pas mais qu'il se situe dans une continuité politique, car plusieurs lois ont été votées ces dernières années qui « ont imposé des règles d'éthique et de transparence financière aux responsables publics ». D'ailleurs, « dès 1978, c'est l'UDF Valéry Giscard d'Estaing, alors à l'Élysée, qui avait encouragé son Premier ministre, Raymond Barre, à déposer un projet de loi de "moralisation de la vie politique", qui n'a jamais vu le jour »<sup>24</sup>.

Nul n'est besoin de souligner les références morales et philosophiques explicites sur lesquelles reposent cette loi et celles qui la précèdent. Ces références sont peut-être critiquables<sup>25</sup>. Notre propos n'est pas de les défendre ou de les mettre en cause, mais seulement de montrer que l'intention morale est présente dès le vote de la loi.

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique reposait sur les mêmes fondements. Son exposé des motifs indiquait que ce projet s'inscrivait « au cœur de l'engagement du président de la République de promouvoir une République exemplaire et de rénovation de la vie publique » et rappelait « les principes fondamentaux de dignité, de probité et d'impartialité qui

doivent guider l'action des membres du gouvernement comme des personnes désignées par le suffrage universel pour exercer un mandat local ».

Ces références aux principes de dignité, de probité et d'impartialité sont similaires à celles utilisées par les magistrats dans leurs jugements. Apparemment, s'il y a une confusion du droit et de la morale, elle n'est pas en premier lieu de leur fait.

Même en droit fiscal, qui peut sembler très loin de toute conception morale, les références éthiques resurgissent. Ainsi, à l'occasion du vote de la loi n° 2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, le garde des Sceaux rappelait la notion de « consentement à l'impôt », qui implique « un destin commun, une vie commune, une vie sociale » ; « notre souci commun est de faire face à ceux qui fragilisent le pacte républicain ». La circulaire d'application précisait en outre que « la fraude fiscale cause un grave préjudice moral et financier à la société dans son ensemble qui porte directement atteinte au pacte républicain »<sup>26</sup>.

La même référence à la morale se retrouve dans les textes préparatoires à la réforme des marchés publics, parfois appelée « moralisation des marchés publics »<sup>27</sup>.

Les textes relatifs à la lutte contre la corruption sont également teintés de références philosophico-morales. Ainsi, la convention OCDE du 18 mars 1990 évoque de « graves préoccupations morales et politiques »<sup>28</sup>, quand la Convention pénale du Conseil de l'Europe de janvier 1999 rappelle que la corruption met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société<sup>29</sup>.

La lecture de ces textes internes ou internationaux illustre concrètement la manière dont on intègre dans le droit des concepts extrajuridiques.

### **La probité, un concept moral inscrit dans le code pénal**

La démonstration la plus éclairante des relations ambiguës qu'entretiennent le droit et la morale se trouve sans doute dans le code pénal lui-même, qui consacre une section entière à la probité.

A priori, la probité est une plutôt une notion morale. Le Petit Robert la définit comme « la vertu qui consiste à observer scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice ». Selon le Larousse, c'est « la qualité de quelqu'un qui observe parfaitement les règles morales, qui respecte scrupuleusement ses devoirs, les règlements ». Ses synonymes sont honnêteté, loyauté, droiture, incorruptibilité, sincérité, intégrité, fidélité, franchise.

Mais la probité est également devenue une notion juridique, puisqu'elle est inscrite dans le code pénal qui comprend au sein de son livre IV une section III intitulée « Des manquements au devoir de probité »<sup>30</sup>. Cette section traite des principaux délits dits « de probité » : la concussion, la corruption, la prise illégale d'intérêt, le trafic d'influence, le détournement de biens ou de fonds publics.

Une fois inscrite dans le code pénal, la probité, de règle morale, devient une règle juridique et donc une obligation légale. Il ne s'agit pas de juger si une personne a été honnête ou loyale, mais seulement de vérifier si elle a transgressé les règles fixées par la loi. C'est la limite que ne doivent pas franchir les juristes, au premier titre les magistrats.

La probité est bien un exemple très concret d'intégration d'une notion morale dans le droit. Faire référence à la probité des responsables politiques ou économiques n'est donc pas « faire de la morale », c'est se référer à la loi. Mais la frontière est ténue, car la loi n'est jamais totalement, radicalement, coupée de la morale.

### **Les juges ne font pas de la morale lorsqu'ils rappellent les principes qui fondent la loi**

Quand les magistrats (les procureurs dans leurs réquisitions, les juges dans leur jugement) se réfèrent aux termes même de la loi, au code pénal, aux débats parlementaires, à l'exposé des motifs, voire aux circulaires d'applications, ils n'outrepassent pas leur rôle.

En effet, les juges sont aujourd'hui tenus par la loi, et c'est parfaitement légitime, de motiver et d'expliquer leurs décisions, de justifier les peines qu'ils prononcent à l'encontre des prévenus. Comment pourraient-ils le faire sans rappeler les fondements des lois qui ont été votées, sans souligner quels sont les valeurs et les intérêts qu'elles protègent ? Comment caractériser la gravité d'une infraction et, par conséquent, la sévérité de la sanction, sans faire référence à ces critères décrits comme moraux, mais tirés de la loi ? Le juge ne peut se contenter de prononcer une sanction sans explication.

Lorsque les juges rappellent que « la probité des élus, l'exemplarité de leur comportement constituent des exigences démocratiques » et « contribuent à renforcer le lien qui existe entre les citoyens et leurs représentants comme elles doivent affermir les fondements de notre contrat social », lorsqu'ils soulignent, pour justifier la peine qu'ils prononcent, que « ces délits ont porté gravement atteinte à la confiance publique », ils ne font que rappeler les termes mêmes et les motifs de la loi ou des textes internationaux. Ce faisant, ils ne font pas de la morale, ils font du droit en appliquant la loi et motivant leurs décisions, ce qui est leur devoir. Mais la règle de droit elle-même, par la volonté du législateur, protège des valeurs et des principes qu'il n'est pas illégitime de rappeler.

#### Notes

\* L'auteur précise que les propos tenus n'appartiennent qu'à lui et n'engagent pas le PNF.

1. Cela ressort de nombreuses interventions dans différents médias (télévision, radio, presse écrite, réseaux sociaux). Par ex. : Procès Fillon : cinq ans de prison et une leçon de morale.

2. H. Seckel, La défense de Patrick Balkany contre « les chefs d'orchestre de la morale publique », Le Monde, 19 juin 2019.

3. Expressions et formules tirées de jugements récents, critiqués pour leurs références supposées à la morale.

4. Rép. pén., v<sup>o</sup> Prise illégale d'intérêt, par M. Seconds, n<sup>o</sup> 8.

5. M.-A. Lombard-Latune, La défense de DSK accuse les juges de « faire de la morale », Le Figaro, 18 déc. 2021.

6. L'article 132-1 du code pénal prévoit expressément que toute peine doit être individualisée et que, « dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités de la peine énoncées à l'article 130-1 ». L'article 132-19 précise que « la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine ».

7. Le droit est « un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée, régissent les rapports entre les hommes », F. Terré, Introduction au droit, Dalloz, 2015, p. 2

8. P. Mallaurie et P. Morvan, Introduction au droit, 8e éd., LGDJ, 2020, p. 52.

9. « Le droit n'est pas une fin en soi, il ne prend son sens que par les valeurs qu'il traduit, et ces valeurs ne sont pas égales », P. Malaurie, Notre droit est-il inspiré, Defrénois 2002, art. 37545, p. 637.

10. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949 : « il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but ; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale [...] ». Lorsque la règle morale devient règle juridique, « elle se sépare de la règle morale qui lui sert de fondement, en ce sens que le droit, s'identifiant avec l'ordre juridique établi, se suffit à lui-même ; il édicte la règle et porte la sanction ».
11. H. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963.
12. Nous prenons à dessein l'exemple de juristes, professeurs de droit reconnus, a priori défenseurs de la rigueur juridique et de la place du droit.
13. P. Mallaurie et P. Morvan, *op. cit.*, p. 51.
14. Le droit de la sécurité sociale impose à une prostituée de payer les cotisations sur les revenus tirés de son activité.
15. F. Terré, *op. cit.* p. 10.
16. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 31.
17. P. Jestaz, *Le droit*, 4e éd., Dalloz, 2002, p. 34.
18. P. Ricoeur, *Éthique et politique, Autres temps*, 1985, p. 67.
19. J. Freund, *Droit et politique. Essai de définition du droit*, *Archives de philosophie du droit*, 1971, repris dans *Politique et impolitique*, Sirey, chap. 21, p. 283 s.
20. J. Freund, *op. cit.*, p. 287 ; il précise : « Si le droit n'était qu'un pur effet de la volonté politique, il ne serait que volonté de puissance. S'il n'était qu'éthos, il n'aurait ni cohérence ni cohésion. Le droit se situe dans l'intervalle qui permet à la politique d'agir sur les mœurs et à la morale d'agir sur la politique. Mais ne saurait se substituer ni à la politique ni à la morale ».
21. D. Terré, *Droit, morale et sociologie*, *L'Année sociologique* 2004/2 (vol. 54), p. 483 à 509.
22. P. Jestaz, *Pouvoir juridique et pouvoir moral*, *Mc Gill Law Journal*, vol. 32, 1987, p. 835 s.
23. C'est sous cette dénomination que le texte était présenté dans la presse : *Moralisation de la vie publique*, *Le point* ; *Moralisation de la vie politique : ce que contient la loi*, *Libération* ; *Moralisation : les douze points à retenir du projet de loi*, *Public Sénat*.
24. *Exposé des motifs, dossier législatif du projet de loi organique rétablissant la confiance dans l'action publique*.
25. Un rapporteur au Sénat, à propos du projet de loi de moralisation de la vie politique notait avec raison : « Pour autant, il convient de garder à l'esprit que la loi ne peut porter remède à tous les maux de la société, encore moins "moraliser" la vie publique. La loi ne saurait créer une morale ; tout au plus peut-elle contraindre dans une certaine mesure ceux qui en sont dénués à adopter les mêmes comportements que ceux qui en sont pourvus ».
26. *Circ. relative à la lutte contre la fraude fiscale*, 22 mai 2014.
27. *Moralisation des marchés publics : l'article se réfère à une éthique irréprochable et loyale*.

28. Conv. OCDE, 18 mars 1999, relative à la corruption : introduction.

29. Convention pénale du conseil de l'Europe contre la corruption du 27 janv. 1999.

30. C. pén., art. 432-10 à 432-16.



## Fiche 2. Diviser le Droit

### **Thèmes de la séance :**

- Distinguer selon les intérêts : Droit privé/Droit public
- Distinguer dans l'espace : Droit interne/Droit de l'Union/Droit international
- Se familiariser avec les arrêts de la Cour de cassation

### **Documents :**

Doc. 1 : S. Coursoux-Bruyère, « La personne : une notion au cœur de la *summa divisio* droit public-droit privé », *Dr. fam.* 2013, n° 12, doss. 42.

Doc. 2 : J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », disponible sur le site de la Cour de cassation.

Doc. 3 : Apprendre à faire une fiche d'arrêt.

Doc. 4 : Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 1982

Doc. 5 : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 1999

Doc. 6 : Ass. Plén., 29 oct. 2004 et *D.* 2004, p. 3175, obs. V. Vigneau

Doc. 6 bis : Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, n° 96-19.878

Doc. 7 : Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2020, n° 19-19.387

Doc. 8 : O. Dufour, « Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation », *Defrénois*, mai 2019, p. 13

### **Discussion en séance :**

Votre chargé de travaux dirigés vous expliquera la teneur de la réforme de la rédaction des décisions. Afin de vous préparer à cette explication-discussion, consultez la *note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, disponible sur le site de la Cour de cassation. Le document 7 vous donne également un aperçu de cette évolution (que vous avez déjà vu dans la fiche 1, doc. 3) et le document 8 propose une analyse synthétique de cette évolution.

### **Travail de l'étudiant :**

- Rédigez, grâce à la méthode fournie au document 3 et après avoir attentivement lu le document 2, les fiches d'arrêt des documents 5, 6 et 6 bis. Après avoir défini la notion de bonnes mœurs, formulez un avis motivé sur l'évolution de la solution par rapport à la solution du document 4.
- Vous répondrez à la question suivante : qu'est-ce qu'une directive et comment son contenu intègre-t-il le droit interne des Etats membres de l'Union européenne ?

*En séance, votre chargé de TD reviendra dans le détail sur la structure des arrêts (en prenant appui sur les documents 2 et 3) ainsi que sur la méthodologie de la fiche d'arrêt. L'essentiel de ce TD sera donc consacré à ces questions méthodologiques (apprendre à lire un arrêt, démontrer que l'on a correctement appris à lire un arrêt en rédigeant une fiche) et à l'évolution des méthodes de rédaction.*

**Doc. 1 : S. Coursoux-Bruvère, « La personne : une notion au cœur de la *summa divisio* droit public-droit privé », *Dr. fam.* 2013, n° 12, doss. 42.**

1. - Pourquoi faire un colloque sur la notion de personne en droit public après avoir réfléchi à la notion de personne en droit privé ? Il n'est pas certain que l'on se soit fondamentalement posé la question lorsque l'on a envisagé l'organisation de notre série de colloques autour de la notion de personne, et cela probablement, parce que nous sommes "sociologiquement" influencés, nous juristes français, par ce que le professeur Jean-Arnaud Mazeres appelle "cette ligne de démarcation"<sup>Note 1</sup> entre le droit privé et le droit public qui traverse une grande partie des analyses juridiques, que ce soit de manière plus ou moins directe. Si elle n'a rien de particulièrement audacieux, cette démarche est-elle la plus pertinente ?

2. - Mon propos n'aura pas pour objet de rediscuter de "l'intérêt de la *summa divisio* droit public-droit privé", ce qui fut le thème d'un passionnant colloque organisé, il y a quelques années par l'université Jean Monnet de Saint-Étienne<sup>Note 2</sup>, mais beaucoup plus modestement de positionner, quoique la démarche puisse révéler une forme de tropisme, la notion de personne dans le cadre de cette approche dichotomique traditionnelle : droit public-droit privé.

3. - Plusieurs auteurs se sont consacrés à l'étude historique de la *summa divisio* droit public-droit privé. Pour n'en citer que deux, Georges Chevrier réalisa une recherche fouillée sur la question, publiée aux Archives de Philosophie du Droit de 1952<sup>Note 3</sup>, de même plus récemment, Louis-Augustin Barrière lors du colloque stéphanois précité<sup>Note 4</sup>.

4. - Pour notre part, l'approche sera plus ciblée en s'attachant à rechercher la présence, voire la place, de la notion de personne dans l'histoire de la *summa divisio* droit public-droit privé. Peut-être de manière un peu excessive, ne pourrait-on pas considérer que la notion de personne est au cœur de la construction de la *summa divisio* ? Nous distinguerons trois périodes selon lesquelles la notion de personne joue un rôle plus ou moins prégnant dans la *summa divisio* droit public-droit privé. Tout d'abord, il ressort que la distinction personne publique-personne privée constitue l'un des fondements historiques de la *summa divisio* (1). Toutefois, ensuite, l'on constate plutôt un effacement temporaire du critère de la personne, concomitant d'ailleurs avec un affaiblissement de la *summa divisio* elle-même (2). Pourtant, le critère personne publique-personne privée réapparaît pour se trouver être au cœur de la renaissance de la *summa divisio* (3).

### **1. Le fondement historique de la *summa divisio***

5. - La dichotomie droit public-droit privé s'est lentement dégagée dans la Rome Antique<sup>Note 5</sup>, mais de tout temps, il a été difficile d'établir un ou des critères de distinction. C'est finalement très souvent par une opposition plus ou moins artificielle de l'un par rapport à l'autre que l'on définit les deux domaines. Cette opposition s'est pour une part, qui ne saurait être exclusive, construite, explicitement ou implicitement, autour de la distinction personne publique-personne privée. Ainsi, Cicéron oppose *jus publicum* et *jus privatum*, en séparant le droit que "met en vigueur la volonté de l'État" de celui qui découle des volontés particulières<sup>Note 6</sup>. Ainsi, la distinction du *jus* ne se fonde pas sur son objet ou sa finalité mais sur sa source immédiate, soit l'État, soit les volontés particulières. Si l'on traduit en termes plus contemporains, la distinction trouverait alors sa source dans l'opposition personne publique (l'État) et personnes privées (les volontés particulières).

6. - À l'époque classique, suite aux écrits d'Ulpien, on considère que le *jus publicum* règle les rapports juridiques où est impliqué le *populus romanus* (lorsque l'État romain est sujet actif ou passif dans un rapport juridique), lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts de l'État. En revanche, lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts des particuliers, on applique alors les règles du *jus privatum*<sup>Note 7</sup>. La distinction droit public-droit privé perd ensuite de sa portée mais on peut encore la retrouver à l'époque mérovingienne, traduite de manière un peu différente mais, à notre sens, toujours construite implicitement autour de la notion de personne. La division devient alors plus utilitaire s'exprimant sous la forme de droit du prince ou droit des sujets. La qualité de *publicus* à laquelle est déjà attachée une position privilégiée<sup>Note 8</sup>, est donnée aux agents et au domaine du monarque franc. C'est d'ailleurs à la "personne" du prince que se rattache les attributs de la puissance publique. Le *privatus* concerne alors le particulier, au sens de celui dépourvu de fonctions publiques<sup>Note 9</sup>. La distinction apparaîtra ensuite assez inadaptée aux périodes carolingienne et féodale où l'on assiste plutôt à la formation d'un droit mixte, mêlant autorité publique et droit privé.

## 2. L'effacement temporaire du critère de la personne

7. - Les romanistes du Moyen Âge vont toutefois redécouvrir la distinction droit public-droit privé. Mais, à cette époque, la notion de personne joue alors un rôle moins fondamental dans l'opposition des deux.

8. - Au XI<sup>e</sup> siècle, Bulgarus considère encore le *jus publicum* comme "l'ensemble des prérogatives qu'exerce une *universitas*, c'est-à-dire une communauté, un corps et qui vise son utilité commune" et le *jus commune (jus privatum)* comme "une règle dont l'usage est permis à l'ensemble des particuliers"<sup>Note 10</sup>. Au XII<sup>e</sup> siècle, Placentin se réfère à un critère quasi matériel puisqu'il fonde la distinction sur l'objet de chacune des disciplines : *jus publicum, res publica et jus privatum, res privata*. Le droit public traite alors des choses publiques (à l'époque cultes, sacerdoces, magistratures).

9. - La *summa divisio* droit public-droit privé trouve alors plus directement sa source à travers la finalité de la règle ou les intérêts qui entrent en jeu. Ce critère finaliste sera plus tard relativisé, redonnant une place plus significative à la notion de personne. Toutefois, jusqu'à la fin XVI<sup>e</sup> siècle, on ne constate aucun cloisonnement rigide du droit, on assiste plutôt à la dissolution du *jus publicum* dans le *jus privatum*<sup>Note 11</sup>. Il ressort cependant que la notion de personne n'est pas extérieure à ce mouvement unitaire. Ainsi Pierre Grégoire distingue les notions de chose et de personne. Georges Chevrier analyse cette approche : "aux *res* était rattachée l'étude des choses publiques de droit humain – par exemple les droits du fisc – et celle des fiefs ; aux personnes celles des personnes ecclésiastiques et des *publicae personnae*, s'étageant du prince aux magistrats"<sup>Note 12</sup>.

10. - À partir de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, on redécouvre timidement la distinction droit public-droit privé sans que l'on puisse alors véritablement parler d'une *summa divisio*. À notre sens, la notion de personne publique ou privée est alors sous-jacente à la redécouverte de la distinction. Le droit public concerne l'État, les finances, les magistrats, notamment le souverain, auquel est ajouté le droit de la paix et de la guerre, alors que le droit privé a "pour principal objet l'intérêt de tous les particuliers qui composent l'État"<sup>Note 13</sup>. Le droit public a un champ d'application restreint constituant essentiellement un domaine réservé aux gouvernants. Il faudra toutefois attendre la fin de la monarchie pour que la division droit public-droit privé soit pleinement efficiente.

### 3. Le critère personne publique-privée au cœur de la renaissance de la *summa divisio*

11. - Les révolutionnaires avaient encore une approche essentiellement unitaire du droit et c'est avec Napoléon Bonaparte que la distinction droit public-droit privé renaît pleinement. Si, d'un côté, l'on assiste à la codification du droit privé, de l'autre, on crée le Conseil d'État à qui l'on confie – même si la chose est bien modeste dans un premier temps – le contentieux administratif. Cette renaissance se concrétisera complètement quelques décennies plus tard à travers l'arrêt *Blanco*<sup>Note 14</sup>. Si ce dernier est éminemment connu pour être l'acte de naissance du droit administratif, un droit dérogatoire du droit commun, on doit constater que la distinction qui en découle – droit public-droit privé – trouve son fondement dans la distinction personne privée-personne publique. Il suffit de relire attentivement le considérant de principe : "considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État (*personne publique*) pour les dommages causés aux particuliers (*personnes privées*) par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particuliers à particuliers". Ainsi, la notion de personne est au cœur de la définition du droit public français moderne.

12. - La démarche sera reprise par bon nombre d'auteurs. Maurice Hauriou réalisera, dans son Précis de droit administratif et de droit public, "le premier exposé du droit administratif articulé autour de la personnalité"<sup>Note 15</sup>. Jean Carbonnier écrit lorsqu'il présente la matière juridique aux étudiants de première année de droit : "Tout le droit se divise en deux parties (...) : droit public et droit privé. Le droit public a pour objet l'organisation de l'État et des personnes morales qui en dépendent, ainsi que leurs rapports avec les particuliers (...) Le droit privé a pour objet les rapports des particuliers (personnes privées) entre eux"<sup>Note 16</sup>.

13. - De nos jours, la distinction droit public-droit privé est encore bien vivace, et nous pouvons penser comme le professeur Barrière que "cette distinction conservera de l'importance tant que les personnes publiques seront dotées d'une organisation et de moyens d'action particuliers supposant l'édiction de règles distinctes du droit privé pour leur permettre d'agir efficacement dans l'intérêt général"<sup>Note 17</sup>.

14. - Toutefois, il est également indéniable que les frontières entre le droit public et le droit privé se modifient<sup>Note 18</sup>, du fait d'un double mouvement convergeant lié à la notion de personne. D'une part, on assiste à une limitation du champ et des moyens d'action des personnes publiques, alors que d'autre part, on constate une attribution à la personne publique de certaines caractéristiques de la personne privée. Ainsi, cela implique de s'interroger sur la question de savoir comment la personne de droit public est appréhendée par le droit public, et dans quelle mesure il y aurait évolution de cette approche. C'est ainsi que David Mongoin s'est interrogé à savoir s'il existait un critère pour les personnes publiques, que Guillaume Protière et Jérôme Travard ont étudié la question d'un éventuel rapprochement entre la personne de droit public et de droit privé.

15. - Par ailleurs, la notion de personne est l'objet d'une relation intrinsèquement imbriquée entre le droit privé et le droit public, dans la mesure où la personne de droit privé est au cœur du droit public, est la raison d'être du droit public. Cette relation, à savoir comment la personne privée est appréhendée par le droit public, sera étudiée à travers différents aspects par Claire Marliac. Delphine Pollet, Marjolaine Monot-Fouletier et Damien Monnier ont étudié, quant à eux, plus particulièrement les relations entre personne privée et personne publique. ■

Note 1 J.-A. Mazere, *Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition*, RDP 2005, p. 1047.

Note 2 De l'intérêt de la *summa divisio* Droit public-Droit privé, ss. dir. de B. Bonnet et P. Deumier, colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009 à l'université Jean Monnet de Saint-Etienne.

Note 3 G. Chevrier, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les œuvres des anciens juristes français*, *Archives de Philosophie du Droit*, 1952, p. 5 à 78.

Note 4 L.-A. Barrière, *Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé*, colloque précité. V. aussi sur cette question, M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État, La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique*, chap. XII, p. 183 à 198.

Note 5 V. G. Chevrier, *art. préc.*

Note 6 G. Chevrier, *op. cit.* p. 13, citant M. Kaser, *Das altrömische Jus*, p. 79.

Note 7 G. Chevrier, *op. cit.* p. 14. L'auteur note une définition similaire dans les *Institutes* de Justinien.

Note 8 Notamment, en matière pénale ou procédurale. On constate donc déjà une situation exorbitante du droit ordinaire des sujets.

Note 9 G. Chevrier, *op. cit.* p. 18.

Note 10 G. Chevrier, *op. cit.* p. 27.

Note 11 On peut toutefois noter l'existence d'un auteur, H. Doneau, qui relie l'idée de droit public à celle de personne publique, cité par L.-A. Barrière, *op. cit.* p. 14.

Note 12 G. Chevrier, *op. cit.* p. 44.

Note 13 G. Chevrier, *op. cit.* p. 45.

Note 14 *T. confl.*, 8 févr. 1873, n° 00012 : Lebon, p. 61.

Note 15 G. Burdeau, cité par L.-A. Barrière, *op. cit.* p. 22.

Note 16 J. Carbonnier, cité par J. Troper, *op. cit.* p. 184.

Note 17 L.-A. Barrière, *op. cit.* p. 30.

Note 18 Sans parler de certaines branches du droit qui, par nature, semblent ne pas connaître cette *summa divisio* comme le droit de l'Union européenne ou le contentieux constitutionnel.

## Doc. 2 : J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile »<sup>1</sup>

Depuis la création du Tribunal de cassation en 1790, des générations de conseillers à la Cour de cassation ont affiné une **technique de rédaction des arrêts très sophistiquée**, dont les principales caractéristiques sont la concision, la précision terminologique et la rigueur logique.

Les progrès de l'informatique permettent désormais de rendre accessible, dans les bases de données, les rapports objectifs du conseiller rapporteur, qui posent la problématique du pourvoi, ainsi que les conclusions des avocats généraux dans les affaires publiées au Bulletin de la Cour. Ensuite, les moyens des pourvois auxquels répondent les arrêts, qui n'étaient publiés que dans les arrêts de rejet car ils font alors partie intégrante de l'arrêt, sont, depuis décembre 2008, accessibles sur Jurinet lorsqu'ils sont annexés à la décision (1). A travers le développement des sites "intranet" et "internet" de la Cour de cassation, de très nombreux documents relatifs aux arrêts rendus sont désormais accessibles en ligne.

Dans le souci de faciliter encore davantage la lecture et la compréhension des arrêts de la Cour, il est apparu utile de diffuser la présente note méthodologique contenant un certain nombre de précisions techniques sur la rédaction des arrêts, et qui a pour objet d'attirer l'attention des lecteurs sur la **spécificité formelle des arrêts de la Cour de cassation**. Cette nouvelle fiche, comme la fiche déjà diffusée sous le titre "Interprétation et portée des arrêts de la cour de cassation en matière civile", a pour ambition de contribuer au **dialogue** nécessaire entre la Cour de cassation et les juridictions du fond. La version électronique de cette fiche permet d'accéder directement à la plupart des arrêts cités.

### Les difficultés de compréhension des arrêts

#### Les interrogations sur le sens des arrêts de la Cour de cassation

L'interprétation de ses arrêts suscite des questions et parfois des critiques, engendre des faux sens ou des hésitations.

Il est d'abord malaisé pour un justiciable de comprendre que la Cour :

- ne re-juge pas l'affaire, mais juge la **conformité de la décision attaquée aux règles de droit** (article 604 du code de procédure civile) ;
- n'apprécie pas le fait, mais **dit le droit**

Les avocats eux-mêmes ne commettent-ils pas parfois le contresens consistant à lire le moyen au lieu de retenir la réponse de la Cour ? Combien d'arrêts sont invoqués, de plus ou moins bonne foi, dans des conclusions, comme des arrêts de principe, alors qu'ils ne sont que des arrêts sans aucune portée normative en raison de l'appréciation souveraine des juges du fond ? La mise en ligne par "Legifrance" de l'intégralité des arrêts a décuplé la fréquence de ce type d'affirmation.

Quant aux interprétations doctrinales, elles font parfois découvrir aux chambres de la Cour des innovations ou des revirements que celles-ci n'avaient ni envisagés ni effectués.

---

<sup>1</sup>[https://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2009\\_2866/no\\_702\\_3151/communication\\_3153/](https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/)

De leur côté, les juges du fond s'interrogent souvent sur le sens d'un arrêt censurant leur décision, sur l'interprétation d'un précédent jurisprudentiel ou sur la portée d'une décision. Ainsi, peut-on se leurrer sur un rejet d'apparence satisfaisant pour le juge du fond, qui constitue en fait un sauvetage de sa décision, par exemple grâce aux motifs présumés adoptés des premiers juges. Inversement, nous savons bien que sont mal reçues certaines cassations pour défaut de réponse aux conclusions : n'est-ce pas en effet un grief difficile à accepter par le juge d'appel qui s'est trouvé, dans un litige de droit immobilier, devant une douzaine d'intimés, des actions en garantie, des appels incidents ou provoqués, conduisant à de très nombreuses conclusions interminables, enchevêtrées et touffues...?

Pourtant, tous les magistrats du fond qui viennent en stage à la Cour de cassation se rendent bien compte que, même si le taux de cassation en matière civile est de l'ordre de 30 % des pourvois, les magistrats de la Cour n'éprouvent aucun plaisir à casser un arrêt. Mais, sauf à renoncer à sa mission propre, **la Cour ne peut que casser lorsque la loi est claire et que les circonstances de fait souverainement relevées par les juges du fond ne lui laissent aucune marge d'appréciation.**

### Analyse des difficultés de compréhension des arrêts

Ces difficultés ont, pour l'essentiel, deux sortes de causes relevant :

- a) de la logique juridique des arrêts ;
- b) de la politique et de la pratique judiciaire.

#### *a) Les difficultés tenant à la logique juridique des arrêts*

Si les arrêts de la Cour sont d'interprétation délicate, c'est en effet d'abord en raison de la mission de la Cour : aux termes du sous-titre III du titre XVI du livre premier du Code de procédure civile, le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire qui tend, selon l'article 604, "à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit". Ainsi, comme toute décision judiciaire, **un arrêt de la Cour de cassation correspond à la formalisation du raisonnement de la Cour** qui, partant de circonstances de fait souverainement retenues par les juges du fond, est saisie d'une contestation de la décision des juges du fond au moyen d'un argumentaire juridique. **Si elle approuve le raisonnement des juges, elle rejette le pourvoi. Si elle le réfute, elle casse la décision attaquée.**

Mais, contrairement à ce qu'elle exige des juges du fond, la Cour de cassation, juge du droit, n'exprime pas la motivation de sa décision, en ce sens qu'elle "**dit le droit**" sans dire pourquoi elle privilégie telle ou telle interprétation de la loi. Cette absence de "motivation" des arrêts est fréquemment critiquée par la doctrine, et la Cour de cassation n'est pas restée insensible à cette critique. Depuis la condamnation de la France par la Cour européenne de Strasbourg, la Cour de cassation a profondément modifié les conditions d'examen des pourvois, puisque les parties et leurs conseils ont désormais facilement accès, ainsi que tous les magistrats pour les arrêts publiés, au rapport objectif du conseiller rapporteur et à l'avis de l'avocat général (2). La simple comparaison de ces éléments avec l'arrêt prononcé permet d'appréhender aisément la problématique du pourvoi, les solutions envisageables et les éléments pris en compte par la Cour de cassation dans le choix de la solution. Mais cet effort de transparence ne semble pas devoir aller jusqu'à transformer la nature de la mission de la Cour, qui lui permet de faire évoluer la jurisprudence en fonction des mutations de la société telles que prises en compte par les décisions des juges du fond.

Le lecteur, ignorant souvent tout de la technique de rédaction d'un arrêt de la Cour de cassation, risque de l'interpréter inexactement. Afin d'éviter de faire dire à un arrêt plus que ce

qu'il comporte, il convient de rappeler les limites dans lesquelles la décision de cassation s'insère.

La Cour de cassation n'a **aucune possibilité d'auto-saisine** d'une affaire, qui reste la chose des parties. Dès lors, le lecteur devra être attentif à trois paramètres qui définiront les limites du champ d'intervention de la Cour :

- les parties : ne peuvent se pourvoir que les parties à la décision critiquée et qui y ont intérêt (article 609 du code de procédure civile) ;
- les griefs : ne seront examinés que les chefs du dispositif de la décision attaquée expressément critiqués par le pourvoi. Les chefs de dispositif non visés par les moyens ne seront pas atteints par une éventuelle cassation, sauf s'ils sont la suite logique et nécessaire d'un chef de dispositif cassé ;
- les moyens : la Cour de cassation ne statuera, selon l'adage classique, que sur "Le moyen, rien que le moyen, mais tout le moyen", d'où la nécessité de prendre connaissance des moyens présentés pour mesurer la portée d'un arrêt de la Cour. En effet, aux termes de l'article 624 du code de procédure civile, "la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire". Si la Cour de cassation, comme elle en a la possibilité, sous réserve du respect du principe de la contradiction (article 1015 du code de procédure civile), relève un moyen d'office ou rejette un pourvoi par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné, cet élément sera nécessairement mentionné dans la décision elle-même et donc, le lecteur en sera informé.

Il résulte des limites du champ de la saisine de la Cour de cassation, que contrairement à ce qui est parfois perçu, un arrêt de rejet n'a pas nécessairement pour effet une totale approbation par la Cour de cassation de la décision attaquée. En effet, si les moyens n'ont pas visé certains chefs du dispositif ainsi que les motifs qui les justifient, la Cour n'a pas eu à les analyser ni, par voie de conséquence, à se prononcer sur leur pertinence.

De la même façon, une cassation intervenue sur un moyen contestant, par exemple, la recevabilité d'un appel ne préjuge en rien de la valeur de la démonstration juridique au fond de l'arrêt attaqué. En effet, certains moyens sont nécessairement préalables à l'analyse des moyens de fond, tels que les moyens invoquant la violation du principe de la contradiction (article 16 du code de procédure civile) ou des règles de procédure, comme la validité de l'ordonnance de clôture. Une cassation sur de tels moyens interdit l'examen des autres moyens, sur lesquels la Cour ne se prononce pas.

L'exigence du raisonnement logique impose, comme devant les juridictions du fond, **l'examen des moyens dans un certain ordre** (recevabilité avant le fond, principe de responsabilité avant l'indemnisation du préjudice, qui est nécessairement préalable à l'examen des moyens portant sur les appels en garantie, etc.). Dès lors qu'un de ces moyens est accueilli, il interdit l'examen des moyens qui, en pure logique, ne portent que sur une conséquence du chef de dispositif cassé. Cette situation s'exprimera par l'indication, juste avant le dispositif de la formule : "Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens...".

Les moyens sont, en général, décomposés en "**branches**", qui correspondent aux différents angles d'attaque que le demandeur au pourvoi a trouvés pour contester le chef de dispositif attaqué par le moyen : ainsi, une condamnation à payer une certaine somme peut être critiquée sur le fondement de la violation de l'article 1382 du code civil (première branche), mais aussi pour manque de base légale au regard de cet article 1382, faute, par exemple, d'avoir caractérisé le lien de causalité entre la faute et le dommage (deuxième branche), pour défaut de réponse à des conclusions qui contestaient la réalité du dommage (troisième branche), etc. Pour qu'un moyen soit rejeté, il faut que la Cour examine chacune des branches présentées et les rejette toutes. Si la critique d'une branche est fondée, la Cour n'aura pas à statuer sur les autres branches du moyen, sauf s'il est possible d'écarter la branche pertinente en retenant que les

motifs critiqués ne sont pas le seul fondement de la décision attaquée, qui peut être sauvée par un autre motif non contesté, ce qui s'exprime par une formule du type : "abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant..."

Cette logique, inhérente à la décision de cassation, trouve sa traduction dans la construction même des arrêts (cf. infra).

#### *b) Les difficultés tenant à la politique et à la pratique judiciaire du traitement des pourvois*

Il est également des causes de difficultés de compréhension du sens et de la portée des arrêts qui tiennent aux choix des parties et de leurs conseils, ainsi qu'à la politique judiciaire au sens large et aux intérêts contradictoires à concilier. On entend fréquemment dire : pourquoi n'y a-t-il pas davantage d'arrêts de principe ?

C'est d'abord parce que les pourvois n'en donnent pas toujours la possibilité, car les moyens dits "disciplinaires" (cf. infra) constituent une majorité des pourvois, et ensuite parce que la rigidité d'un arrêt de principe et l'ampleur, difficile à cerner, de ses conséquences ont, de tout temps, incité la Cour de cassation à la prudence : la **sécurité juridique**, qui est la première mission de la Cour, conduit à privilégier des évolutions "à petit pas" plutôt que des revirements spectaculaires, dont l'application aux affaires en cours pose de redoutables questions, comme l'a montré le rapport du professeur Molfessis sur les revirements de jurisprudence (Litec 2005). La Cour a néanmoins eu l'occasion de mettre en oeuvre le fruit de ces réflexions dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 juillet 2004 (Bull. 2004, III, n° 387), puis dans un arrêt d'assemblée plénière (Assemblée plénière, 21 décembre 2006, Bull. 2006, Ass. plén., n° 15).

S'y ajoute le fait que les rejets "d'espèce" dits de "sauvetage", dénués de véritable portée juridique et dont le nombre a tendance à s'accroître, révèlent l'hésitation et les scrupules de la Cour suprême devant les effets dilatoires et souvent déplorables des cassations de décisions qui, pour être imparfaitement motivées, n'en sont pas moins pertinentes quant à la solution apportée. Comme le disait Mme le doyen Fossereau, "la Cour de Cassation rejette les pourvois deux fois plus qu'elle ne les accueille en cassant et c'est heureux, mais elle rend des arrêts d'espèce plus que de principe et c'est dommage".

Ensuite, la Cour de cassation est nécessairement amenée à regrouper l'examen de certains pourvois. Comme devant toutes les juridictions, un pourvoi qualifié de "principal" peut entraîner, de la part du défendeur, une réplique sous forme de pourvoi "incident" ou "provoqué" (614 du code de procédure civile). La Cour choisira de répondre à ces différents pourvois et aux différents moyens qu'ils comportent dans un ordre procédant de la simple logique juridique (3). Il existe également des cas de connexité qui conduisent la Cour à joindre des pourvois et à répondre par un seul arrêt lorsque la même décision est frappée de différents pourvois par des parties différentes (4). Mais il est également possible que certains moyens visent un arrêt avant dire droit et d'autres l'arrêt au fond, ou que certains moyens critiquent un arrêt ayant fait l'objet d'un arrêt rectificatif, lui-même critiqué (5). Dans ces cas, la Cour ne rendra qu'un seul arrêt.

Par ailleurs, la Cour de cassation, par la force des choses, **est composée de plusieurs chambres**, et il ne peut être recouru à tout instant aux chambres mixtes. Or, les chambres gardent une **certaine autonomie compte tenu de leur spécialisation**, ce qui a justifié, ces dernières années, la mise en place de procédures internes pour limiter autant qu'il est possible les divergences de jurisprudence entre les chambres. Néanmoins, lorsque plusieurs chambres sont conduites à traiter de la même question, il est assez fréquent que le mécanisme de consultation officielle de l'autre chambre soit mis en oeuvre conformément aux dispositions de l'article 1015-1 du code de procédure civile. Dans ce cas, l'indication de la consultation figure en tête de la réponse de la Cour et donne au lecteur la certitude de l'accord des chambres sur la doctrine ainsi exprimée, qui devient ainsi celle de la Cour toute entière (2e Civ., 14 février 2008, Bull. 2008, II, n° 36).

Certaines dispositions purement matérielles, qui paraissent une évidence pour les praticiens de la cassation, doivent être explicitées, telles que l'indication, en haut et à droite, sur la minute de chaque arrêt, de son mode de diffusion. Pour identifier le type de publication qui est décidé au terme du délibéré des chambres et qui correspond à l'importance que la chambre accorde à la décision qu'elle vient d'arrêter, les arrêts mentionnent des lettres suivantes dont il faut connaître la signification :

D = diffusion sur la base de la Cour, mais sans publication. Ce sont les arrêts qui, pour les chambres, n'apportent rien à la doctrine de la Cour de cassation. Ils sont fréquemment qualifiés "d'arrêts d'espèce", même si une telle analyse n'a guère sa place pour un arrêt de la Cour, qui ne répond qu'à des moyens de droit ;

B = publication au Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC, diffusé tous les quinze jours à tous les magistrats), comportant le sommaire des arrêts qui seront publiés, et dont la Cour estime nécessaire de porter rapidement la solution à la connaissance des magistrats du fond. Le sommaire des arrêts est élaboré au sein de la chambre qui a rendu la décision et tend à dégager ce qu'apporte l'arrêt à la doctrine de la Cour. Le lecteur avisé ne doit en aucun cas se contenter de la lecture du sommaire, dont la concision peut conduire à des interprétations erronées, mais doit absolument se reporter à l'arrêt lui-même, connaissance prise des moyens auxquels il est répondu ;

P = publication au Bulletin de la Cour de cassation, édité désormais uniquement en version numérique. Ce sont les arrêts qui ont une portée doctrinale, soit par la nouveauté de la solution, soit par une évolution de l'interprétation d'un texte au regard de la jurisprudence antérieure, soit enfin parce que la Cour n'a pas publié cette solution depuis longtemps (une dizaine d'années) et qu'elle entend manifester la constance de sa position ;

I = diffusé sur le site internet de la Cour de cassation : il s'agit des arrêts qui, de l'avis de la chambre, présentent un intérêt pour le grand public, parce qu'il s'agit d'une question de société ou parce que la solution a des incidences pratique évidentes pour la vie quotidienne de nos concitoyens. Ils sont parfois assortis d'un communiqué qui en précise la portée ;

R = ce sont les arrêts dont la portée doctrinale est la plus forte. Ils sont analysés au rapport annuel de la Cour de cassation, qui permet l'actualisation, en léger différé, de l'essentiel de l'évolution de la jurisprudence de la Cour.

Ces indications relatives au niveau de publication des arrêts se retrouvent sur Jurinet en tête des décisions, à l'exception de l'indication de la mise sur internet. Les arrêts publiés au Bulletin disposent d'un sommaire édité en italiques avant l'arrêt, et la publication au rapport annuel est indiquée avec un lien direct avec ce rapport quand il est imprimé.

### **Comprendre la nature du contrôle exercé par la Cour de cassation**

Il résulte des articles L. 411-1 et L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire que **la mission essentielle de la Cour de cassation est d'assurer l'unité de l'interprétation de la loi sur tout le territoire de la République sans connaître le fond des affaires, afin d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi.** La distinction du fait et du droit apparaît a priori comme une évidence, comme un principe simple : la Cour de cassation contrôle l'application uniforme du droit et laisse aux juges du fond l'analyse des faits. Cette distinction est plus complexe qu'il n'y paraît, et la lecture attentive des arrêts permet de comprendre l'importance et les modalités de ce contrôle qui détermine la liberté d'action des juges du fond.

## La problématique du contrôle

Sur le principe du contrôle, certains soutiennent que la Cour ne pourrait pas exercer un contrôle nuancé : elle devrait contrôler toutes les notions juridiques, mais ne pourrait pas contrôler ce qui touche aux faits souverainement appréciés par les juges du fond. Les tenants de cette position considèrent que l'on doit apprécier un contrôle à son effet (la cassation) et non à sa forme ou à son expression. Ils contestent donc le principe même d'un contrôle modulé. D'autres tentent de distinguer le contrôle de forme (de procédure) du contrôle logique (vice de motivation y compris la dénaturation), du contrôle normatif (qui porte sur ce qui a été décidé au fond). Cette distinction séduisante ne semble pas pertinente puisqu'il n'y a pas de hiérarchie entre les lois de procédure et celles de fond. Les moyens dits "disciplinaires", aussi irritants soient-ils, relèvent du contrôle de la Cour de cassation au même titre que les moyens portant sur le fond du droit. La seule différence est que les contrôles de forme ou de motivation sont tous de même intensité, alors que le contrôle normatif est le seul qui puisse revêtir un niveau d'intensité variable.

Cette question du contrôle est particulièrement complexe et constitue un sujet d'incertitudes que seule la connaissance des arrêts les plus récents de la Cour de cassation permet de lever. En effet, le niveau de ces contrôles n'est pas constant même si, sur le plan théorique, la Cour de cassation est consciente que trop contrôler pervertirait sa mission. Lorsque l'on entre dans la réalité des pourvois, il apparaît parfois difficile de s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond, sous peine de renoncer au rôle unificateur d'interprétation du droit de la Cour de cassation. Or, au fil du temps, la doctrine de la Cour de cassation peut évoluer : ainsi lors de la promulgation d'un nouveau texte, la tentation existe d'en contrôler strictement les conditions d'application, pour ensuite relâcher le contrôle.

Une intervention de l'assemblée plénière peut modifier la nature du contrôle : ainsi, la contestation sérieuse en matière de référé, dont le contrôle, abandonné par la première chambre civile le 4 octobre 2000 (Bull. 2000, I, n° 239), a été rétabli par l'assemblée plénière le 16 novembre 2001 (Bull. 2001, Ass. plén., n° 13), au motif précisément que "en statuant par ces motifs, qui ne mettent pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

Suivant les matières et les chambres, la même notion peut être contrôlée ou non : ainsi en est-il de la faute qui, en matière de divorce, n'est pas contrôlée, mais qui fait l'objet d'un contrôle léger dans les autres contentieux. L'analyse d'une chambre peut également varier dans le temps : si la chambre sociale a longtemps considéré que le harcèlement était souverainement apprécié par les juges du fond (Soc., 23 mai 2007, Bull. 2007, V, n° 85) (6), plusieurs arrêts du 24 septembre 2008, dans le souci d'harmoniser les solutions souvent disparates des juges du fond, ont instauré un contrôle de qualification de cette notion (Soc., 24 septembre 2008, Bull. 2008, V, n° 175) : "Qu'en se déterminant ainsi, sans tenir compte de l'ensemble des éléments établis par la salariée, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des textes susvisés".

## Les différents types de contrôle

Les praticiens de la Cour de cassation (magistrats et avocats aux Conseils) distinguent classiquement le contrôle **normatif**, le contrôle de **motivation** et le contrôle appelé par commodité "**disciplinaire**", qui tend à une véritable égalité des citoyens devant la justice en faisant assurer un contrôle de qualité des décisions judiciaires par la Cour de cassation.

## 1°) Le contrôle normatif

Le contrôle normatif, ou contrôle de fond, présente quatre niveaux :

- L'absence de contrôle lorsque le juge dispose d'un **pouvoir discrétionnaire** : le juge n'a même pas besoin de motiver sa décision ; par exemple, en application de l'article 1244-1 code civil pour refuser d'accorder des délais de paiement, pour refuser de modérer une clause pénale (1152 du code civil), pour refuser une demande de sursis à statuer, pour fixer la charge des dépens ou le montant des frais non compris dans les dépens. Dans ces cas, les arrêts mentionnent que le juge n'a fait qu'user de son pouvoir discrétionnaire (Com., 16 septembre 2008, pourvois n° 07-11.803 et 07-12.160, et 1re Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 08-11.337) ;

- Le contrôle restreint à l'existence d'une motivation, compte tenu du pouvoir souverain des juges du fond : **le juge du fond, dès lors qu'il motive, apprécie la réalité des faits, et ces faits s'imposent à la Cour de cassation** : par exemple, l'évaluation du préjudice et des modalités de sa réparation. Les arrêts font fréquemment référence au pouvoir souverain des juges du fond ou à leur appréciation souveraine des éléments de fait (2e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-19.340 : "... c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits qui lui étaient soumis que la cour d'appel a décidé que son attitude était constitutive d'un abus de droit") ;

- le contrôle léger : c'est un contrôle de légalité qui intervient lorsque la cour d'appel a tiré une conséquence juridique de ses constatations de fait qui était possible mais qui aurait pu être différente sans pour autant encourir la critique, et ce contrôle léger s'exprime par une réponse au rejet selon laquelle le juge du fond "**a pu...**" statuer comme il l'a fait (Com., 17 février 2009, pourvoi n° 07-20.458 : "que la cour d'appel a pu en déduire que ce comportement était fautif et devait entraîner pour M. X... décharge à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par voie de subrogation ; que le moyen n'est pas fondé") ;

- le contrôle lourd : il intervient **lorsque la cour d'appel ne pouvait, à partir de ses constatations de fait, qu'aboutir à la solution retenue, sous peine de voir son arrêt cassé pour violation de la loi** : les arrêts de rejet utilisent alors des expressions très fortes, telles que "exactement", "**à bon droit**", lorsque le juge a énoncé pertinemment une règle (2e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-11.888 : "Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que ni l'indépendance du service du contrôle médical vis-à-vis de la caisse ni les réserves émises par celle-ci sur le respect du secret médical ne peuvent exonérer les parties à la procédure du respect des principes d'un procès équitable"). Le mot "justement" est utilisé de préférence lorsque le juge a correctement tiré les conséquences d'un texte (1re Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 07-16.993).

## 2°) Le contrôle normatif de motivation : le manque de base légale

Le deuxième type de contrôle est à la fois normatif et pédagogique, et s'exprime dans les cassations pour **manque de base légale** : dans ce cas, il est fait reproche aux juges du fond de n'avoir pas caractérisé tous les éléments permettant à la Cour de cassation d'exercer son contrôle normatif. Un exemple classique est pris des éléments de la responsabilité civile (faute, dommage et lien de causalité), qui doivent être caractérisés, faute de quoi la décision n'aura pas la base légale qui est contrôlée par la Cour de cassation. Dans une telle hypothèse, la décision est peut-être excellente mais **la motivation est insuffisante**, en ce qu'elle fait l'impasse sur des faits qui sont indispensables à l'application de la règle de droit. C'est en ce sens que les cassations pour manque de base légale ont une **vocation pédagogique pour tous les juges**, et la cour d'appel de renvoi pourra reprendre la même solution dès lors qu'elle la motivera

correctement. Ceci explique qu'il ne peut y avoir de rébellion d'une cour de renvoi après une cassation pour manque de base légale.

### 3°) Le contrôle dit "disciplinaire"

En dehors des contrôles qualifiés de normatifs, il existe également ce que la pratique appelle improprement le contrôle "disciplinaire". Les moyens disciplinaires sont ceux qui n'ont d'autre but que de faire censurer la décision attaquée pour un vice de motivation, fréquemment au visa des articles 455 et 458 du Code de procédure civile et, souvent, pour défaut de réponse à conclusions. **Certaines de ces critiques formelles dérivent de la méconnaissance des principes fondamentaux de la procédure**, tels que la détermination de l'objet du litige, le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction, la publicité des audiences, la communication des causes au ministère public, la composition des juridictions ou la signature de la minute. Dans tous ces cas, la Cour de cassation ne censure pas les juges du fond pour avoir mal jugé en leur dispositif, mais elle **censure la décision pour sa méconnaissance des formes ou de la méthodologie légales**. La conséquence d'une cassation "disciplinaire" est que la juridiction de renvoi pourra reprendre à son compte la même solution, mais après avoir complété, amélioré ou modifié la motivation, ou après s'être conformée aux formalités requises.

De la même façon, le grief de dénaturation est généralement considéré comme un grief disciplinaire, puisqu'il soutient que le juge a fait dire à un écrit clair autre chose que ce qu'il dit. La dénaturation d'un écrit ne sera sanctionnée par une cassation que si l'écrit est clair, car s'il est ambigu, il appartient alors aux juges du fond de l'interpréter souverainement (3e Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 07-19.211 : "Mais attendu que c'est par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté des termes de la clause dite "réserve du privilège du vendeur et de l'action résolutoire" rendait nécessaire, que la cour d'appel a retenu que l'exception d'irrecevabilité présentée par Mme X... devait être rejetée").

Il convient d'attirer l'attention du lecteur sur la **différence essentielle entre le manque de base légale, qui sanctionne une insuffisance de motivation touchant au fond du droit et le "défaut de motifs", qui sanctionne une absence de motivation** (7) et qui trouve sa source non seulement dans des dispositions très claires du droit interne, mais aussi de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'interprétation qu'en a donné la Cour européenne de Strasbourg (8). Si un chef de dispositif de la décision attaquée n'est pas fondé sur un motif de la décision qui le justifie ou un motif adopté de la décision des premiers juges qui est confirmée, la cassation interviendra pour violation de l'article 455 (et éventuellement 458) du code de procédure civile, qui impose la motivation des jugements. **Pour qu'il y ait un manque de base légale, il faut que la décision soit motivée, mais que les motifs soient insuffisants pour la justifier en droit**. La différence entre ces deux cas d'ouverture à cassation n'est donc pas une différence de degré mais une différence de nature, car le défaut de motifs est un vice de forme de l'arrêt, alors que le manque de base légale est un vice de fond.

A la lumière de cette analyse des trois types de contrôles exercés par la Cour de cassation, quelques exemples permettent de comprendre comment la Cour contrôle les décisions des juges du fond, mais évidemment dans la limite des moyens présentés par les parties :

- **Les faits sont toujours souverainement appréciés par le juge du fond, qui doit seulement motiver sa décision** (2e Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 06-20 994). Toutefois, le respect des règles de preuve de ces faits, et notamment de la charge de la preuve, est évidemment contrôlé, car il s'agit d'une question de droit (1<sup>re</sup> Civ., 3 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.718). Les motivations portant sur un état psychologique, ou sur une appréciation quantitative non réglementée telles que l'occupation insuffisante d'un local, le montant d'une provision, la

valeur d'une exploitation agricole, la part contributive d'un époux aux charges du mariage, ne sont pas contrôlés ;

- **La qualification des faits est en principe contrôlée, car elle correspond à la mission essentielle du juge du fond.** Mais ce principe est tempéré lorsque certaines qualifications sont très imprégnées de fait et qu'un contrôle, même léger, serait inopportun : si la faute fait en principe l'objet d'un contrôle léger (9), elle est souverainement appréciée par les juges du fond en matière de divorce, car, dans cette matière très sensible, la Cour préfère laisser les juges du fond apprécier souverainement la faute des conjoints. L'aléa en matière d'assurance n'est plus contrôlé depuis un arrêt de la première chambre civile du 20 juin 2000 (Bull. 2000, I, n° 189). Le trouble manifestement illicite, en matière de référé, fait, au contraire, l'objet d'un contrôle léger, à la suite d'un arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2000 (Bull. 2000, Ass. plén., n° 6) qui est revenu sur les décisions de l'assemblée plénière du 4 juillet 1986 (Bull. 1986, Ass. plén., n° 11) (10) et celles, postérieures, de la deuxième chambre civile, qui privilégiaient la notion de trouble (question de pur fait) sur le "manifestement illicite" (question de droit mais qui doit être évidente : 2e Civ., 25 octobre 1995, Bull. 1995, II, n° 255).

- **Les conséquences juridiques de la qualification des faits retenus sont toujours contrôlées.** A titre d'exemple, un arrêt de la troisième chambre civile du 13 juillet 2005 (Bull. 2005, III, n° 155) montre la diversité des contrôles auxquels peut procéder la Cour et la richesse des enseignements que l'on peut tirer d'un arrêt de la Cour lorsque l'on prend soin de l'analyser : On y trouve successivement :

1°) un contrôle normatif sur l'article 606 du code civil ;

2°) une appréciation souveraine de certains faits, et

3°) un contrôle lourd sur le raisonnement de la cour d'appel compte tenu de la pertinence des prémisses :

"Mais attendu qu'ayant relevé, (1°) à bon droit, qu'au sens de l'article 606 du Code civil, les réparations d'entretien sont celles qui sont utiles au maintien permanent en bon état de l'immeuble tandis que les grosses réparations intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale, et (2°) souverainement retenu, par motifs propres et adoptés, que les désordres étaient dus à des dispositions constructives inadéquates et que les travaux de remise en état de l'immeuble après les inondations, les travaux qui tendaient à empêcher ou à limiter le risque d'inondation, les travaux de mise en conformité de toitures et de réfection de l'installation électrique, la reprise de la fuite d'eau en cave, la réparation d'une canalisation détruite par le gel en raison d'un manque de calorifugeage et la remise en état de la couverture de l'appentis concernaient la structure et la préservation de l'immeuble, la cour d'appel (3°) en a exactement déduit que ces travaux étaient imputables au propriétaire dès lors que le contrat de bail mettait à la charge du locataire les réparations locatives ou d'entretien, à l'exception des grosses réparations visées par l'article 606 du Code civil ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé".

La claire perception par les juges du fond de la nature du contrôle tel qu'exercé actuellement par la Cour de cassation semblerait de nature à permettre d'éviter, grâce à une motivation adéquate, des cassations inutiles.

### La formulation du contrôle dans les arrêts de la Cour de cassation

Les précisions qui suivent ont pour objet de **faciliter la compréhension des subtilités terminologiques** habituellement appliquées par les chambres civiles de la Cour de cassation, même s'il peut exister des décisions qui s'en écartent.

#### 1°) Dans les arrêts de rejet

Au regard des motifs de la décision attaquée, le terme :

- “a énoncé...” implique la reproduction exacte des termes de la décision attaquée et n’apporte aucune précision sur le contrôle ;
- “a constaté...” correspond à une appréciation souveraine des faits par les juges du fond : l’indication de l’absence de contrôle des faits procède de l’usage même de ce mot : un constat est nécessairement du fait ;
- “a relevé...” porte plutôt sur des considérations et circonstances de fait ;
- “a retenu...” correspond plutôt à une appréciation de fait ayant une incidence d’ordre juridique.

Mais, dans la rédaction, l’un de ces deux derniers verbes (relevé et retenu) est parfois utilisé d’une façon moins précise afin d’éviter une répétition. Cependant, ces verbes (relevé, retenu, jugé ou décidé) ne déterminent pas, par eux-mêmes, la nature du contrôle exercé par la Cour de cassation ; en effet, ils peuvent correspondre :

- soit à une appréciation souveraine des juges du fond. Ils sont alors fréquemment précédés de l’indication “a souverainement relevé...”, “a souverainement retenu...”, “a souverainement décidé...”, et la seule mention “a relevé”, “a retenu”, “a décidé” sous entend une absence de contrôle, puisque cette formulation ne contient aucune critique et implique la souveraineté des juges du fond.
- soit à l’expression d’un contrôle qui est alors indiqué de la façon suivante :
  - Contrôle léger : a pu retenir... a pu en déduire... a pu décider que... ;
  - Contrôle lourd : a exactement retenu... en a exactement déduit... ou a retenu à bon droit... en a déduit à bon droit... a décidé à bon droit...

## 2°) Dans les arrêts de cassation

Par hypothèse, **si une cassation est prononcée, c’est que l’arrêt attaqué présentait un vice faisant l’objet d’un moyen pertinent, sur une question qui fait l’objet d’un contrôle de la Cour de cassation.** L’expression de ce contrôle se trouvera dans ce que l’on appelle le “conclusif” de l’arrêt, c’est-à-dire dans le dernier alinéa de l’arrêt, qui exprime la doctrine de la Cour de cassation et **qui débute par “qu’en statuant ainsi...” pour la violation de la loi ou par “qu’en se déterminant ainsi...” pour le manque de base légale.**

Le contrôle normatif pour violation de la loi se concrétise à la fin du conclusif par l’expression “la cour d’appel a violé le texte susvisé” (assemblée plénière, 13 mars 2009, pourvoi n° 08-16.033, en cours de publication). Le contrôle de motivation normatif et pédagogique s’exprime par la formule “la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision” (chambre mixte, 20 juin 2003, Bull. 2003, Ch. mixte, n° 4). Le contrôle disciplinaire, lorsqu’il correspond à une violation d’un texte, s’exprime comme le contrôle normatif, puisqu’un texte s’imposant au juge a été violé. Lorsqu’il s’agit de la violation des articles 455 et 458 du code de procédure civile qui exigent que le juge motive sa décision, le conclusif se termine, en général, par la formule : “qu’en statuant ainsi, la cour d’appel n’a pas satisfait aux exigences du texte susvisé” (3e Civ., 26 novembre 2008, Bull. 2008, III, n° 188).

### **Comment sont construits les arrêts de la Cour de cassation ?**

Pour lire aisément les arrêts de la Cour de cassation, il convient de connaître leur structure, qui est fondée sur un syllogisme rigoureux.

#### Structure d’un arrêt de rejet

- Le syllogisme d’un arrêt de rejet se présente ainsi :
- chef de dispositif de la décision attaquée critiqué ;
  - moyens exposant les raisons juridiques de la critique ;

- réfutation par la Cour de cassation de ces critiques.

Il existe deux principaux types d'arrêts de rejet du pourvoi :

1°) Les arrêts dits "en formule développée" sont les arrêts de rejet, tels qu'ils sont publiés au Bulletin, qui ont suscité un débat à la chambre et qui apportent quelque chose à la doctrine de la Cour de cassation. **Ils comportent un exposé des faits, la reproduction des moyens et la réponse de la Cour de cassation conduisant au rejet du pourvoi.**

- L'exposé des faits ne contient que les éléments résultant de l'arrêt attaqué et, éventuellement, du jugement, s'il est confirmé. C'est la raison pour laquelle l'exposé des faits est introduit par l'expression : "Attendu, selon l'arrêt attaqué...", pour bien marquer que cette analyse des faits n'est pas celle de la Cour de cassation, dont ce n'est pas la mission, mais celle des juges du fond. **Sont éliminés de cet exposé tous les éléments factuels qui ne seraient pas nécessaires à la compréhension des moyens et de la réponse de la Cour de cassation.** Les juges du fond ne doivent donc pas s'étonner de ne pas retrouver dans l'arrêt de la Cour de cassation tous les faits du procès qu'ils ont eu à juger. Il se termine souvent par l'indication de l'objet de l'assignation et de la situation procédurale des parties.

- L'arrêt se poursuit par l'indication du chef de dispositif attaqué par le moyen : il n'est pas nécessairement intégralement reproduit et est souvent simplement mentionné par une formulation du genre : "M. X... **fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande** (ou d'accueillir la demande de M. Y...)", dès lors que la fin de l'exposé des faits a précisé la situation des parties (11) .

- Une fois le grief précisé, le moyen est introduit par la formule : "**alors, selon le moyen, que...**". C'est le moyen tel que formulé par l'avocat aux Conseils qui est reproduit en caractères typographiques italiques sur la minute de l'arrêt et sur la publication au Bulletin, chaque branche étant numérotée. S'agissant du texte établi par le conseil d'une partie, il n'appartient pas à la Cour de cassation de le modifier, quelles que soient ses éventuelles imperfections.

- La réponse au rejet de la Cour de cassation s'exprime, en principe, par une seule phrase puisqu'elle est la réponse à un moyen qui vient d'être reproduit, et est introduite par "**Mais attendu...**", dès lors que l'argumentation du moyen est réfutée grâce aux motifs pertinents repris de la décision attaquée. En effet, sauf les cas rares où la Cour substitue un motif de pur droit aux motifs de la cour d'appel (article 620 du code de procédure civile), la Cour de cassation doit trouver dans les motifs de la décision attaquée, ou, si l'arrêt est confirmatif, dans les motifs présumés adoptés des premiers juges, les éléments nécessaires à la réfutation de toutes les branches du moyen (12). **La doctrine de la Cour de cassation, qui s'exprime par la reprise formelle des motifs des juges du fond, montre bien l'importance majeure de la motivation juridique des décisions des juges du fond, qu'ils soient du second degré ou du premier, validés à la suite d'une confirmation du jugement en appel.** Cette observation est d'autant plus importante que la Cour veille à ne pas réécrire les décisions attaquées, dont la précision terminologique, voire grammaticale, laisse parfois à désirer, ce qui est imputé ensuite, bien à tort, à la Cour de cassation. Lorsque l'arrêt attaqué comporte un mot impropre que la Cour de cassation évite d'utiliser, le mot est mis entre guillemets afin de bien marquer ses réserves sur cette expression impropre (par exemple : "compromis de vente" au lieu de promesse de vente (13). Il appartient au lecteur avisé de tirer, pour l'avenir, les conséquences de cette invitation discrète à veiller à la précision terminologique.

Afin d'éviter de trop alourdir le style mais dans le souci d'écartier chaque branche du moyen, la réponse contient de nombreuses incidentes telles que : "sans dénaturer", "sans violer l'autorité de la chose jugée", "abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant", "répondant aux conclusions", "sans être tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes", etc. C'est pourquoi, pour bien comprendre l'intégralité d'une réponse au rejet, il convient de confronter chaque élément de la réponse avec les branches

du moyen et les motifs contestés de l'arrêt. Cependant, ainsi que nous l'avons vu, l'essentiel et l'intérêt d'une réponse au rejet ne réside évidemment pas dans ces incidentes, mais dans la partie de la réponse dans laquelle la Cour reprend les motifs de la décision attaquée, en les assortissant de l'indication du contrôle qu'elle entend exercer.

Si la Cour de cassation entend matérialiser l'importance doctrinale d'un arrêt de rejet, elle introduira dans sa réponse ce que la pratique appelle "**un chapeau intérieur**". Ce chapeau intérieur **correspond à la formulation abstraite d'une interprétation prétorienne de la règle de droit et est le pendant, pour un arrêt de rejet, du conclusif d'un arrêt de cassation pour violation de la loi**. Ce chapeau intérieur est placé en tête de la réponse de la Cour. Il est suivi immédiatement de la constatation que la décision attaquée a fait une correcte application du principe ainsi énoncé (chambre mixte, 28 novembre 2008, Bull. 2008, Ch. mixte, n° 3). Lorsque l'assemblée plénière, réunie à la suite d'une rébellion d'une cour d'appel de renvoi, revient sur la doctrine de la Cour de cassation et adopte la position de la seconde cour d'appel, elle rejette fréquemment le pourvoi en formulant la nouvelle doctrine de la Cour sous forme d'un chapeau intérieur (assemblée plénière, 9 mai 2008, Bull. 2008, Ass. plén., n° 3).

2°) Les autres arrêts de rejet n'ont aucune portée normative et sont le plus souvent examinés par une formation à trois magistrats dès lors que "la solution s'impose", conformément aux dispositions de l'article L. 431-1 du code de l'organisation judiciaire. Un tel arrêt, habituellement qualifié "d'arrêt rédigé en formule abrégée", ne contient pas d'exposé des faits et ne reproduit pas les moyens. Il se contente de formuler la réponse de la Cour de cassation et les moyens sont simplement annexés à la décision. Les seules conséquences qui peuvent être tirées de ce type d'arrêt sont soit que l'arrêt attaqué était conforme à la doctrine de la Cour, soit que les moyens n'étaient pas efficaces, comme contestant une appréciation souveraine des juges du fond. Il faut préciser ici que lorsque la Cour répond qu'un moyen "manque en fait", cette expression signifie simplement que le moyen fait dire à l'arrêt qu'il attaque autre chose que ce qu'il contient : c'est donc le moyen qui, par inadvertance ou délibérément, affirme une inexactitude, qui est sanctionnée par le rejet du moyen (3e Civ., 27 janvier 2009, pourvoi n° 08-11.401).

3°) Enfin, mention doit être faite des décisions de non-admission des pourvois, qui représentent actuellement environ 30 % du volume des affaires civiles. Les décisions de non-admission, qui ne sont pas véritablement des "arrêts" puisqu'elles ne comportent aucune réponse de la Cour si ce n'est le visa de l'article 1014 du code de procédure civile, ont les effets d'un arrêt de rejet, mais sans aucune portée normative. La non-admission peut être fondée sur l'irrecevabilité évidente du pourvoi ou sur l'absence de moyen sérieux de cassation. Une décision de non admission exprime plus la faiblesse des moyens (ou de certains moyens) présentés que la valeur de l'arrêt attaqué (3e Civ., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-20.691).

Il va de soi que ces différentes réponses de la Cour de cassation peuvent se combiner en fonction de la pertinence des différents moyens présentés à l'occasion d'un pourvoi.

### Structure d'un arrêt de cassation

Le syllogisme d'un arrêt de cassation se présente ainsi :

- La règle est celle-ci (le visa et le chapeau) ;
- La juridiction du fond a dit cela ;
- En statuant ainsi, elle a violé la règle (le conclusif).

C'est pourquoi un arrêt de cassation se décompose de la façon suivante :

- **Il débute par le visa “de la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée”** (article 1020 du code de procédure civile), ce qui s’exprime par un visa du ou des textes en cause, ou, le cas échéant, d’un principe général du droit reconnu par la Cour (14). Si le texte est codifié, le numéro de l’article est mentionné, suivi du titre du code : ”Vu l’article 1382 du code civil”. Si plusieurs textes sont le support direct de la cassation, ils sont reliés par la conjonction de coordination “et” (assemblée plénière, 9 juillet 2004, Bull. 2004, Ass. plén., n° 11). Si un texte est le support direct de la cassation et qu’un autre texte apparaît nécessaire dans la situation particulière, cet autre texte est précédé de l’expression “ensemble” (assemblée plénière, 24 juin 2005, Bull. 2005, Ass. plén., n° 7) :

- **Après ce visa, est énoncée la règle de droit lui correspondant : c’est le “chapeau”, ainsi appelé parce qu’il coiffe l’arrêt**, et qui est, en principe, la reproduction du texte visé. Lorsque le texte est long et complexe, la Cour en fait parfois la synthèse, matérialisée par une formule du genre : “Attendu qu’il résulte de ce texte que ...” ou “Attendu selon ces texte...”. Pour les texte très connus (articles 4, 16 et 455 du code de procédure civile, 1134, 1382, 1384 , 1792 du code civil), l’habitude a été prise de se dispenser du chapeau, ainsi que pour les cassations pour manque de base légale. Les textes introduits dans le visa par le mot “ensemble” ne sont pas reproduits dans le chapeau, qui ne reprend que le texte principal, fondement de la cassation. De nombreux textes comportent des renvois en rendant la compréhension difficile : “ ...visés au troisième alinéa de l’article 5 du chapitre 6 du livre II du code...” ; une telle énumération incompréhensible est alors remplacée par l’objet qu’elle concerne.

- **L’exposé objectif des seuls faits constants qui sont nécessaires à la compréhension de l’arrêt se situe soit après le chapeau, soit en tête de l’arrêt, lorsqu’il y a plusieurs moyens auxquels il convient de répondre.** L’arrêt mentionne ensuite le grief fait à la décision attaquée : “Attendu que, pour accueillir (ou pour rejeter) la demande, l’arrêt retient...” ; suivent les motifs erronés qui fondent la décision et qui, parce qu’ils ne sont pas pertinents, vont conduire à la cassation.

- **L’arrêt se termine par le “conclusif”, seul texte qui exprime la doctrine de la Cour de cassation, qui boucle le raisonnement** en retenant : “qu’en statuant ainsi, la cour d’appel a violé le texte susvisé” (chambre mixte, 25 octobre 2004, Bull. 2004, Ch. mixte, n° 3), ou “qu’en se déterminant ainsi, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision” lorsque la cassation intervient pour manque de base légale (2e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-18.039). **Afin de faciliter la compréhension de son arrêt, la Cour complète fréquemment le conclusif d’un élément d’explication qui se traduit, pour les cassations pour violation de la loi, par la formule “qu’en statuant ainsi alors que...”** (assemblée Plénière, 27 février 2009, pourvoi n°07-19.841, en cours de publication) **et, pour les manque de base légale, en indiquant la nature du vice de motivation retenu, tel que “sans rechercher... sans caractériser...”, afin que la cour d’appel de renvoi sache exactement ce qu’elle doit faire et qu’avait omis la première cour d’appel** (Com., 10 février 2009, pourvoi n° 07-20.445).

Il arrive parfois que l’interprétation de la règle se trouve dans le chapeau, notamment lorsque le chapeau, étant introduit par une formule du genre “Attendu qu’il résulte de ces textes...”, ne se contente pas de formuler une synthèse neutre des textes mentionnés au visa, mais précise l’interprétation que donne la Cour de cassation de ces textes (1re Civ., 16 avril 2008, Bull. 2008, I, n° 114). Une telle présentation, plus “percutante”, est parfois critiquée comme constituant une anomalie méthodologique, car la Cour de cassation s’érige alors en pseudo-législateur en affirmant d’emblée une interprétation prétorienne, alors que cette affirmation doit, dans un processus judiciaire normal, être le résultat d’un raisonnement déductif.

**Le lecteur doit être attentif au visa et au contenu du “chapeau” au regard du conclusif de l’arrêt, car une cassation peut intervenir dans deux hypothèses : soit parce**

**que la cour d'appel a refusé d'appliquer un texte, soit parce qu'elle a appliqué un texte alors qu'il n'était pas applicable.**

- Si la cassation correspond à un **refus d'application d'un texte, le visa et le chapeau correspondront au texte qui aurait dû être appliqué et qui ne l'a pas été.** Le conclusif indiquera, lorsque la formule traditionnelle "qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé" ne suffit pas à la compréhension de la cassation, pourquoi le texte aurait dû être appliqué, grâce à une incidente introduite par "alors que..." (1<sup>re</sup> Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 07-21.262).

- Si la cassation intervient **pour fausse application, le visa et le chapeau correspondront au texte que l'arrêt attaqué a appliqué inexactement, et c'est le conclusif qui permettra de savoir la raison pour laquelle le texte visé n'était pas applicable.** Dans ce cas également, le conclusif sera souvent complété d'une précision introduite par "alors que..." (Soc., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-44.794).

Autrefois, les arrêts de cassation précisaient fréquemment si la cassation intervenait pour refus d'application ou pour fausse application. Ce type de précision est aujourd'hui plus rare, dans la mesure où il est admis que la nature de la cassation doit se déduire logiquement du rapprochement du visa et du chapeau, avec le conclusif (15).

Comme dans toutes les décisions judiciaires, le dispositif est introduit par la formule "Par ces motifs", qui est éventuellement complétée de l'indication destinée à purger sa saisine : "et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens" si la cassation rend sans portée certains moyens qui critiquent des chefs de dispositif dépendant de celui qui est cassé (chambre mixte, 3 février 2006, Bull. 2006, Ch. mixte n° 1).

**Si la cassation est totale, elle intervient "en toutes ses dispositions"** (chambre mixte, 3 février 2006, Bull. 2006, Ch. mixte n° 1). La cour de renvoi aura alors à rejurer l'intégralité de l'affaire à partir de la décision du premier juge. **Si elle est partielle, sa portée est précisée dans le dispositif** : deux formules sont possibles : soit "casse, sauf en ce qu'il a ..." (Chambre mixte, 16 décembre 2005, Bull. 2005, Ch. mixte, n° 9) soit "casse mais seulement en ce qu'il a..." (Chambre mixte, 23 novembre 2004, Bull. 2004, Ch. mixte, n° 4, arrêt n° 2). Le choix de la formule sera fonction de ce qui semble le plus clair pour permettre à la cour d'appel de renvoi de déterminer ce qui reste à juger.

### **Comprendre la portée des arrêts de cassation**

- Si la Cour de cassation rejette un pourvoi qui n'a fait l'objet que d'un moyen sur un chef de dispositif, elle n'approuve pas pour autant la solution donnée sur les autres points, puisqu'elle n'en a pas été saisie. C'est pourquoi on trouve parfois dans les arrêts la formule : "qu'ayant retenu par un motif non critiqué...", ce qui permet de sauver l'arrêt en rejetant ce moyen.

- Si une cassation intervient, c'est que l'arrêt n'est pas justifié par un autre motif, qui permettrait à la Cour de dire que le motif attaqué qui va entraîner cette cassation est "erroné mais surabondant".

- Si l'arrêt attaqué se contente de "confirmer le jugement", ce sont les chefs de dispositif du jugement qui servent de base à l'articulation des moyens.

La Cour ne relève que rarement des moyens d'office de pur droit, mais, lorsqu'elle le fait, elle le dit et mentionne qu'elle en a donné avis aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile (Com., 17 février 2009, pourvoi n° 07-17.711).

Donc, si la portée de la cassation semble ambiguë, il faut revenir au dispositif de l'arrêt, et éventuellement du jugement, pour le rapprocher du grief fait à l'arrêt par le ou les moyens sur lesquels la cassation est fondée.

**Un gros effort a été fait par les chambres de la Cour pour préciser la portée de la cassation.** Mais, pour être efficace, cet effort doit être partagé : en effet, comment être précis dans la portée de la cassation si le dispositif du jugement et celui de l'arrêt sont généraux ou se contentent de débouter le plaideur sans avoir précisé, au préalable, très précisément quelles étaient les demandes qu'il formulait ? Un arrêt d'assemblée plénière du 13 mars 2009 (pourvoi n° 08 -60.33, en cours de publication) vient de rappeler que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans le dispositif, ce qui ne peut qu'inciter les juges du fond à une rédaction précise du dispositif des jugements, dont dépend la détermination de l'étendue de l'autorité de la chose jugée. Néanmoins, la Cour de cassation n'hésite pas à rechercher parfois dans le corps de l'arrêt des réponses distinctes à des chefs de demande correctement articulés mais qui font l'objet d'un dispositif global du type "déboute X... de ses demandes", afin de limiter l'ampleur de la cassation. Mais il est vrai que, même si la cour de renvoi parvient à cerner les limites de sa saisine, il est souvent difficile d'obtenir des plaideurs et de leurs conseils de se limiter, dans leurs écritures et leurs plaidoiries, à la saisine de la cour de renvoi. Il appartient à la cour d'appel de renvoi, et notamment au conseiller de la mise en état, d'y veiller fermement, et il est tout à fait souhaitable que la cour de renvoi définisse expressément les limites de sa saisine lors de la mise en état, puis dans le texte de l'arrêt.

### Portée des cassations totales

**Il faut savoir que si la Cour de cassation, fût-ce par erreur, prononce une cassation totale, la cassation est effectivement totale, de sorte qu'il ne subsiste rien de l'arrêt attaqué.**

Cette règle importante a été formulée par la deuxième chambre civile dans un arrêt du 25 novembre 1987, Bull. 1987, II, n° 244 : la cassation prononcée d'une décision en toutes ses dispositions "investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige, dans tous ses éléments de fait et de droit". Depuis, la deuxième chambre civile a fermement maintenu cette position, qui a été reprises par l'assemblée plénière le 27 octobre 2006 (Bull. 2006, Ass. plén., n° 13), et ce quel que soit le moyen qui a déterminé la cassation (2e Civ., 21 décembre 2006, Bull. 2006, II, n° 362). Dans cette hypothèse, d'une part, la saisine de la juridiction de renvoi est aussi large que possible, puisqu'aucun des chefs de l'arrêt cassé n'a acquis l'autorité de la chose jugée, alors même que certains moyens auraient été rejetés (1re Civ., 20 juin 1995, Bull. 1995, I, n° 265(16)). Il est en effet parfois nécessaire de rejeter un moyen de procédure qui est préalable (violation de l'article 16 du code de procédure civile par exemple), puis de casser sur une question de fond qui entraînera la cassation totale de l'arrêt. D'autre part, la juridiction de renvoi doit statuer sur tout ce qui lui est demandé. En ne le faisant pas, elle s'exposerait à une nouvelle cassation.

Cette jurisprudence comporte deux inconvénients évidents, l'un théorique, en ce qu'elle méconnaît l'article 624 du code de procédure civile, l'autre pratique, en ce qu'elle prolonge ou complique le procès. Mais elle offre aussi l'avantage considérable d'éliminer toute discussion sur l'étendue de la saisine de la juridiction de renvoi en cas de cassation totale.

Sur les points qu'elle atteint, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt cassé. Devant la juridiction de renvoi, l'instruction est reprise en l'état de la procédure non atteinte par la cassation. Dès lors, si, par l'effet d'une cassation totale, l'ordonnance de clôture rendue avant l'arrêt cassé a cessé de produire ses effets, les conclusions prises antérieurement n'en subsistent pas moins, de sorte que, l'intimé ayant demandé dans ses écritures que la clôture soit prononcée et que l'affaire soit jugée au vu des conclusions de

première instance, la cour d'appel est tenue de juger l'affaire en fait et en droit, sur le vu de ces seules écritures (2e Civ., 20 janvier 2005, Bull. 2005, II, n° 19).

Dès lors qu'une partie comparaît et conclut devant la juridiction de renvoi, celle-ci n'est tenue de répondre qu'aux prétentions et moyens formulés devant elle. Cette règle trouve application même pour la procédure orale (assemblée plénière, 26 octobre 2001, Bull. 2001, Ass. plén., n° 12). Mais à l'inverse, en cas de renvoi après cassation, la partie qui ne comparait pas est réputée s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elle avait remis à la juridiction dont la décision a été cassée (2e Civ., 12 décembre 2004, Bull. 2004, II, n° 63).

### Portée des cassations partielles

En cas de cassation partielle et si certains chefs de la décision n'ont pas été attaqués, la cassation s'étend néanmoins à ces chefs en cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire (article 624 du code de procédure civile : 2e Civ., 26 août 2006, Bull. 2006, II, n° 291). En revanche, **dès lors qu'il n'y a pas indivisibilité ou dépendance nécessaire, les chefs non cassés subsistent**, même si la cour d'appel avait prononcé une condamnation unique correspondant à des chefs de demande distincts. Le juge de renvoi est donc saisi de l'intégralité du litige, à l'exception des chefs de dispositifs non cassés qui ont acquis l'autorité de la chose jugée. Ainsi, une cour d'appel statuant sur renvoi de cassation, après avoir relevé que la cassation intervenue ne portait que sur le débouté d'une demande relative au dépassement de la quotité disponible, en a exactement déduit que le rejet des demandes d'annulation d'une donation-partage devait être tenu pour irrévocable (1re Civ., 22 février 2000, Bull. 2000, I, n° 52).

**Mais la censure est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation.** Ainsi, doit être cassé l'arrêt rendu sur renvoi après cassation qui réévalue le montant d'une indemnité d'éviction due au preneur d'un bail commercial, "alors que la cassation était limitée à la portée du moyen qui critiquait le chef de l'arrêt relatif à l'octroi des intérêts" (3e Civ., 23 mars 1982, Bull. 1982, III, n° 76).

### Les cassations pour des raisons de pure forme

Lorsque des cassations interviennent pour des raisons de pure forme, il appartient aux magistrats et fonctionnaires des greffes d'en tirer toutes les conséquences afin d'éviter que les anomalies sanctionnées se reproduisent. Compte tenu du délai nécessaire de traitement des pourvois, il apparaît souhaitable que chacun prenne en compte les erreurs des autres, notamment grâce aux arrêts publiés au BICC, et tire les conséquences utiles des arrêts condamnant des irrégularités trop fréquemment constatées.

Ainsi, le signataire se doit de procéder à la lecture intégrale de l'arrêt pour vérifier la régularité formelle de la décision, et ne pas se limiter à la relecture de ses seuls motifs. Sauf à faillir à sa mission, la Cour de cassation ne peut pas ne pas sanctionner sur des anomalies faisant que l'arrêt n'est plus une véritable décision de justice, même si l'erreur provient d'une mauvaise utilisation du traitement de texte.

On ne peut que regretter les trop nombreuses cassations qui sont encore prononcées, tant en matière civile que criminelle, pour des raisons purement formelles, tenant à des irrégularités constatées dans la composition des juridictions, à l'omission de mentions obligatoires, aux absences des signatures nécessaires. Ces cassations, dont l'effet est catastrophique pour l'image et le crédit de la justice, pourraient être facilement évitées, si des procédés de contrôle simples étaient mis en place au sein des cours d'appel et si les documents élaborés par la Cour de cassation avec les cours d'appel étaient systématiquement utilisés. Avec la mise en ligne sur

Jurinet et la publication au BICC des arrêts sanctionnant ces anomalies, il faut souhaiter que ce type de cassation disparaisse.

Les contraintes de la technique de traitement des pourvois imposant l'établissement de moyens distincts lorsqu'il existe plusieurs chefs de dispositifs dans la décision attaquée, il serait sage que les juges du fond n'hésitent pas à rédiger des dispositifs précis et détaillés, afin d'éviter que l'accueil d'un seul moyen ne conduise inutilement à une cassation totale. Si un dispositif d'une décision au fond est établi comme le propose l'exemple donné ci-dessous, la cassation pourra n'être que partielle et la cour de renvoi saura exactement ce dont elle est saisie.

- 1°) Infirme le jugement en toutes ses dispositions ;
- 2°) Déclare X... et Y... responsables de l'accident... ;
- 3°) Dit que Z... (victime) a commis une faute de nature à... ;
- 4°) Condamne in solidum X... et Y... à payer à Z... la somme de ... ;
- 5°) Condamne Y... à garantir X... ;
- 6°) Autres dispositions statuant sur la contribution à la dette entre les coauteurs ;
- 7°) Article 700 du nouveau code de procédure civile ;
- 8°) Dépens ;

La Cour de cassation souhaite que cette fiche méthodologique aide les magistrats du fond à mieux comprendre ses arrêts et lui permette ainsi de consacrer l'essentiel de ses forces à sa mission d'interprétation de la règle de droit.

---

(1) C'est-à-dire, pour les arrêts de cassation, pour les arrêts de rejets pour lesquels la Cour se contente de répondre au moyen si elle estime que la solution s'impose à l'évidence, et même pour les décisions de non-admission.

(2) Sur Jurinet, les moyens sont accessibles par l'icône en tête de l'arrêt, à côté de la mention "texte de la décision", et sont placés après le texte de l'arrêt. Le rapport objectif et les conclusions de l'avocat général sont accessibles par les icônes placées au pied de l'arrêt, à côté des noms du rapporteur et de l'avocat général.

(3) Com., 10 février 2009, pourvoi n° 07-20.445.

(4) Soc., 4 mars 2009, pourvois n° 07-45.291 et 07-45.295, et Com., 3 mars 2009, pourvois n° 08-13.767 et 08-14.346.

(5) 3e Civ., 11 mars 2009, pourvois n° 08-10.733, 08-11.859 et 08-11.897, et 2e Civ., 22 janvier 2009, pourvois n° 07-20.878 et 08-10.392.

(6) "... la cour d'appel a constaté, par une appréciation souveraine, que les messages écrits adressés téléphoniquement à la salariée le 24 août 1998 et les autres éléments de preuve soumis à son examen établissaient l'existence d'un harcèlement".

(7) Ou une motivation incertaine, hypothétique, dubitative, contradictoire ou inintelligible (1re Civ., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-17.163), toutes situations qui reviennent à une véritable absence de motif "utiles".

(8) Article 455 du code de procédure civile, aux termes duquel "le jugement doit être motivé", et CEDH (X... c/ Espagne, 21 janvier 1999, requête n° 30544/96) : "La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence

constante reflétant un principe lié à la bonne administration de la justice, les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent. L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce" (§ 26).

(9) Il faut rappeler à cet égard l'exigence de motivation de la faute lorsque les juges du fond sanctionnent un abus du droit d'agir en justice pour éviter de regrettables cassations pour absence de motivation de ce chef (3e Civ., 25 février 2009, pourvoi n° 08-10.280).

(10) "Mais attendu que si la grève est licite dans son principe en cas de revendications professionnelles, il appartient au juge des référés d'apprécier souverainement si elle n'entraîne pas un trouble manifestement illicite..."

(11) Il semble inutile d'alourdir la rédaction en mentionnant par exemple que " M. X... fait grief à l'arrêt de le condamner à payer 3 000 000 € de dommages-intérêts avec intérêts à compter de la demande" sauf, bien entendu, si le moyen porte sur le point de départ des intérêts.

(12) Ainsi, dans un même arrêt, un moyen peut être rejeté grâce à des motifs propres de l'arrêt attaqué et un autre moyen rejeté grâce aux motifs adoptés des premiers juges (3e Civ., 18 juin 2008, Bull. 2008, III, n° 105).

(13) "Attendu... qu'en l'absence de clause de caducité sanctionnant de plein droit le non-respect du terme prévu pour la réitération de la vente, "le compromis" prévoyait que, passé ce délai, huit jours après la réception d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par la partie la plus diligente sommant l'autre de s'exécuter et demeurée sans effet, l'acquéreur aurait la possibilité de contraindre le vendeur par toute voie de droit, que M. X... avait sommé l'acquéreur par lettre recommandée du 1er juin 2005, laquelle avait, le 2 juin 2005, réitéré sa volonté d'acquérir, la cour d'appel, sans dénaturer, en a exactement déduit que la vente intervenue le 16 septembre 2003 était parfaite" ; (3e Civ., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-21.779).

(14) Le professeur Morvan en a identifié 96, tels que "le principe du respect des droits de la défense", "le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui des troubles anormaux du voisinage" ou "le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application" (Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999).

(15) Fausse application : 1re Civ., 11 mars 2009, pourvoi n° 08-12.166 ; refus d'application : 1re Civ., 11 mars 2009, pourvoi n° 08-13.390.

(16) "... Attendu que, pour statuer ainsi, l'arrêt attaqué énonce que l'arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1990 a rejeté le moyen pris en ses trois branches faisant grief à la cour d'appel d'Agen d'avoir décidé l'attribution préférentielle de la maison d'habitation à M. X... et le partage en nature du reste des biens indivis, et que la Cour de cassation avait ainsi indiqué, en prononçant le rejet et en motivant la cassation sur les autres moyens, qu'elle entendait, quelle que soit la formule employée dans le dispositif de l'arrêt, la restreindre aux chefs qui étaient visés par ces derniers ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, alors que l'arrêt de la Cour de cassation disposait que l'arrêt de la cour d'appel d'Agen était cassé et annulé dans toutes ses dispositions, et les parties et la cause remises dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt, la cour d'appel a méconnu l'étendue de sa propre saisine, en violation de l'article susvisé".

### **Doc. 3 : Apprendre à faire une fiche d'arrêt**

La fiche d'arrêt est en réalité un exercice assez facile, mais qui requiert une grande rigueur : il s'agit de présenter une décision de justice selon un plan établi pour montrer que vous avez compris cette décision. Naturellement, cela signifie qu'il ne sert à rien de recopier l'arrêt : vous devez ordonnancer et synthétiser les différents éléments qui s'y trouvent afin de faire un exposé clair de la décision. Pour ce qui vous concerne à ce stade de votre cursus, seuls les arrêts rendus par la Cour de cassation feront l'objet de l'exercice.

L'élaboration d'une fiche d'arrêt suppose le respect scrupuleux de différentes étapes :

#### 1°. Les faits pertinents

Il faut rappeler les faits importants et surtout ne pas en inventer. Il faut opérer une sélection (par exemple, le rappel des dates peut avoir une utilité dans l'hypothèse où l'arrêt aborde la question de l'application de la loi dans le temps, de la prescription, etc. ; dans d'autres hypothèses au contraire, ce rappel n'apportera rien à la compréhension de l'arrêt et doit donc être exclu du rappel des faits). Cette rubrique se termine par l'objet de la demande (c'est-à-dire, l'identification de ce qui est demandé : des dommages-intérêts, un divorce, la garde des enfants, la destruction d'un édifice gênant, le respect d'un contrat,...) et par qui.

A cet égard, on rappellera que les parties doivent être qualifiées : évoquer, dans votre fiche, « M.X » ou « Mme Y » ne permet pas de comprendre (ces formulations, présentes dans les arrêts, s'expliquent simplement par l'anonymisation des décisions avant leur diffusion). La qualification est un travail intellectuel qui suppose que vous ayez compris l'arrêt. Les parties au litige s'affrontent-elles à propos d'un contrat de vente (auquel cas, les qualifications seront l'acquéreur et le vendeur), de leur lien de mariage (l'époux, l'épouse), de leur relation de travail (l'employeur, l'employé), etc. ? La qualification est une étape capitale. Si la situation des parties ne répond pas à une qualification juridique précise, utilisez les expressions génériques « un individu », « une personne ».

#### 2°. La procédure

Il faut retracer « l'histoire judiciaire » de l'affaire. On considère qu'elle commence au moment où l'une des parties saisit le juge. Vous devez donc indiquer qui a introduit l'action. Ensuite vous retracez la totalité de la procédure en indiquant bien qui est demandeur et qui est défendeur aux différentes étapes. Il arrive, dans les arrêts de la Cour de cassation, qu'il n'y ait pas d'indication sur la première instance ; dans ce cas, n'inventez pas, et contentez-vous des informations que vous avez sur l'appel.

Pour un arrêt de la Cour de cassation, il faut terminer en indiquant la partie qui a formé le pourvoi en cassation. Par exemple, « le vendeur, débouté, forme un pourvoi en cassation ».

#### 3°. Arguments du pourvoi ou solution de la cour d'appel

Il convient ici de rappeler l'argumentation qui s'oppose à celle retenue par la Cour de cassation. Dans les décisions du fond apparaissent les argumentations du demandeur et du défendeur. Toutefois, dans les arrêts de la Cour de cassation, l'exposé des thèses en présence est singulièrement réduit. Il faut donc évoquer ici l'argumentation qui est écartée par la Cour de cassation. Rien de plus simple : par définition, si c'est un arrêt de rejet, cela signifie que la Cour de cassation n'a pas été convaincue par les arguments du pourvoi. Ce sont alors les moyens du pourvoi qui devront apparaître dans cette rubrique. Au contraire, si c'est un arrêt de cassation, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel : cela signifie donc qu'elle n'a pas été convaincue par la motivation de la cour d'appel, et c'est alors la solution de la cour d'appel que vous ferez apparaître ici.

En d'autres termes :

- si c'est un arrêt de rejet : vous synthétisez ici les moyens du pourvoi.
- si c'est un arrêt de cassation : vous synthétisez ici la motivation de la décision attaquée, en règle générale la solution de la cour d'appel (plus exceptionnellement, si la décision attaquée a été rendue en premier et dernier ressort, il s'agira de la décision de première instance).

A ce stade, il est très important de ne pas mélanger les différents discours et de ne pas confondre, par exemple, l'argumentation de l'une des parties et ce que va énoncer le juge saisi. Pour mieux comprendre, apprenez à vous saisir le sens des expressions « alors que », « mais attendu que » qui se trouvent dans les arrêts de la Cour de cassation.

#### 4°. Le problème de droit

C'est le problème auquel répond la juridiction saisie. Il résulte de la confrontation des thèses en présence. Dans l'idéal, la question doit être fermée (on doit pouvoir y répondre par oui ou par non). Comment savoir si vous avez correctement formulé votre question de droit ? Là encore, rien de plus simple. Il suffit de vous assurer que les deux réponses possibles à cette question sont d'une part la thèse de l'étape 3 (c'est-à-dire les moyens du pourvoi si c'est un arrêt de rejet ou la solution de la cour d'appel si c'est un arrêt de cassation), et d'autre part la solution de la Cour de cassation elle-même, que vous allez exposer à l'étape 5.

#### 5°. La motivation et la solution

Dans cette rubrique vous devez consigner la solution retenue (la Cour de cassation rejette le pourvoi, ou la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel) ainsi que la motivation qui conduit la juridiction à statuer en ce sens. S'il s'agit d'un arrêt de cassation, il faut mentionner le visa.

Par la suite, vous devrez expliquer la solution qui a été rendue par la Cour de cassation (cela vous prépare à l'exercice du commentaire d'arrêt que vous rencontrerez fréquemment dans la suite de vos études) :

- Sens : Il faut dégager ici la signification de la solution rendue. Ex : ***Par cette solution, la Cour de cassation précise clairement sa position sur tel point juridique. En effet, selon elle, il s'agit de ... Or, en l'espèce, ...***

- Portée : l'étape consiste à remettre l'arrêt dans contexte, par rapport à la jurisprudence antérieure (est-ce une confirmation ou un revirement ?) et aux situations voisines (a-t-elle des incidences sur telle ou telle autre solution ?). Vous pouvez également envisager le « futur » de la solution.

**Doc. 4. : Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 1982, Bull. civ. I, n° 321**

SUR LE MOYEN UNIQUE, PRIS EN SES DEUX BRANCHES : ATTENDU, SELON LES ENONCIATIONS DES JUGES DU FOND, QUE M. Z... AVAIT SOUSCRIT, EN 1966, UNE POLICE D'ASSURANCE SUR LA VIE DONT LES BENEFICIAIRES ETAIENT S'IL VENAIT A MOURIR, SA FEMME, NEE TATIANA A..., A DEFAUT SA FILLE ET A DEFAUT SON BEAU-FILS ;

QU'IL ENTRETENAIT, D'AUTRE PART, UNE LIAISON AVEC MME ELISE Y..., VEUVE X... ;

QUE, LE 13 MAI 1977, IL FAISAIT MODIFIER PAR AVENANT LES BENEFICIAIRES DE L'ASSURANCE POUR SUBSTITUER A SA FEMME ET SA PROPRE FAMILLE, SA MAITRESSE ET LES AYANTS DROIT DE CELLE-CI ;

QU'IL DECEDAIT LE 14 OCTOBRE 1977 ;

QUE SA FEMME A SOUTENU QUE MME X... AVAIT EXTORQUE CETTE MODIFICATION AU DEFUNT, AU COURS DES DERNIERS MOIS DE SA VIE ;

QUE LA COUR D'APPEL, SAISIE DU LITIGE, A ANNULE L'AVENANT POUR CAUSE IMMORALE, AUX MOTIFS QUE LA LIBERALITE CONSENTIE A MME X... PAR M. Z... NE L'AVAIT ETE QUE "POUR CONSACRER SUR LE PLAN MATERIEL LE MAINTIEN DE LA LIAISON ADULTERE RECENTE" QU'IL ENTRETENAIT AVEC ELLE ;

ATTENDU QUE MME X..., FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL D'AVOIR AINSI STATUE, ALORS, EN PREMIERE LIEU, QU'ELLE SE SERAIT ABSTENUE DE PRECISER LES ELEMENTS DE PREUVE SUR LESQUELS ELLE SE SERAIT FONDEE POUR AFFIRMER QUE LA LIBERALITE AURAIT ETE CONSENTIE POUR CONSACRER LE MAINTIEN DE LA LIAISON ADULTERE ET QU'ELLE AURAIT AINSI PRIVE SA DECISION DE MOTIFS, ET ALORS, EN SECOND LIEU, QU'EN RELEVANT SEULEMENT QUE LA MODIFICATION DE L'ASSURANCE VIE AVAIT POUR OBJET DE "CONSACRER SUR LE PLAN MATERIEL" LES RELATIONS EXISTANT ENTRE LES AMANTS, ELLE N'AURAIT PAS CARACTERISE LA CAUSE IMMORALE, QUI N'EXISTE QUE SI LA LIBERALITE A POUR BUT LE MAINTIEN DES RELATIONS HORS MARIAGE ;

MAIS ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL, AYANT RELEVE QUE LA LIAISON DE M. Z... AVEC SA MAITRESSE ETAIT RECENTE ET QU'IL AVAIT MANIFESTE AUPRES DE SES AMIS L'INTENTION DE LA RENDRE DURABLE, A SOUVERAINEMENT DEDUIT DE TELLES PRESOMPTIONS QUE LA LIBERALITE CONSENTIE A MME X... AVAIT POUR BUT LA PROLONGATION DE CETTE LIAISON ADULTERE ;

QU'EN EXPLICITANT AINSI LES RAISONS AYANT ENTRAINE SA CONVICTION, ELLE A MOTIVE SA DECISION ET CARACTERISE LA CAUSE IMMORALE ENTRAINANT LA NULLITE DE L'AVENANT ;

QUE LE MOYEN N'EST DONC FONDE EN AUCUNE DE SES BRANCHES ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 17 FEVRIER 1981 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ;

**Doc. 5 : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 1999, Bull. civ. I, n° 43**

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1131 et 1133 du Code civil ;

Attendu que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ;

Attendu que le 26 octobre 1989, Roger Y... est décédé en laissant à sa succession son épouse et M. Christian Y... qu'il avait adopté ; que par testament authentique du 17 mars 1989, il a, d'une part, révoqué toute donation entre époux et exhéredé son épouse, et, d'autre part, gratifié Mme X... d'une somme de 500 000 francs ; que M. Christian Y... a soutenu que la cause de cette disposition était contraire aux bonnes mœurs ;

Attendu que pour prononcer la nullité de la libéralité consentie à Mme X..., la cour d'appel a retenu que la disposition testamentaire n'avait été prise que pour poursuivre et maintenir une liaison encore très récente ;

En quoi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 novembre 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

**Doc. 6 : Ass. Plén., 29 oct. 2004, Bull. civ. I, n° 12 et D. 2004, p. 3175, obs. Vigneau**

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLEE PLENIERE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 900, 1131 et 1133 du Code civil ;

Attendu que n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes moeurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Première Chambre civile, 25 janvier 2000, pourvoi n° D 97-19.458), que Jean X... est décédé le 15 janvier 1991 après avoir institué Mme Y... légataire universelle par testament authentique du 4 octobre 1990 ; que Mme Y... ayant introduit une action en délivrance du legs, la veuve du testateur et sa fille, Mme Micheline X..., ont sollicité reconventionnellement l'annulation de ce legs ;

Attendu que, pour prononcer la nullité du legs universel, l'arrêt retient que celui-ci, qui n'avait "vocation" qu'à rémunérer les faveurs de Mme Y..., est ainsi contraire aux bonnes moeurs ;

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

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 janvier 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne Mme Micheline X... aux dépens

**Obs. Vigneau**

Déjà saisie de cette affaire, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait reproché aux juges du fond d'avoir prononcé la nullité du legs pour cause immorale (Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, cité au n° 25 des Grands arrêts de la jurisprudence civile, 11e éd., Dalloz, 2000, p. 148). Elle réitérait la solution posée en 1999 selon laquelle « n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation qu'il entretient avec le bénéficiaire » (Cass. 1re civ., 3 févr. 1999, D. 1999, Jur. p. 267, rapp. X. Savatier et note Langlade-O'Sughrue ; D. 1999, Chron. p. 351, par Larroumet ; D. 1999, Somm. p. 307, obs. Grimaldi ; *ibid.*, p. 377, obs. Lemouland ; RTD civ. 1999, p. 364, obs. J. Hauser, p. 383, obs. J. Mestre, p. 817, obs. J. Hauser et p. 892, obs. J. Patarin ; V. depuis, Cass. 1re civ., 16 mai 2000, Defrénois 2000, p. 1049, obs. Massip ; 29 janv. 2002, Defrénois 2002, p. 681, obs. Massip ; Dr. famille 2002, n° 64, note Lécuyer).

En s'attachant aux faits particuliers de l'espèce, la cour de renvoi pensait pouvoir résister à la doctrine de la Haute juridiction en constatant, pour l'annuler, que le legs « n'avait vocation qu'à rémunérer les faveurs de la concubine ». Décision cassée donc, sur avis contraire de l'avocat général. La Cour de cassation réaffirme ainsi sa position en prenant soin de l'étendre au-delà de la seule volonté de « maintenir » la relation.

Deux brèves remarques. En premier lieu, la cour d'appel avait pris soin de relever que la libéralité du de cujus rémunérait les faveurs de sa maîtresse, de 64 ans sa cadette, en insistant sur le caractère « dégradant » et « immoral » de ce comportement. Or, le rapporteur de l'arrêt de 1999 avait affirmé que la position nouvelle ne s'appliquerait pas à l'hypothèse d'une libéralité consentie dans l'unique dessein de rémunérer les faveurs sexuelles de la concubine (X. Savatier, préc.). En second lieu, alors que la condition de licéité du motif est reprise dans chacun des articles visés par la Cour, celle-ci ne dit mot d'une éventuelle nullité du legs pour cause illicite. Or, la doctrine s'accorde à penser que la libéralité faite pour assurer le maintien d'une relation adultère contrevient au devoir de fidélité posé

par l'art. 212 c. civ. et doit donc être annulée comme portée par un motif illicite (L. Leveneur, Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? JCP 1999, I, 152 ; comp., Ch. Larroumet, La libéralité consentie par un concubin adultère, D. 1999, Chron. p. 351, préc.).

**Doc. 6 bis : Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, n° 96-19.878**

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu qu'à la suite du décès de René X..., survenu le 20 juin 1994, sa veuve, avec laquelle il était marié depuis le 26 octobre 1959, mais dont il s'était séparé en fait, en 1992, et leurs deux filles ont assigné Mlle Y..., avec laquelle il vivait depuis lors en concubinage, en demandant l'annulation des libéralités consenties à son profit au cours des mois précédant son décès ; que l'arrêt attaqué a fait droit à leurs demandes et condamné Mlle Y... à rapporter à la succession de René X... la somme de 500 000 francs correspondant à deux contrats "Natio vie décès" souscrits à son profit le 31 mars 1993, la somme de 2 377 069 francs qui lui avait été versée en vertu d'un contrat d'assurance-vie souscrit en 1968 par suite de la substitution le 15 avril 1993 de son nom à celui de Mme X... comme bénéficiaire, ainsi que la somme de 462 273,51 francs, correspondant aux versements effectués sur un compte joint ouvert au nom de M. X... et de Mlle Y... entre le 26 mars 1993 et le 27 avril 1994 ;

Sur le premier moyen pris en sa deuxième branche :

Vu les articles 900, 1131 et 1133 du Code civil ;

Attendu que n'est pas nulle, comme ayant une cause contraire aux bonnes moeurs, la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ;

Attendu que, pour prononcer la nullité des deux contrats "Natio vie décès" souscrits par René X... au bénéfice de Mlle Y... et de la substitution du nom de cette dernière à celui de Mme X... comme bénéficiaire du contrat d'assurance-vie souscrit en 1968, et la condamner à rapporter à la succession de René X... la somme de 500 000 francs et à payer à Mme X... celle de 2 377 069 francs, la cour d'appel a retenu que ces donations indirectes n'avaient été consenties que pour poursuivre et maintenir une liaison adultère ;

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

Et sur le second moyen :

Vu l'article 223 du Code civil ;

Attendu que chaque époux peut librement disposer de ses gains et salaires après s'être acquitté des charges du mariage ;

Attendu que pour condamner Mlle Y... à rapporter à la succession de René X... l'intégralité des sommes déposées sur le compte joint ouvert à leurs deux noms, l'arrêt attaqué retient que le texte précité ne pouvait recevoir application, les époux X... étant mariés sous le régime légal antérieur à la loi du 13 juillet 1965 ;

Attendu cependant qu'aux termes de l'article 9, deuxième alinéa, de cette loi, les dispositions des articles 214 à 226 du Code civil s'appliquent à tous les époux, sans qu'il y ait lieu de considérer l'époque à laquelle le mariage a été célébré ou les conventions matrimoniales passées ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les première et troisième branches du premier moyen :

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 juin 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Riom ;

remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

Condamne les consorts X... aux dépens ;

## **Doc. 7: Civ. 1re, 16 déc. 2020, n° 19-19.387**

L'association Confédération nationale des associations familiales catholiques, dont le siège est 28 boulevard de Clichy, 75009 Paris, a formé le pourvoi n° R 19-19.387 contre l'arrêt rendu le 17 mai 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 11), dans le litige l'opposant à la société Blackdivine Llc, société de droit américain, dont le siège est 60 Broad Street, Suite 3502 10004, 0000 New-York (États-Unis), défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Le Cotty, conseiller référendaire, les observations de la SCP Le Bret-Desaché, avocat de l'association Confédération nationale des associations familiales catholiques, de la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat de la société Blackdivine Llc, et l'avis de Mme Caron-Déglise, avocat général, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, après débats en l'audience publique du 3 novembre 2020 où étaient présents Mme Batut, président, Mme Le Cotty, conseiller référendaire rapporteur, M. Hascher, conseiller le plus ancien faisant fonction de doyen, Mmes Bozzi, Auroy, Poinseaux, Guihal, conseillers, Mmes Mouty-Tardieu, Azar, M. Buat-Ménard, Mme Feydeau-Thieffry, conseillers référendaires, Mme Caron-Déglise, avocat général, et Mme Berthomier, greffier de chambre, la première chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 17 mai 2019), la société Blackdivine, société de droit américain, editrice du site de rencontres en ligne [www.gleeden.com](http://www.gleeden.com), a procédé en 2015 à la publicité de son site par une campagne d'affichage sur les autobus, à Paris et en Ile-de-France. Sur ces affiches figurait une pomme croquée accompagnée du slogan : « Le premier site de rencontres extra-conjugales ».

2. Le 22 janvier 2015, la Confédération nationale des associations familiales catholiques (CNAFC) a assigné la société Blackdivine devant le tribunal de grande instance de Paris afin de faire juger nuls les contrats conclus entre celle-ci et les utilisateurs du site [Gleeden.com](http://Gleeden.com), au motif qu'ils étaient fondés sur une cause illicite, interdire, sous astreinte, les publicités faisant référence à l'infidélité, ordonner à la société Blackdivine de diffuser ses conditions commerciales et ses conditions de protection des données, et la faire condamner au paiement de dommages-intérêts. Un jugement du 9 février 2017 a déclaré la CNAFC pour partie irrecevable et pour partie non fondée en ses demandes.

3. En cause d'appel, celle-ci a renoncé à certaines demandes et n'a maintenu que celle relative à la publicité litigieuse, sollicitant, outre des dommages-intérêts, qu'il soit ordonné à la société Blackdivine, sous astreinte, de cesser de faire référence, de quelque manière que ce soit, à l'infidélité ou au caractère extra-conjugal de son activité, à l'occasion de ses campagnes de publicité.

### Examen des moyens

Sur le premier moyen

## Enoncé du moyen

4. La NAFC fait grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de ses demandes, alors :

« 1°/ que le devoir de fidélité entre époux ressortit à l'ordre public de direction ; qu'en ayant jugé que l'infidélité ne constituait qu'une faute civile ne pouvant être invoquée que par un époux contre l'autre et qu'elle ressortait ainsi seulement de l'ordre public de protection et non de direction, quand ce devoir ne tend pas seulement à protéger les intérêts privés des époux, mais comporte une dimension sociale, la cour d'appel a violé l'article 212 du code civil ;

2°/ que les époux ne peuvent déroger par convention particulière aux obligations nées du mariage ; qu'en ayant jugé que le devoir de fidélité ne ressortissait qu'à un ordre public de protection, car il pouvait y être dérogé par consentement mutuel des époux, la cour d'appel a violé les articles 212 et 226 du code civil ;

3°/ que si l'infidélité peut être excusée ou pardonnée, elle n'en reste pas moins illicite ; qu'en ayant jugé que le devoir de fidélité ne ressortissait pas à l'ordre public de direction, car l'infidélité peut être excusée dans une procédure de divorce, quand une telle excusabilité n'enlève rien à l'illicéité d'un tel comportement, la cour d'appel a violé l'article 212 du code civil ;

4°/ que l'infidélité caractérise un comportement à la fois illicite et antisocial ; qu'en ayant jugé le contraire, au postulat erroné que le devoir de fidélité ne ressortissait qu'à un ordre public de protection, la cour d'appel a violé les articles 212 du code civil, 1 et 4 du code ICC, ensemble les usages en matière de pratiques publicitaires et de communication commerciale ;

5°/ qu'est illicite toute publicité qui fait l'apologie de l'infidélité dans le mariage ; qu'en ayant jugé que la publicité diffusée par la société Blackdivine sur son site et sur son blog n'était pas illicite, en se fondant sur une décision rendue le 6 décembre 2013 par le jury de déontologie publicitaire, laquelle n'était pas opérante, car, d'une part, il n'entre pas dans la mission de ce jury de se prononcer sur le respect des règles de droit et, d'autre part, il avait retenu, contre l'évidence, que le site Gleeden.com n'incitait pas à des comportements trompeurs et mensongers dans le cadre du mariage, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 212 du code civil, des articles 1 et 4 du code ICC, ensemble les usages en matière de pratiques publicitaires et de communication commerciale ;

6°/ que la liberté d'expression doit céder devant l'intérêt supérieur que représente le devoir de fidélité au sein d'un couple qui dépasse les simples intérêts privés de ses membres ; qu'en ayant jugé le contraire, pour refuser de faire interdire les campagnes de publicité télévisuelle diffusées par la société Blackdivine, prônant l'infidélité dans le mariage pour attirer des clients sur le site Gleeden.com, la cour d'appel a violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

## Réponse de la Cour

5. L'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que :

« 1.- Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2.- L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté

publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

6. Aux termes de l'article 212 du code civil, les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance.

7. Les principes éthiques et d'autodiscipline professionnelle édictés par le code consolidé de la chambre de commerce internationale sur les pratiques de publicité et de communication commerciale, notamment en ses articles 1 et 4, dont la violation peut être contestée devant le jury de déontologie publicitaire, n'ont pas de valeur juridique contraignante. En effet, si, selon l'article 3 de ce code, les autorités judiciaires peuvent l'utiliser à titre de référence, ce n'est que dans le cadre de la législation applicable.

8. L'arrêt énonce, d'abord, à bon droit, que si les époux se doivent mutuellement fidélité et si l'adultère constitue une faute civile, celle-ci ne peut être utilement invoquée que par un époux contre l'autre à l'occasion d'une procédure de divorce.

9. Il constate, ensuite, en faisant référence à la décision du jury de déontologie du 6 décembre 2013, que les publicités ne proposent en elles-mêmes aucune photo qui pourrait être considérée comme indécente, ni ne contiennent d'incitation au mensonge ou à la duplicité mais utilisent des évocations, des jeux de mots ou des phrases à double sens et la possibilité d'utiliser le service offert par le site Gleeden, tout un chacun étant libre de se sentir concerné ou pas par cette proposition commerciale, les slogans étant de surcroît libellés avec suffisamment d'ambiguïté pour ne pouvoir être compris avant un certain âge de maturité enfantine et n'utilisant aucun vocabulaire qui pourrait, par lui-même, choquer les enfants.

10. Il retient, enfin, que, si la publicité litigieuse vante l'« amanturière », « la femme mariée s'accordant le droit de vivre sa vie avec passion » ou se termine par le message « Gleeden, la rencontre extra-conjugale pensée par des femmes », ce qui pourrait choquer les convictions religieuses de certains spectateurs en faisant la promotion de l'adultère au sein de couples mariés, l'interdire porterait une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression, qui occupe une place éminente dans une société démocratique.

11. Ayant ainsi fait ressortir l'absence de sanction civile de l'adultère en dehors de la sphère des relations entre époux, partant, l'absence d'interdiction légale de la promotion à des fins commerciales des rencontres extra-conjugales, et, en tout état de cause, le caractère disproportionné de l'ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression que constituerait l'interdiction de la campagne publicitaire litigieuse, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, sans conférer à la décision du jury de déontologie une portée qu'elle n'a pas, légalement justifié sa décision.

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

12. La CNAFC fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de dommages-intérêts, alors « que la cassation à intervenir sur un chef d'arrêt entraîne la cassation par voie de conséquence de tout chef qui lui est lié ; que la cassation à intervenir sur le premier moyen entraînera la cassation par voie de conséquence du chef de l'arrêt qui a débouté la CNAFC de sa demande de dommages-intérêts, par application de l'article 624 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

13. Le premier moyen étant rejeté, le second est devenu sans objet.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne l'association Confédération nationale des associations familiales catholiques aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

**Doc. 8 : O. Dufour, « Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation », Defrénois, mai 2019, p. 13**

En révolutionnant la motivation de ses arrêts, la Cour de cassation ne fait pas que moderniser un mode de rédaction datant d'un temps révolu, où l'on prisait les phrases interminables commençant par le très solennel « attendu que ». C'est aussi, sans le dire, une autre conception du juge qui s'affirme par cette voie discrète. La motivation des arrêts de la Cour de cassation est effet l'héritière d'une perception de la justice qui remonte à la Révolution française, dans laquelle le juge ne doit être que la bouche de la loi et ne pas créer de droit, a expliqué le premier président Bertrand Louvel, en présentant la réforme à la presse le 5 avril 2019. En rompant au bout de deux siècles avec la motivation inspirée par cette vision du juge, c'est donc aussi de ce carcan que la Cour est sur le point de se libérer.

Obscurité. Cette petite révolution a été rendue nécessaire par les attentes du public qui, en matière de justice comme de médecine, exige désormais de comprendre les décisions qui le concernent, a souligné le premier président. « Souvent les arrêts ont été critiqués pour leur caractère obscur et lapidaire. On a fait des contresens dans leur interprétation, a relevé, pour sa part, le procureur général François Molins. L'obscurité n'est plus le signe de la richesse de la pensée, les justiciables ont besoin de décisions claires et intelligibles ». Cette obscurité a d'ailleurs été à l'origine de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme le 14 mars dernier (CEDH, 14 mars 2019, n° 38299/15, Quilichini c/ France) au motif précisément que cette dernière ne comprenait pas ce qu'avait voulu exprimer la Cour de cassation. Les juges strasbourgeois notent en effet dans le considérant 44 de leur décision : « La Cour observe, enfin, comme dans l'affaire Fabris, que la Cour de cassation n'a pas répondu, à tout le moins explicitement, au moyen tiré de la convention et a exclu, de ce fait, la possibilité qu'elle avait de prévenir, le cas échéant, une violation semblable à celles qu'elle avait déjà constatées. Une motivation plus développée aurait permis à la Cour de mieux prendre en considération le raisonnement de la Cour de cassation ». En d'autres termes, la haute cour hexagonale n'applique plus seulement le droit français, mais aussi le droit européen, ce qui implique de procéder à des contrôles de proportionnalité qui s'accordent mal avec le syllogisme dépouillé caractéristique de la motivation de ses arrêts. Autant de raisons pratiques qui imposaient une évolution de leur rédaction, déjà réalisée d'ailleurs par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. Avec cette réforme, la Cour ambitionne d'être plus compréhensible non seulement par la partie concernée par la décision, mais aussi par les autres justiciables, les avocats, l'ensemble des juridictions du fond, la doctrine, les journalistes, et même les juridictions étrangères. Toutefois, la vulgarisation a ses limites. « Il faut être lisible sans abandonner les expressions techniques propres à la Cour de cassation qui permettent aux juristes de se retrouver grâce à des concept-clés », précise le président de la chambre criminelle, Christophe Soulard.

« Tous les arrêts seront rédigés selon le même plan : faits et procédure, examen des moyens, dispositif »

Fin des « attendus que... ». La première série de nouveautés consiste à supprimer les « attendu que » pour laisser place à une rédaction en style direct. Plutôt que de vouloir faire tenir en une phrase les réponses à plusieurs questions, la Cour procédera par paragraphes numérotés. Tous les arrêts seront rédigés selon le même plan : faits et procédure, examen des moyens, dispositif. Ce sera notamment l'occasion d'harmoniser la pratique en ce qui concerne la reproduction des moyens. « Celle-ci obéit à des règles complexes, qui diffèrent d'une chambre à l'autre, selon, en particulier, que l'arrêt rejette un pourvoi ou prononce une cassation : certaines chambres reproduisent le moyen dans le corps de l'arrêt, d'autres les annexent à l'arrêt et en certains cas ne les reproduisent ni ne les annexent. Nous allons désormais vers une reproduction ou un résumé en substance dans la décision elle-même pour accroître l'intelligibilité de celle-ci », précise Bruno Pireyre, président de chambre et directeur du service de documentation des études et du rapport, du service des relations internationales et du service de communication, qui a piloté et animé les travaux. « Nous nous fixons comme cap la date du 1er octobre 2019. Toutes les affaires dont les rapports des rapporteurs seront déposés à partir de cette date donneront lieu à des arrêts rédigés en application des nouvelles règles », ajoute-t-il.

Motivation développée. La deuxième innovation déjà en application consiste, pour certains arrêts, à instituer une « motivation développée ». Il s'agit d'expliquer la méthode d'interprétation retenue par la Cour, d'évoquer les solutions alternatives non retenues si elles ont été sérieusement discutées, de citer les précédents en cas de revirement de jurisprudence, de faire état des études d'incidence et, en cas de cassation partielle, de donner toutes les précisions sur ce qu'il reste à juger. Ces motivations développées seront appliquées dans les arrêts importants : revirement de jurisprudence, question de principe, texte nouveau, nécessité pour l'unité de la jurisprudence, enjeu de garantie fondamentale, demande de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne ou d'avis consultatif à la CEDH. D'ores et déjà, la Cour de cassation a prononcé plusieurs arrêts assortis d'une motivation enrichie, dont celui publié le jour même de la conférence de presse sur le préjudice d'anxiété lié à l'amiante (Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17442). « Une note de 30 pages, qui fait fonction de charte, pourrait-on dire, et dont la publication sur notre site internet est imminente, explique de façon détaillée au public les principes guidant cette nouvelle motivation et les raisons qui l'inspirent », indique Bruno Pireyre. « Par ailleurs, nous allons dans le même temps publier un mémento de 128 pages détaillant, à l'attention des magistrats de toutes les juridictions (Cour de cassation mais aussi tribunaux et cours d'appel) comme de l'ensemble des avocats, la manière dont nous appréhendons et dont nous recommandons que soit mis en œuvre le contrôle de proportionnalité dont la cour de Strasbourg fait l'instrument privilégié du contrôle de conventionalité, autrement dit la vérification de la conformité à la convention européenne des droits de l'Homme d'une règle du droit national jusque dans son application concrète à une situation particulière, ajoute-t-il. Nous nous sommes donné pour objectif de présenter ce document dans les mois qui viennent aux cours d'appel dans des réunions regroupant plusieurs d'entre elles auxquelles seraient invités les bâtonniers des ressorts concernés ».

« Les motivations développées seront appliquées dans les arrêts importants »

Filtrage. Les réflexions ont été ouvertes en 2014, il aura donc fallu 5 ans pour opérer cette mini-révolution. Interrogé sur d'éventuelles réticences en interne, le premier président Bertrand Louvel a confirmé qu'en effet il y avait eu des oppositions. D'abord parce que ces travaux allaient à l'encontre d'une très ancienne tradition. Ensuite, parce que, au-delà même de la tradition, certains magistrats étaient « partisans du style lapidaire pour sa clarté et sa force », estimant que ces qualités risquaient de disparaître dans une motivation plus développée. Le président de la République s'était, quant à lui, déclaré favorable lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation à l'idée de publier les opinions dissidentes. La Cour n'a pas été jusque-là. Pour Bertrand Louvel, une telle pratique est trop éloignée de la tradition française d'effacement du juge et ne répond par ailleurs à aucune nécessité pratique. Indéniablement, cette nouvelle rédaction va alourdir la charge de travail. Elle n'est donc pas détachable des travaux menés sous la présidence d'Henri Nallet concernant le filtrage des pourvois (Gaz. Pal. 8 janv. 2019, n° 339s2, p. 6). Un rapport d'étape est prévu fin mai, et le rapport définitif devrait être remis fin octobre.

## **Fiche 3. Les sources principales du Droit**

### **Thèmes de la séance :**

- La hiérarchie des normes
- Les types de contrôle (constitutionnalité, conventionalité, légalité)
- La question du contrôle de proportionnalité
- Se familiariser avec la dissertation

### **Documents :**

- Doc. 1 : Cass. Mixte, 24 mai 1975, *Bull. Mixte*, n°4 (arrêt « Jacques Vabre »)
- Doc. 1. bis : CE, 20 oct. 1989, *Rec. Lebon*, p. 191 (arrêt « Nicolo »)
- Doc. 2 : Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, *Bull. AP*, n° 4 (arrêt « Fraisse »)
- Doc. 3 : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, *Bull. civ. I*, n° 234
- Doc. 4 : Soc., 1<sup>er</sup> juin 2023, n° 22-13.238 et *D.* 2023, p. 1123
- Doc. 5 : G. Bolard, « L'impartialité du juge », *D.* 2024, P. 605
- Doc. 6 : C. const., déc. 2016-611 (QPC), 10 févr. 2017
- Doc. 7 : Méthodologie de la dissertation

### **Travail de l'étudiant :**

- Rédigez des fiches d'arrêts pour les documents 3 et 4.
- En partant du document 5, qui fait une analyse (très) critique du contrôle de proportionnalité, vous identifierez les risques intrinsèques à ce contrôle, mais aussi ses avantages possibles.

*En séance, votre chargé de TD reviendra avec vous, dans le détail, sur la méthodologie de la dissertation (fournie en document 7) en traitant en séance le sujet suivant : Comment s'organisent les contrôles permettant de garantir la hiérarchie des normes ?*

**Doc. 1 : Cass. mixte, 24 mai 1975, Bull. Mixte, n° 4 (arrêt « Jacques Vabre »)**

SUR LE PREMIER MOYEN PRIS EN SES DEUX BRANCHES :

ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET DEFERE (PARIS, 7 JUILLET 1973) QUE, DU 5 JANVIER 1967 AU 5 JUILLET 1971, LA SOCIETE CAFES JACQUES VABRE (SOCIETE VABRE) A IMPORTE DES PAYS-BAS, ETAT MEMBRE DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, CERTAINES QUANTITES DE CAFE SOLUBLE EN VUE DE LEUR MISE A LA CONSOMMATION EN FRANCE; QUE LE DEDOUANEMENT DE CES MARCHANDISES A ETE OPERE PAR LA SOCIETE J. WIEGEL ET C. (SOCIETE WEIGEL), COMMISSIONNAIRE EN DOUANE; QU'A L'OCCASION DE CHACUNE DE CES IMPORTATIONS, LA SOCIETE WEIGEL A PAYE A L'ADMINISTRATION DES DOUANES LA TAXE INTERIEURE DE CONSOMMATION PREVUE, POUR CES MARCHANDISES, PAR LA POSITION EX 21-02 DU TABLEAU A DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES; QUE, PRETENDANT QU'EN VIOLATION DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957 INSTITUANT LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, LESDITES MARCHANDISES AVAIENT AINSI SUBI UNE IMPOSITION SUPERIEURE A CELLE QUI ETAIT APPLIQUEE AUX CAFES SOLUBLES FABRIQUES EN FRANCE A PARTIR DU CAFE VERT EN VUE DE LEUR CONSOMMATION DANS CE PAYS, LES DEUX SOCIETES ONT ASSIGNE L'ADMINISTRATION EN VUE D'OBTENIR, POUR LA SOCIETE WIEGEL, LA RESTITUTION DU MONTANT DES TAXES PERCUES ET, POUR LA SOCIETE VABRE, L'INDEMNISATION DU PREJUDICE QU'ELLE PRETENDAIT AVOIR SUBI DU FAIT DE LA PRIVATION DES FONDS VERSES AU TITRE DE LADITE TAXE;

ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A LA COUR D'APPEL D'AVOIR ACCUEILLI CES DEMANDES EN LEUR PRINCIPE ALORS, SELON LE POURVOI, D'UNE PART, QUE LA COMPETENCE JUDICIAIRE EN MATIERE DE DROITS DE DOUANES EST LIMITEE AUX LITIGES CONCERNANT L'EXISTENCE LEGALE, LA DETERMINATION DE L'ASSIETTE ET LE RECOUVREMENT DE L'IMPOT; QU'ELLE NE PEUT ETRE ETENDUE AUX CONTESTATIONS CONCERNANT LE PRETENDU CARACTERE PROTECTIONNISTE DE L'IMPOT QUI SUPPOSENT UNE APPRECIATION DE L'IMPOSITION DU POINT DE VUE DE LA REGLEMENTATION DU COMMERCE EXTERIEUR, QUI RESSORTIT A LA COMPETENCE EXCLUSIVE DU JUGE ADMINISTRATIF; ET ALORS, D'AUTRE PART, QUE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957, INVOQUE PAR LES DEMANDEURS A L'ACTION, NE VISE PAS UNE IMPOSITION DETERMINEE, MAIS CARACTERISE LE REGIME DISCRIMINATOIRE EN FONCTION DE L'ENSEMBLE DES "IMPOSITIONS INTERIEURES DE QUELQUE NATURE QU'ELLES SOIENT ", EN POSTULANT, PAR LA MEME, UNE APPRECIATION DE L'INCIDENCE ECONOMIQUE DE LA TOTALITE DES CHARGES FISCALES ET PARAFISCALES SUSCEPTIBLES DE GREVER LE PRODUIT LITIGIEUX, QUI EXCEDE MANIFESTEMENT LES LIMITES DU CONTENTIEUX DOUANIER ET DONC LA COMPETENCE DU JUGE CIVIL;

MAIS ATTENDU QUE L'INCOMPETENCE DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES, AU PROFIT DU JUGE ADMINISTRATIF, N'A PAS ETE INVOQUEE DEVANT LES JUGES DU FOND; QU'AUX TERMES DE L'ARTICLE 14 DU DECRET DU 20 JUILLET 1972, LES PARTIES NE PEUVENT SOULEVER LES EXCEPTIONS D'INCOMPETENCE QU'AVANT TOUTES AUTRES EXCEPTIONS ET DEFENSES; QU'IL EN EST AINSI ALORS MEME QUE LES REGLES DE COMPETENCE SERAIENT D'ORDRE PUBLIC; D'OU IL SUIVRAIT QUE LE MOYEN EST IRRECEVABLE EN L'UNE ET L'AUTRE DE SES BRANCHES;

SUR LE DEUXIEME MOYEN :

ATTENDU QU'IL EST DE PLUS FAIT GRIEF A L'ARRET D'AVOIR DECLARE ILLEGALE LA TAXE INTERIEURE DE CONSOMMATION PREVUE PAR L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES PAR SUITE DE SON INCOMPATIBILITE AVEC LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 24 MARS 1957, AU MOTIF QUE CELUI-CI, EN VERTU DE L'ARTICLE 55 DE LA CONSTITUTION, A UNE AUTORITE SUPERIEURE A CELLE DE LA LOI INTERNE, MEME POSTERIEURE, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE S'IL APPARTIENT AU JUGE FISCAL D'APPRECIER LA LEGALITE DES TEXTES REGLEMENTAIRES INSTITUANT UN IMPOT LITIGIEUX, IL NE SAURAIT CEPENDANT, SANS EXCEDER SES POUVOIRS, ECARTER L'APPLICATION D'UNE LOI INTERNE SOUS PRETEXTE QU'ELLE REVETIRAIT UN CARACTERE INCONSTITUTIONNEL; QUE L'ENSEMBLE DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES A ETE EDICTE PAR LA LOI DU 14 DECEMBRE 1966 QUI LEUR A CONFERE L'AUTORITE ABSOLUE QUI S'ATTACHE AUX DISPOSITIONS LEGISLATIVES ET QUI S'IMPOSE A TOUTE JURIDICTION FRANCAISE;

MAIS ATTENDU QUE LE TRAITE DU 25 MARS 1957, QUI, EN VERTU DE L'ARTICLE SUSVISE DE LA CONSTITUTION, A UNE AUTORITE SUPERIEURE A CELLE DES LOIS, INSTITUE UN ORDRE JURIDIQUE PROPRE INTEGRE A CELUI DES ETATS MEMBRES; QU'EN RAISON DE CETTE SPECIFICITE, L'ORDRE JURIDIQUE QU'IL A CREE EST DIRECTEMENT APPLICABLE AUX RESSORTISSANTS DE CES ETATS ET S'IMPOSE A LEURS JURIDICTIONS; QUE, DES LORS, C'EST A BON DROIT, ET SANS EXCEDER SES POUVOIRS, QUE LA COUR D'APPEL A DECIDE QUE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DEVAIT ETRE APPLIQUE

EN L'ESPECE, A L'EXCLUSION DE L'ARTICLE 265 DU CODE DES DOUANES, BIEN QUE CE DERNIER TEXTE FUT POSTERIEUR; D'OU IL SUIIT QUE LE MOYEN EST MAL.FONDE;

SUR LE TROISIEME MOYEN :

ATTENDU QU'IL EST AU SURPLUS REPROCHE A L'ARRET D'AVOIR FAIT APPLICATION DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE L'ARTICLE 55 DE LA CONSTITUTION SUBORDONNE EXPRESSEMENT L'AUTORITE QU'IL CONFERE AUX TRAITES RATIFIES PAR LA FRANCE A LA CONDITION EXIGEANT LEUR APPLICATION PAR L'AUTRE PARTIE; QUE LE JUGE DU FOND N'A PU, DES LORS, VALABLEMENT APPLIQUER CE TEXTE CONSTITUTIONNEL SANS RECHERCHER SI L'ETAT (PAYS-BAS) D'OU A ETE IMPORTE LE PRODUIT LITIGIEUX A SATISFAIT A LA CONDITION DE RECIPROCITE;

MAIS ATTENDU QUE, DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE, LES MANQUEMENTS D'UN ETAT MEMBRE DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE AUX OBLIGATIONS QUI LUI INCOMBENT EN VERTU DU TRAITE DU 25 MARS 1957 ETANT SOUMIS AU RECOURS PREVU PAR L'ARTICLE 170 DUDIT TRAITE, L'EXCEPTION TIREE DU DEFAUT DE RECIPROCITE NE PEUT ETRE INVOQUEE DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES; D'OU IL SUIIT QUE LE MOYEN NE PEUT ETRE ACCUEILLI;

SUR LE QUATRIEME MOYEN :

ATTENDU QU'IL EST ENCORE REPROCHE A L'ARRET D'AVOIR DECLARE LA TAXE LITIGIEUSE ENTACHEE D'UN CARACTERE DISCRIMINATOIRE AU REGARD DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE D'APRES LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, LE RAPPORT DE SIMILITUDE EXIGE PAR L'ARTICLE 95 DUDIT TRAITE N'EXISTE QU'AUTANT QUE LES PRODUITS EN QUESTION RELEVANT DE LA "MEME CLASSIFICATION FISCALE, DOUANIERE OU STATISTIQUE" (ARRET DU 4 AVRIL 1968); QUE LE PRODUIT FINI IMPORTE (EXTRAITS SOLUBLES DE CAFE) ET LA MATIERE PREMIERE, RETENUE PAR L'ARRET A TITRE DE REFERENCE (CAFE VERT), RELEVANT DE DEUX POSITIONS TARIFAIRES DISTINCTES; QUE LA PROPORTION SELON LAQUELLE CES DEUX MARCHANDISES ETAIENT RESPECTIVEMENT TAXEES - QUI A D'AILLEURS ETE SUPPRIMEE A UNE DATE (1964) ANTERIEURE A LA PERIODE NON COUVERTE PAR LA PRESCRIPTION (CF JUGEMENT CONFIRME) - N'IMPLIQUE NULLEMENT QUE LES FABRICANTS FRANCAIS D'EXTRAITS SOLUBLES EMPLOIERAIENT REELLEMENT 3,600 KILOS DE CAFE VERT POUR PREPARER UN KILO DE CAFE SOLUBLE, LA TENEUR EN CAFE DE CETTE PREPARATION ETANT EXTREMEMENT VARIABLE, NON SEULEMENT A L'INTERIEUR DU MARCHE COMMUN, MAIS, EN OUTRE, A L'INTERIEUR DU TERRITOIRE FRANCAIS; QU'EN OUTRE, LA REGLEMENTATION NATIONALE, ISSUE DU DECRET DU 3 SEPTEMBRE 1965, IMPOSE AUX FABRICANTS FRANCAIS DE NOMBREUSES SUJETIONS, CONCERNANT NOTAMMENT LA QUALITE DU CAFE VERT, QUI EN DIMINUENT SENSIBLEMENT LE RENDEMENT ET, PAR CONSEQUENT, MODIFIENT LA TENEUR DES COMPOSANTES DU PRODUIT FINI; D'OU IL SUIIT QUE L'ARRET ATTAQUE NE JUSTIFIE PAS VALABLEMENT DE LA SIMILITUDE ENTRE LES PRODUITS EN QUESTION, DONT LA PREUVE INCOMBAIT AUX SOCIETES WEIGEL ET VABRE;

MAIS ATTENDU QUE SI L'ARRET INVOQUE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, RENDU A TITRE PREJUDICIEL PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 177 DU TRAITE, DISPOSE QUE "LE RAPPORT DE SIMILITUDE VISE A L'ARTICLE 94, ALINEA 1., EXISTE LORSQUE LES PRODUITS EN QUESTION SONT NORMALEMENT A CONSIDERER COMME TOMBANT SOUS LA MEME CLASSIFICATION, FISCALE, DOUANIERE OU STATISTIQUE SUIVANT LE CAS", IL AJOUTE QUE "L'ALINEA 2 DE L'ARTICLE 95 PROHIBE LA PERCEPTION DE TOUTE IMPOSITION INTERIEURE QUI... FRAPPE UN PRODUIT IMPORTE PLUS LOURDEMENT QU'UN PRODUIT NATIONAL.QUI, SANS ETRE SIMILAIRE AU SENS DE L'ARTICLE 95, ALINEA 1., SE TROUVE CEPENDANT EN CONCURRENCE AVEC LUI..."; QUE C'EST DONC A JUSTE TITRE QU'AYANT CONSTATE QUE, BIEN QUE L'EXTRAIT DE CAFE IMPORTE DES PAYS-BAS ET LE CAFE VERT SERVANT EN FRANCE A LA FABRICATION D'UNE TELLE MARCHANDISE NE FIGURENT PAS A LA MEME CLASSIFICATION DOUANIERE, CES PRODUITS SE TROUVENT NEANMOINS EN CONCURRENCE ET QU'AYANT, EN RETENANT LES ELEMENTS DE FAIT PAR ELLE ESTIMES PERTINENTS, APPRECIE SOUVERAINEMENT LA PROPORTION DE CAFE VERT NECESSAIRE A LA PRODUCTION D'UNE QUANTITE DONNEE D'EXTRAIT SOLUBLE DE CAFE, LA COUR D'APPEL A FAIT APPLICATION EN LA CAUSE DE L'ARTICLE SUSVISE DU TRAITE; D'OU IL SUIIT QUE LE MOYEN EST MAL.FONDE;

SUR LE CINQUIEME MOYEN PRIS EN SES DEUX BRANCHES :

ATTENDU QU'IL EST DE PLUS REPROCHE A LA COUR D'APPEL D'AVOIR RETENU LE CARACTERE DISCRIMINATOIRE SUSVISE DE LA TAXE EN CAUSE, ALORS, SELON LE POURVOI, QU'EN VERTU DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957, LE CARACTERE DISCRIMINATOIRE D'UN REGIME FISCAL.DOIT ETRE APPRECIE EN FONCTION DE L'ENSEMBLE DES IMPOSITIONS, DE QUELQUE NATURE QU'ELLES SOIENT, SUSCEPTIBLES DE GREVER DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT LE PRODUIT EN QUESTION; QU'AINSI QUE L'ADMINISTRATION L'A RAPPELE DANS SES CONCLUSIONS LAISSEES SANS REPONSE, LE PRODUIT FRANCAIS SUPPORTAIT, OUTRE LA TAXE A L'IMPORTATION SUR LE CAFE VERT, LA TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE GREVANT LE PRODUIT A TOUS LES STADES DE SA FABRICATION ET COMMERCIALISATION; QU'EN OUTRE, LES CHARGES RESULTANT DE CETTE TAXE INTERNE SONT D'AUTANT PLUS LOURDES QUE LE COUT DE REVIENT DU PRODUIT EST PLUS

ELEVE, QUE LE PRODUIT FRANCAIS EST SOUMIS A UNE REGLEMENTATION PARTICULIEREMENT RIGOUREUSE EDICTEE PAR LE DECRET DU 3 SEPTEMBRE 1965, QUI INTERDIT NOTAMMENT L'EMPLOI, DANS LA FABRICATION DU CAFE SOLUBLE, DE GRAINS BRISES OU PRESENTANT UNE DEFECTUOSITE QUELCONQUE; QU'EN OMETTANT D'EXAMINER L'ENSEMBLE DES IMPOSITIONS DE TOUTE NATURE AINSI QUE LA REGLEMENTATION INTERNE AYANT POUR EFFET D'AUGMENTER LE MONTANT DES CHARGES FISCALES QUI GREVAIENT LE PRODUIT NATIONAL, ET DONT LE PRODUIT IMPORTE ETAIT EXEMPT, LE JUGE DU FOND A MANQUE DE DONNER A SA DECISION UNE BASE LEGALE;

MAIS ATTENDU QU'AUX CALCULS EFFECTUES PAR LE PREMIER JUGE DES CHARGES FISCALES AUXQUELLES ETAIENT SOUMIS, D'UN COTE LES EXTRAITS DE CAFE FABRIQUES EN FRANCE ET D'UN AUTRE COTE LES EXTRAITS IMPORTES, L'ADMINISTRATION DES DOUANES S'EST BORNEE, DEVANT LA COUR D'APPEL, A OPPOSER, DE FACON IMPRECISE, QUE LES COMPOSANTS DES PRODUITS NATIONAUX, "AUX DIVERS STADES DES OPERATIONS DONT ILS FONT L'OBJET SONT SOUMIS A LA FISCALITE INTERNE, ESSENTIELLEMENT REPRESENTEE PAR LA TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE", SANS FAIRE VALOIR EN QUOI L'INCIDENCE DE CETTE TAXE PESAIT D'AUTANT PLUS LOURDEMENT SUR LE PRIX DE REVIENT DU PRODUIT FRANCAIS QUE LA MATIERE PREMIERE D'OU IL ETAIT ISSU, ETAIT SOUMISE A DE STRICTES REGLES DE QUALITE ET SANS EXPLICITER EN QUOI CETTE INCIDENCE POUVAIT AMENER UNE EGALITE FISCALE ENTRE LES DEUX CATEGORIES DE PRODUITS; QU'EN S'APPROPRIANT, EN CET ETAT, LES ELEMENTS DE CALCUL DU TRIBUNAL, LA COUR D'APPEL A REPONDU AUX CONCLUSIONS INVOQUEES ET DONNE AINSI UNE BASE LEGALE A SA DECISION; D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN N'EST PAS MIEUX FONDE QUE LES PRECEDENTS;

SUR LE SIXIEME MOYEN :

ATTENDU QUE L'ARRET EST ENFIN ATTAQUE EN CE QU'IL A DECIDE QUE LES SOMMES PERCUES PAR L'ADMINISTRATION DES DOUANES DEVAIENT ETRE RESTITUEES DANS LEUR INTEGRALITE, AU MOTIF QUE L'ARTICLE 369 DU CODE DES DOUANES INTERDIT AU JUGE DE MODERER LES DROITS, ALORS, SELON LE POURVOI, QUE LA REPETITION DU MONTANT DE L'IMPOT NE PEUT ETRE ORDONNEE QUE DANS LA MESURE OU CELUI-CI REVETIRAIT UN CARACTERE DISCRIMINATOIRE ET NON PAS POUR SA TOTALITE, QU'EN OUTRE, L'ARTICLE 369 DU CODE DES DOUANES DEFEND AU JUGE DU FOND DE MODERER LES DROITS, LES CONFISCATIONS ET AMENDES, AINSI QUE D'EN ORDONNER L'EMPLOI AU PREJUDICE DE L'ADMINISTRATION DES DOUANES; QUE L'ARRET MECONNAIT CES DISPOSITIONS EN ACCORDANT AU CONTRIBUABLE LA RESTITUTION DU MONTANT DE L'IMPOT QUI ETAIT DU DES LORS QU'IL N'EST PAS ETABLI PAR L'ARRET QUE LA TAXE LITIGIEUSE SERAIT, POUR LA TOTALITE DE SON MONTANT, DISCRIMINATOIRE AU REGARD DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 95 DU TRAITE DU 25 MARS 1957;

MAIS ATTENDU QUE, NOUVEAU ET MELANGE DE FAIT ET DE DROIT, LE MOYEN EST IRRECEVABLE; PAR CES MOTIFS :

REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 7 JUILLET 1973 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS (1. CHAMBRE).

**Doc. 1 bis : CE, 20 oct. 1989, Rec. Lebon, p. 191 (arrêt « Nicolo »)**

Vu la requête, enregistrée le 27 juin 1989 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Raoul Georges Z..., demeurant ..., et tendant à l'annulation des opérations électorales qui se sont déroulées le 18 juin 1989 en vue de l'élection des représentants au Parlement européen,

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son article 55 ;

Vu le Traité en date du 25 mars 1957, instituant la communauté économique européenne ;

Vu la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 ;

Vu le code électoral ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. de Montgolfier, Auditeur,

- les observations de la S.C.P. de Chaisemartin, avocat de M. Y...,

- les conclusions de M. Frydman, Commissaire du gouvernement ;

Sur les conclusions de la requête de M. Z... :

Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes "le territoire de la République forme une circonscription unique" pour l'élection des représentants français au Parlement européen ; qu'en vertu de cette disposition législative, combinée avec celles des articles 2 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, desquelles il résulte que les départements et territoires d'outre-mer font partie intégrante de la République française, lesdits départements et territoires sont nécessairement inclus dans la circonscription unique à l'intérieur de laquelle il est procédé à l'élection des représentants au Parlement européen ;

Considérant qu'aux termes de l'article 227-1 du traité en date du 25 mars 1957 instituant la Communauté Economique Européenne : "Le présent traité s'applique ... à la République française" ; que les règles ci-dessus rappelées, définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 précité du traité de Rome ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les personnes ayant, en vertu des dispositions du chapitre 1er du titre 1er du livre 1er du code électoral, la qualité d'électeur dans les départements et territoires d'outre-mer ont aussi cette qualité pour l'élection des représentants au Parlement européen ; qu'elles sont également éligibles, en vertu des dispositions de l'article L.O. 127 du code électoral, rendu applicable à l'élection au Parlement européen par l'article 5 de la loi susvisée du 7 juillet 1977 ; que, par suite, M. Z... n'est fondé à soutenir ni que la participation des citoyens français des départements et territoires d'outre-mer à l'élection des représentants au Parlement européen, ni que la présence de certains d'entre eux sur des listes de candidats auraient vicié ladite élection ; que, dès lors, sa requête doit être rejetée ;

Sur les conclusions du ministre des départements et territoires d'outre-mer tendant à ce que le Conseil d'Etat inflige une amende pour recours abusif à M. Z... :

Considérant que des conclusions ayant un tel objet ne sont pas recevables ;

Article 1er : La requête de M. Z... et les conclusions du ministre des départements et des territoires d'outre-mer tendant à ce qu'une amende pour recours abusif lui soit infligée sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Z..., à M. de X..., mandataire de la liste l'Union U.D.F.-R.P.R., aux mandataires de la liste de rassemblement présentée par le Parti Communiste Français, de la liste du Centre pour l'Europe, de la liste Majorité de Progrès pour l'Europe, de la liste Les Verts Europe-Ecologie et de la liste Europe et Patrie et au ministre de l'intérieur.

**Doc. 2 : Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, Bull. AP, n° 4 (arrêt « Fraise »)**

Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu que Mlle X... fait grief au jugement attaqué (tribunal de première instance de Nouméa, 3 mai 1999) d'avoir rejeté sa requête tendant à l'annulation de la décision de la commission administrative de Nouméa ayant refusé son inscription sur la liste prévue à l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie des électeurs admis à participer à l'élection du congrès et des assemblées de province et d'avoir refusé son inscription sur ladite liste, alors, selon le moyen : 1° que le jugement refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité de l'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie au regard des articles 2 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et F (devenu 6) du traité de l'Union européenne du 7 février 1992, l'article 188 étant contraire à ces normes internationales en tant qu'il exige d'un citoyen de la République française un domicile de dix ans pour participer à l'élection des membres d'une assemblée d'une collectivité de la République française ; 2° qu'il appartenait subsidiairement au tribunal de demander à la Cour de justice des Communautés européennes de se prononcer à titre préjudiciel sur la compatibilité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 avec l'article 6 du traité de l'Union européenne ;

Mais attendu, d'abord, que le droit de Mlle X... à être inscrite sur les listes électorales pour les élections en cause n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire ;

Attendu, ensuite, que l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 a valeur constitutionnelle en ce que, déterminant les conditions de participation à l'élection du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie et prévoyant la nécessité de justifier d'un domicile dans ce territoire depuis dix ans à la date du scrutin, il reprend les termes du paragraphe 2.2.1 des orientations de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution ; que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen auquel Mlle X... a déclaré renoncer :

REJETTE le pourvoi.

**Doc. 3 : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, Bull. civ. I, n° 234**

Sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... et M. Claude Y... se sont mariés le 6 septembre 1969 et qu'une fille, née le 15 août 1973, est issue de leur union ; qu'après leur divorce, prononcé le 7 octobre 1980, Mme X... a épousé le père de son ex-mari, Raymond Y..., le 17 septembre 1983 ; qu'après avoir consenti à sa petite-fille une donation le 31 octobre 1990, ce dernier est décédé le 24 mars 2005 en laissant pour lui succéder son fils unique et en l'état d'un testament instituant son épouse légataire universelle ; qu'en 2006, M. Claude Y... a, sur le fondement de l'article 161 du code civil, assigné Mme X... en annulation du mariage contracté avec Raymond Y... ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir relevé qu'ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt récent, les limitations apportées au droit au mariage par les lois nationales des Etats signataires ne doivent pas restreindre ou réduire ce droit d'une manière telle que l'on porte atteinte à l'essence même du droit, retient que la prohibition prévue par l'article 161 du code civil subsiste lorsque l'union avec la personne qui a créé l'alliance est dissoute par divorce, que l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa bru qui, aux termes de l'article 164 du même code, peut être levé par le Président de la République en cas de décès de la personne qui a créé l'alliance, est justifié en ce qu'il répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial, que cette interdiction permet également de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux, que, contrairement à ce que soutient Mme X..., il ressort des conclusions de sa fille que le mariage célébré le 17 septembre 1983, alors qu'elle n'était âgée que de dix ans, a opéré dans son esprit une regrettable confusion entre son père et son grand-père, que l'article 187 dudit code interdit l'action en nullité aux parents collatéraux et aux enfants nés d'un autre mariage non pas après le décès de l'un des époux, mais du vivant des deux époux, qu'enfin, la présence d'un conjoint survivant, même si l'union a été contractée sous le régime de la séparation de biens, entraîne nécessairement pour M. Claude Y..., unique enfant et héritier réservataire de Raymond Y..., des conséquences préjudiciables quant à ses droits successoraux, la donation consentie à Mme Fleur Y... et la qualité de Mme Denise X... en vertu du testament du défunt étant sans incidence sur cette situation, de sorte que M. Claude Y... a un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage contracté par son père ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en sa disposition prononçant l'annulation du mariage célébré le 17 septembre 1983 entre Raymond Y... et Mme Denise X..., ainsi qu'en sa disposition allouant une somme à M. Claude Y... sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 21 juin 2012, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

## **Doc. 4 : Soc., 1<sup>er</sup> juin 2023, n° 22-13.238 et D. 2023, p. 1123**

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en ses troisième, quatrième et cinquième branches

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation s'agissant des troisième et quatrième branches et qui est irrecevable s'agissant de la cinquième branche.

Sur le premier moyen, pris en ses première et deuxième branches

Enoncé du moyen

4. La société fait grief aux arrêts d'ordonner à la société de communiquer les noms, prénoms, sexe, date de naissance, âge et la date d'entrée de chacune des personnes embauchées sur le même site, la même année ou dans les deux années précédentes ou suivantes (de N-2 à N+2), dans la même catégorie professionnelle, au même niveau ou un niveau très proche de qualification/classification et de coefficient, que les salariés ainsi que pour chacun des salariés de ce panel, les diplômes à l'embauche des salariés du panel, les bulletins de paie de décembre de chaque année depuis leur embauche et le dernier bulletin de paie, leur lieu de travail actuel, les dates de changement de qualification/classification et coefficient et leur périodicité ainsi que les bulletins de salaire et avenants correspondants, les dates de changement éventuel de catégorie professionnelle ainsi que les bulletins de salaire et avenants correspondants, les dates et montant des augmentations de salaire depuis l'embauche et leur périodicité, ainsi que les bulletins de salaire et avenants correspondants, leurs qualification/classification et coefficient actuels, leurs formations qualifiantes et leur date de suivi, le salaire net imposable et brut actuel, d'ordonner à la société d'établir pour chaque salarié du panel de comparants, un tableau récapitulatif de l'ensemble des informations ci-dessus et de dire que la société devrait communiquer les éléments visés ci-dessus sous astreinte, alors :

« 1°/ qu'une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne peut être ordonnée qu'en présence d'éléments de fait de nature à caractériser un litige potentiel entre les parties ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que les salariés, qui invoquaient l'existence d'une prétendue discrimination, ne procédaient que par voie d'allégations, se contentaient de contester le montant et la fréquence des augmentations de salaire dont ils avaient bénéficié depuis leur embauche, ainsi que la progression de leur classification et soutenait, preuves à l'appui, que l'évolution de leur classification et de leur rémunération avait été conforme ou supérieure aux fonctions qu'ils avaient exercées, dans le respect de l'accord d'entreprise sur le dialogue social du 2 mars 2006 et des dispositions tendant à combattre des éventuelles inégalités de traitement involontaires qui pourraient être constatées ; que pour faire droit à la demande de communication de pièces des salariés, la cour d'appel s'est bornée à relever que ces derniers avaient connu une évolution de carrière très lente, que leur salaire n'avait pratiquement pas progressé et que le tableau issu de la négociation annuelle obligatoire dressant la moyenne des salaires des salariés classés dans la même catégorie montrait que les salariés étaient tout juste dans la moyenne ; qu'en statuant ainsi, sans constater des éléments de fait de nature à caractériser l'existence d'un litige potentiel entre les parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que le juge doit expliquer en quoi la communication des données personnelles de salariés visés par une mesure d'instruction prévue par l'article 145 du code de procédure civile est indispensable à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée par le demandeur à la mesure d'instruction et proportionnée au but poursuivi ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir, sans être contesté, que les bulletins de salaire des salariés visés par la mesure d'instruction litigieuse comportaient des données personnelles qui, n'ayant aucun rapport avec l'objet du litige, n'étaient pas indispensables à la protection des droits des demandeurs à la mesure d'instruction sollicitée dans le cadre d'une prétendue

discrimination syndicale, notamment l'adresse postale, le numéro de sécurité sociale, le taux d'imposition, le contenu détaillé des absences, les éventuels congés pour événements familiaux, la domiciliation bancaire ; que la cour d'appel s'est bornée à affirmer péremptoirement que la communication des bulletins de salaire avec les indications y figurant sont indispensables et les atteintes à la vie privée sont proportionnées au but poursuivi ; qu'en n'expliquant pas en quoi la communication des données personnelles de salariés contenues dans les bulletins de salaire, sur une période de près de trente ans, telles que l'adresse postale, le numéro de sécurité sociale, le taux d'imposition, la domiciliation bancaire des salariés concernés par la mesure d'instruction, sans rapport avec une éventuelle discrimination syndicale, était indispensable à la protection des droits des demandeurs et proportionnée au but poursuivi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et les articles 5 et 32 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE. »

#### Réponse de la Cour

5. Il résulte du point (4) de l'introduction du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu et doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Il ajoute que le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les Traités, en particulier le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

6. Selon l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé.

7. Il résulte par ailleurs des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

8. Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination syndicale alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée.

9. La cour d'appel a relevé, d'une part qu'il ressort des courriers d'évolution de carrière des salariés et des bulletins de paie que les salariés ont connu une évolution de carrière très lente, leur coefficient et

leur salaire n'ayant pratiquement pas progressé, que le tableau issu de la négociation annuelle obligatoire dressant la moyenne des salaires des salariés classés dans la même catégorie montre que les salariés sont tout juste dans la moyenne et que cette situation concerne trente et un salariés, ayant tous des mandats d'élus ou des mandats syndicaux, qui tous soupçonnent une discrimination liée à leur activité syndicale, d'autre part que les salariés n'avaient pu obtenir les éléments de comparaison demandés à leur employeur en dépit de l'intervention du syndicat auprès de la direction et des réunions qui s'en sont suivies, de la saisine du Défenseur des droits et de celle de l'inspecteur du travail ainsi que d'une mise en demeure.

10. La cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, a ainsi estimé que la demande des salariés reposait sur un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

11. Ayant constaté que seul l'employeur détenait les éléments demandés et retenu que ceux-ci étaient nécessaires afin que les salariés fassent valoir leurs droits dans le cadre d'un procès à venir, la cour d'appel a exactement retenu qu'il convenait d'apprécier si tous les éléments de preuve demandés par les salariés étaient indispensables et si l'atteinte ainsi portée à la protection de la vie personnelle des salariés concernés par la comparaison était proportionnée au but poursuivi.

12. Procédant à la recherche prétendument omise, la cour d'appel a pu retenir que, pour effectuer une comparaison utile, les salariés devaient disposer d'informations précises sur leurs collègues de travail dont la situation peut être comparée, en terme d'ancienneté, d'âge, de qualification, de diplôme, de classification, que le contrat soit à durée déterminée ou par intérim transformé ensuite en contrat à durée indéterminée ou à durée indéterminée, et que la comparaison devait pouvoir s'effectuer sur des postes semblables ou comparables réclamant la même qualification. Elle a pu encore retenir que la communication des noms, prénoms, était indispensable et proportionnée au but poursuivi qui est la protection du droit à la preuve de salariés éventuellement victimes de discrimination et que la communication des bulletins de salaire avec les indications y figurant étaient indispensables et les atteintes à la vie personnelle proportionnées au but poursuivi. Ayant relevé que la demande relative à la communication du tableau récapitulatif portait sur le panel de comparaison, la cour d'appel a pu retenir qu'un tableau récapitulatif établi à partir des éléments ainsi communiqués par l'employeur était nécessaire.

13. La cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur chaque mention des bulletins de salaire dont la cancellation ne lui était pas demandée, a ainsi légalement justifié ses décisions.

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

14. La société fait grief aux arrêts de la condamner aux dépens et à payer aux salariés diverses sommes au titre de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 1<sup>o</sup>/ que la partie défenderesse à une demande d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne peut être considérée comme la partie perdante au sens de l'article 696 du

même code ; que dès lors, en condamnant la société Renault Trucks aux dépens sans aucunement motiver sa décision, la cour d'appel a violé l'article 696 du code de procédure civile ;

2°/ que le juge condamne la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il ne peut condamner une autre partie à ce titre qu'à la condition de motiver sa décision ; qu'en condamnant en l'espèce la société Renault Trucks, qui ne pouvait pas être considérée comme la partie perdante au sens de l'article 696 du code de procédure civile, à verser aux salariés diverses sommes au titre de l'article 700 du code de procédure civile, sans motiver sa décision, la cour d'appel a violé les articles 696 et 700 du code de procédure civile. »

#### Réponse de la Cour

15. Ayant retenu que ni l'intervention du syndicat auprès de la direction et les réunions qui s'en étaient suivies, ni la saisine du Défenseur des droits et de l'inspecteur du travail, ni une mise en demeure n'avaient permis aux salariés d'obtenir de l'employeur les éléments de comparaison en possession de ce dernier et que ces éléments, demandés par les salariés, étaient indispensables afin qu'ils puissent faire valoir leurs droits dans le cadre de procès à venir, la cour d'appel, qui a condamné l'employeur aux dépens et à payer à chaque salarié une certaine somme en application de l'article 700 du code de procédure civile, a motivé sa décision.

16. Le moyen ne peut, dès lors, être accueilli.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Renault Trucks aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Renault Trucks et la condamne à payer aux trente-et-un salariés ou ayants droit, demandeurs au pourvoi, la somme globale de 3 000 euros ;

#### **D. 2023, p. 1123**

Il résulte du point (4) de l'introduction du règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu et doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Il ajoute que le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

Selon l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé.

Il résulte par ailleurs des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut

justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Il appartient dès lors au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination syndicale alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée.

## **Doc. 5 : G. Bolard, « L'impartialité du juge », D. 2024, P. 605**

### **L'essentiel**

Distincte de son indépendance, nécessaire à son impartialité mais propre à autoriser aussi sa partialité, l'impartialité du juge impose, sauf arbitraire, qu'il ne statue pas selon ses propres convictions mais selon la loi, émise par un autre que lui. Elle suppose aussi bien l'honnêteté intellectuelle, emportant l'aptitude à changer d'avis. Elle n'est pas compatible avec des notions vagues, comme le prétendu principe de proportionnalité, leurre de rigueur qui autorise le juge à préférer son avis personnel à la loi émise par le législateur. La partialité du juge emporte des sanctions à la mesure de la gravité du vice.

### **- I -**

**1.** Une longue fréquentation des magistrats, et l'amitié nouée avec quelques-uns (1), ne permettent pas de douter de leur impartialité dans leur immense majorité

Pourtant l'opinion courante n'en est pas convaincue (2). Non sans raisons. Qu'un syndicat de magistrats puisse afficher le Mur des Cons (3) a de quoi interloquer, sans préjudice de la vulgarité du procédé et du mépris pour les justiciables. Officielle et publique, la participation du même syndicat à la Fête d'un parti politique (4) n'incite pas plus à croire à l'impartialité de ses membres. Comment, encore, une juridiction a-t-elle pu juger pénalement, et condamner, un ancien président de la République, alors qu'elle était présidée par un magistrat qui avait politiquement et publiquement pris parti contre lui (5) ? Des accusations médiatiques contre un candidat à la présidence de la République ont provoqué des poursuites pénales immédiates, sans le temps d'une véritable instruction judiciaire mais sous des pressions diverses postérieurement avouées (6). Trois syndicats de magistrats ont poursuivi pénalement le garde des Sceaux, jusqu'à sa relaxe après une audience révélatrice d'une accusation privée de sérénité (7). De hauts magistrats suggèrent que le juge pourrait trancher des « questions de société » : dans quel sens ? selon quelle légitimité ?

**2.** La perplexité s'accroît d'une assimilation fréquente, même dans le monde judiciaire, de l'indépendance du juge et de son impartialité.

L'assimilation est abusive. L'indépendance du juge est certes nécessaire à son impartialité, sous peine qu'il ne statue lui-même qu'en apparence. Elle n'est pas pour autant suffisante. Elle permet au juge aussi bien d'être partial qu'impartial. Elle suffit si peu à garantir l'impartialité du juge que depuis longtemps la loi, dans l'énoncé formel des causes de récusation du juge (auj. l'art. L. 111-6 COJ), ne vise pas les atteintes à l'indépendance du juge.

**3.** Inéluctablement subjective, en outre plus ou moins tributaire de « l'air du temps », la bonne conscience du juge, qui statue sans préférence pour l'un ou l'autre plaideur, ne suffit pas non plus à garantir son impartialité. L'impartialité du juge signifie même qu'il ne tranche pas selon son opinion personnelle (8), mais de façon objective. Reste à identifier la source de son objectivité.

C'est la règle de droit, générale et abstraite, émise par un autre que le juge (9), en démocratie par le législateur. Par un autre que le juge : la séparation des pouvoirs n'impose pas seulement que législateur et pouvoir exécutif s'abstiennent de juger à la place du juge. Elle signifie tout autant que le juge ne tranche pas selon ses propres critères et ne se substitue pas aux pouvoirs politiques pour élaborer lui-même, dans son inévitable subjectivité accusée par l'espèce à juger, la règle de droit qu'il va appliquer.

C'est la règle de droit qui justifie la décision du juge, à défaut le jugement n'est pas légitime. Le syllogisme juridique est nécessaire à l'impartialité du juge. Faut-il le rappeler ? il consiste à classer, dans la majeure de la règle générale et abstraite, les faits de la mineure, soit l'espèce particulière à juger. La règle et sa sanction ne s'appliquent que si le classement réussit (10). Mais si la majeure est indéfinie, malléable au gré du juge invité à en modifier le sens selon sa vision de l'espèce, le syllogisme juridique est une mascarade, paravent de l'arbitraire.

Ce n'est plus l'interprétation souveraine des faits, sauf dénaturation : c'est l'interprétation souveraine de la loi par un juge qui, élaborant lui-même la loi appliquée, statue « selon son bon plaisir ».

## - II -

4. L'impartialité du juge et l'application corrélative de la règle de droit ne paralysent pas la jurisprudence. Car la jurisprudence n'est pas l'oeuvre d'un juge, qui imposerait ses convictions, mais l'oeuvre collective et rationnelle des juridictions, appelées à interpréter la loi quand l'interprétation est nécessaire, à la compléter au besoin, à adapter d'anciennes règles à des besoins nouveaux. Coiffée par la Cour de cassation, elle génère des précédents <sup>11</sup>, règles de droit que, bien sûr, le législateur peut récuser. Elle n'est légitime que fondée sur un raisonnement rigoureux, à l'opposé de la décision unilatérale d'un juge imposant aux justiciables ses propres convictions.

L'application de la règle de droit et le syllogisme juridique supposent aussi bien un raisonnement rigoureux. Il n'y a pas d'impartialité sans honnêteté intellectuelle. C'est précisément de l'honnêteté intellectuelle du juge, quoi qu'il en ait, que les cas de récusation, aujourd'hui énoncés à l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire, font douter. L'honnêteté intellectuelle du juge est subordonnée à trois conditions au moins. Elle suppose la prise en considération de la réalité factuelle et juridique, telle qu'elle est et non telle qu'on la souhaiterait, ce qui interdit d'imaginer ce qu'on ignore. Elle suppose aussi l'aptitude à changer d'avis. Elle est précisément incompatible avec le raisonnement « téléologique » au sens d'Henri Motulsky <sup>12</sup>, c'est-à-dire le raisonnement qui vise à justifier une conclusion implicitement présupposée, voire ouvertement préétablie.

C'est précisément l'exigence d'impartialité, et l'application corrélative de la règle de droit, qui justifient la limitation drastique de la responsabilité civile du juge <sup>13</sup>. Sauf à tolérer l'arbitraire, l'indépendance est *a priori* génératrice de responsabilité personnelle. Ce n'est pas le cas du juge, qui ne tranche pas selon ses convictions personnelles mais selon la règle de droit retenue par le législateur. Il rend sa décision en application de la loi édictée par un autre que lui.

## - III -

5. L'impartialité du juge n'est évidemment pas compatible avec l'invocation de notions vagues ou malléables à merci. Suggéré par la Cour européenne des droits de l'homme et curieusement adopté sans analyse par la Cour de cassation, le « principe de proportionnalité » est devenu, en quelques années, l'exemple emblématique d'une démarche biaisée.

Le législateur invite parfois le juge à « proportionner » une solution à un fait précis. Par exemple il frappait d'inefficacité le cautionnement « manifestement disproportionné à ses biens et revenus » donné par une personne physique à un créancier professionnel (anc. art. L. 332-1 C. consom.), il réduit aujourd'hui l'engagement « manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution » personne physique, « au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager » à la date du cautionnement (art. 2300 C. civ.). Ou encore la jurisprudence impose que l'astreinte provisoire ne soit pas liquidée au-delà d'« un rapport raisonnable de proportionnalité entre le montant auquel [le juge] liquide l'astreinte et l'enjeu du litige » <sup>14</sup>. Même si la proportion requise entre les valeurs patrimoniales visées gagnerait à être précisée, elle engendre dans les deux cas une règle de droit, ce qui autorise le contrôle de la Cour de cassation.

6. Mais la proportion classique ici relevée n'est pas celle du « principe de proportionnalité ». Le prétendu principe ne vise pas à appliquer la loi mais à l'écarter. Au regard d'une « proportion » par le juge appréciée, la loi devrait ou ne devrait pas être appliquée.

La démarche est illégitime.

La « proportion » du « principe de proportionnalité » n'en est pas une. Une proportion suppose la comparaison de deux valeurs de même nature, l'une comprise dans l'autre. Quelle part ou portion du « droit au respect de la vie personnelle du salarié » peut-on trouver dans le prétendu « droit à la preuve » et l'usage de caméras de

vidéosurveillance ou inversement (15) ? Quelle part ou portion peut-on découvrir ou nier entre une exigence formelle de procédure et « l'accès au juge d'appel », au point que la première serait comprise dans le second ou inversement (16) ? Quelle part ou portion du secret professionnel des avocats peut-elle être comprise dans les « intérêts antinomiques en présence » (17) ?

Aussi bien les arrêts visent-ils une solution « proportionnée aux intérêts antinomiques en présence » (18), et non une règle proportionnelle. Ou encore ils procèdent à la « balance des intérêts » (19) : qui règle la balance et le fléau ? À moins qu'ils ne retiennent un « juste équilibre » (20) : y aurait-il des équilibres injustes ? Assimiler une solution proportionnée à une solution proportionnelle est abusif, plus abusif encore quand l'assimilation vise à écarter la loi. Une belle personne est bien « proportionnée », au gré de chacun, tandis que l'établissement d'une proportionnalité entre ses membres relèverait d'une observation mathématique. Le prétendu principe de proportionnalité n'est qu'un leurre, qui dissimule une confusion et l'appréciation subjective du juge, « l'arbitraire du contrôle de proportionnalité » (21).

7. Ainsi la proportionnalité prétendue prive de sens la motivation la plus solennelle. Le juge peut admettre une preuve illicite ou déloyale, énonce l'assemblée plénière (22), à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice du « droit à la preuve » et « que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ». Autrement dit la production est admise si elle est nécessaire (« indispensable ») à la preuve recherchée mais rejetée si le justiciable n'en a pas besoin pour prouver ! L'arrêt ajoute que la preuve produite ne doit pas porter « atteinte au caractère *équitable* de la procédure *dans son ensemble* » : que faut-il entendre par « équitable » et « dans son ensemble » ? Il faudrait encore mettre « en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence » : la recevabilité des preuves serait-elle subordonnée à l'importance des droits litigieux ?

« Le principe de proportionnalité vous donne une totale liberté pour décider d'une façon ou d'une autre. Vous n'aimez pas le résultat de l'application de la loi à l'espèce, alors vous dites qu'il est contraire au principe de proportionnalité, je vais décider autrement. Ce n'est pas sérieux. C'est un manque total de prévisibilité » (23). C'est aussi un manque d'impartialité, le juge substituant son appréciation à la décision du législateur. Écartant la règle de droit générale et abstraite pour lui préférer son appréciation subjective, indéfinissable au point d'être « proportionnée » plutôt que proportionnelle, le juge donne « une apparence de raison à l'abus, en Droit privé, des formules générales et, en Droit pénal, des délits à contenu indéterminé », en d'autres termes il « [légitime] l'abus tout court » (24). Le vice aime à cacher ses oripeaux sous les atours de la vertu.

#### - IV -

8. Rendue par un juge partial, la justice est une parodie de justice, une mascarade. La partialité du juge est sans doute le pire des vices du jugement. La gravité du vice ne peut pas être sans incidence sur les modalités de sa contestation.

Aucun texte ne peut prétendre limiter les cas de partialité du juge. Elle peut avoir des formes diverses, voire imprévisibles. Malgré ses termes expressément limitatifs, l'ancien article 341 du code de procédure civile « n'épuise pas nécessairement, avait décidé la Cour de cassation, l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction » (25). Aujourd'hui énoncés à l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire, les cas de récusation d'un juge ne sont que des aide-mémoire ou des garde-fous.

Les conditions formelles dans lesquelles doit être contestée l'impartialité appellent une appréciation plus nuancée.

En matière civile, l'assemblée plénière a retenu qu'ayant connu « à l'avance » la cause de partialité invoquée, le plaideur était légitimement tenu par les délais du code de procédure civile (26). La solution est justifiée, sous peine de laisser le plaideur attendre le jugement pour le contester ou non selon la décision rendue.

En matière pénale, bien moindre est la sérénité du plaideur. Il risque une sanction immédiate et physique, jusqu'à

la privation au moins provisoire de liberté. Comment n'hésiterait-il pas à récuser le juge si puissant devant lequel il comparait ? D'autant que la récusation peut échouer ! Est ici en cause le débat traditionnel en procédure pénale sur la purge des nullités de l'instruction <sup>(27)</sup>. Le Conseil constitutionnel vient de récuser les dispositions légales qui ne prévoient pas « d'exception à la purge des nullités dans le cas où le prévenu n'aurait pu avoir connaissance de l'irrégularité éventuelle d'un acte ou d'un élément de la procédure que postérieurement à la clôture de l'instruction » <sup>(28)</sup>. Ne faut-il pas étendre la solution et admettre, dans tous les cas, le plaideur à contester devant la juridiction de jugement l'impartialité de l'instruction ? On inciterait quelques juges à résister à la tentation du pouvoir et on protégerait les plaideurs paralysés par les risques d'une contestation dont le succès n'est jamais garanti. Aussi bien peut-on rendre une décision pénale au fond sur une instruction à ce point viciée ?

9. L'impartialité du juge doit aussi être rapprochée de celle de l'arbitre. Arbitre et juge étatique sont l'un et l'autre des juges, ils doivent garantir la même impartialité. Si l'on écarte l'impartialité d'un arbitre, au motif qu'il exerce comme avocat dans un cabinet où un confrère a été conseil d'une des parties <sup>(29)</sup>, comment maintenir l'impartialité d'un juge étatique membre d'un syndicat violemment critique à l'égard d'une des parties au procès <sup>(30)</sup> ou l'impartialité d'un conseiller prud'homme membre d'un syndicat lui-même partie au procès <sup>(31)</sup> ?

Aussi bien procédure et pratique arbitrales pourraient inspirer la procédure étatique. En matière civile et si les droits litigieux sont disponibles, pourquoi ne pas admettre que le juge étatique, s'il redoute un motif de partialité, en informe les parties comme le fait l'arbitre en application de l'article 1456 du code de procédure civile : à charge pour elles de le confirmer ou non dans sa mission ? On gagnerait en souplesse procédurale, on dédramatiserait une solution nécessaire, on libérerait le juge étatique d'un doute propre à altérer son office.

Le souci de l'impartialité serait-il plus aigu dans l'arbitrage que devant les juges étatiques, présumés impartiaux ? Pourtant c'est d'abord aux plaideurs que tout juge doit l'impartialité. Certes l'accord des parties, pour confirmer un juge ou un arbitre malgré un doute sur son impartialité, ne peut être admis que si les droits litigieux sont disponibles (art. 2059 C. civ.). S'ils le sont, l'admission d'un accord des parties rappelle ou rappellerait qu'au centre du procès se tient le justiciable, en aucun cas le juge ni l'avocat, encore moins des médias avides de « l'air du temps » <sup>(32)</sup>.

(1) V. G. Bolard et P. Draï, Justice hâtive, justice rapide, JCP 1997. 1. 4061 ; aj. G. Bolard, *in* Mélanges P. Bellet, Litec, 1991, p. 49 ; P. Draï, p. 225 ; J. Buffet, p. 51 s. ; A. Ponsard, p. 103.

(2) Sondage Odoxa nov. 2023, *V. Le Figaro*, 1<sup>er</sup> déc. 2023, p. 8 ; V. H. Lehman, Soyez partiaux, itinéraire de la gauche judiciaire, Éd. du Cerf, 2022 ; G. Fenech, L'ensauvagement de la France, La responsabilité des juges et des politiques, Éd. du Rocher, 2023 ; J.-E. Schoettel, La démocratie au péril des prétoires, Gallimard, 2023 ; H. Lehman et A. Devecchio, *Le Figaro Magazine*, 7 oct. 2022.

(3) V. H. Lehman et G. Fenech, *op. cit.* ; G. Fenech, Affaire des écoutes : vous avez dit justice impartiale ?, *Valeurs actuelles*, 30 mai 2023.

(4) V. H. Lehman, Le Syndicat de la magistrature à la Fête de l'Huma, *Le Figaro*, 14 sept. 2023

(5) V. G. Fenech, *supra* note 3 ; C. Nay, N. Sarkozy, l'enfer des affaires, *Valeurs actuelles*, 26 mai 2023 ; N. Sarkozy, *Le Figaro*, 19 mai 2023.

(6) V. Cons. const. 28 sept. 2023, n° 2023-1062 QPC <sup>(33)</sup>, JO 29 sept., p. 65 ; D. 2023. 1696 <sup>(34)</sup> ; RSC 2023. 839, obs. A. Botton <sup>(35)</sup> ; RTD com. 2023. 973, obs. L. Saenko <sup>(36)</sup> ; après Crim. 28 juin 2023, n° 22-83.466 <sup>(37)</sup>, et Paris, 9 mai 2022 ; H. Lehman, *Figaro Vox* 4 oct. 2023.

(7) V. P. Gonzalès, *Le Figaro*, 2 déc. 2023, p. 12.

- (8) V. S. Guinchard, Droit processuel, Dalloz, coll. Précis, 12<sup>e</sup> éd., n° 552 ; G. Bolard, L'office du juge en procédure civile, Revue droit d'Assas févr. 2017, p. 78, n° 3.
- (9) G. Bolard, *op. cit.*, n° 3 s. ; L'impartialité du juge au risque de la loi ?, JCP 2015. 1085.
- (10) H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1947, et rééd. Dalloz, 1991, n° 48 s., aj. n° 26.
- (11) V. V. Bolard, Droit et pratique de la procédure civile 2024-2025, S. Guinchard (dir.), Dalloz Action, 11<sup>e</sup> éd., 2024, n° 321-132.
- (12) Traditionnellement, le mot est plutôt utilisé en théologie, il y renvoie aux fins dernières de l'Homme.
- (13) V. S. Guinchard, A. Varinard et T. Debard, Institutions juridictionnelles, Dalloz, coll. Précis, 16<sup>e</sup> éd., n° 917 s. ; M. Douence et M. Azavant, Institutions juridictionnelles, Dalloz, coll. Cours, 5<sup>e</sup> éd., 2021 n° 81 s.
- (14) V. N. Cayrol, JCP 2024. 41, note ss Civ. 2<sup>e</sup>, 9 nov. 2023, n° 21-25.582  et n° 22-15.810 .
- (15) Soc. 8 mars 2023, n° 21-17.802  D. 2023. 505 , et 1443, obs. S. Vernac  ; JA 2024, n° 692, p. 40, étude J.-F. Paulin et M. Julien  ; RTD civ. 2023. 439, obs. J. Klein .
- (16) Civ. 2<sup>e</sup>, 26 oct. 2023, n° 21-23.012  D. 2023. 1952 .
- (17) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2023, n° 22-19.285  D. 2023. 2197  ; AJ fam. 2024. 8, obs. F. Eudier .
- (18) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2023, préc. ; aj. Soc. 8 mars 2023 et Civ. 2<sup>e</sup>, 26 oct. 2023, préc.
- (19) V. P.-Y. Gautier, Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux, D. 2015. 2189  ; C. Jamin, JCP 2021. Édito 480, et 2023. Édito 1224 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 2021, n° 19-21.718  D. 2021. 780 , note S. Detraz  ; Légipresse 2021. 8 , et 91, étude C. Bigot  ; Soc. 8 mars 2023, préc. ; Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648, D. 2024. 291 , note G. Lardeux , 275, obs. M. Mekki , et 296, note T. Pasquier  ; AJ fam. 2024. 8, obs. F. Eudier  ; AJ pénal 2024. 40 .
- (20) Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2015, n° 13-27.391  D. 2015. 1094, obs. A. T. , et 1672 , note A. Bensamoun et P. Sirinelli  ; Légipresse 2015. 331 , et 474, comm. V. Varet  ; JAC 2015, n° 26, p. 6 , et 2016, n° 39, p. 28, actu. et étude E. Treppoz  ; RTD com. 2015. 509  et 515, obs. F. Pollaud-Dulian  ; JCP 2015. 967, note C. Geiger
- (21) A. Etienney-de Sainte Marie, D. 2020. 2405  ; aj. G. Lardeux, D. 2023. 898 .
- (22) Ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648, préc.
- (23) P. Mayer, en qualité d'arbitre, Conférence Science Politique Paris 28 sept. 2020, *Must Justice be a goal for the Arbitrator ?*, Réponse à une question, traduction libre de l'anglais, [https://www.youtube.com/watch?v=OIUFkR\\_m32Q](https://www.youtube.com/watch?v=OIUFkR_m32Q).
- (24) H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1947, et rééd. Dalloz, 1991, préc., p. 11. Né juif allemand, engagé dans la Légion étrangère française en 1939 et seul rescapé de sa famille en 1945, Henri Motulsky fait expressément référence à Carl Schmitt et au régime hitlérien.

(25) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avr. 1998, n° 96-11.637  ; D. 1998. 131  ; RTD civ. 1998. 744, obs. R. Perrot  ; Gaz. Pal. 1998. 2. 868, note G. Flécheux ; JCP 1999. 2. 10102, note J. Pralus-Dupuy, et 1998. 1. 173, n° 16, obs. L. Cadet ; aj. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1998, *eod. loc.*

(26) Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, Bull., ass. plén., n° 10 ; D. 2001. 1067  , obs. N. Fricero  , et 2427, chron. B. Beignier et C. Bléry  ; RTD civ. 2001. 192, obs. J. Normand  , et 204, obs. R. Perrot  ; Gaz. Pal. 2001. 1, concl. M.-A. Lafortune ; Procédures 2001. 3, obs. R. Perrot

(27) V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., n° 475 s. ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 16<sup>e</sup> éd., 2023, n° 2465 s.

(28) Cons. const. 28 sept. 2023, n° 2023-1062 QPC  , préc

(29) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2015, Rev. arb. 2016. 537, note M. Henry. Plus nuancé et peut-être contraire : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2012, n° 11-20.299  , D. 2012. 2458, obs. X. Delpéch  , et 2991, obs. T. Clay  ; Rev. crit. DIP 2013. 678, note C. Chalas  ; RTD com. 2013. 481, obs. E. Loquin  ; JCP 2012. 1268, note B. Le Bars ; Procédures 2012. 354, obs. L. Weiller ; Rev. arb. 2013. 129, note C. Jarrosson.

(30) Civ. 2<sup>e</sup>, 24 juin 2004, n° 02-14.509  , Bull. civ. II, n° 325 ; D. 2005. 338  , et 332, obs. P. Julien et N. Fricero  .

(31) Soc. 19 déc. 2003, n° 01-16.956  , Bull. civ. V, n° 321 ; D. 2004. 1688  , note M. Keller  ; Dr. soc. 2006. 52, note M. Keller et T. Grumbach  ; Gaz. Pal. 2004. 527, avis J.-L. Collomp ; JCP 2004. 1. 133, n° 18, obs. L. Cadet. Comp. Crim. 13 janv. 2015, n° 12-87.059  , D. 2015. 157  ; Just. & cass. 2016. 277, rapp. G. Finidori  , et 304, avis M. Cordier  ; AJ pénal 2015. 191, note Y. Mayaud  ; RSC 2015. 115, obs. A. Giudicelli  ; JCP 2015. 221, note H. Matsopoulou, et 222, note J. Van Campennolle.

(32) « Pour être juge, il faut être sourd », Michel Lévy, naguère premier président de la cour d'appel de Dijon.

## **Doc. 6 : C. const., déc. 2016-611 (QPC), 10 févr. 2017, JORF 12 févr. 2017, n° 46**

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI le 7 décembre 2016 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 5797 du 29 novembre 2016), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour M. David P. par Me Sami Khankan, avocat au barreau de Nantes. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2016-611 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Au vu des textes suivants :

- la Constitution ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- le code pénal ;
- le code de procédure pénale ;
- le code de la sécurité intérieure ;
- la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;
- la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ;
- le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Au vu des pièces suivantes :

- les observations présentées pour le requérant par Me Claire Waquet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, et Me Khankan, enregistrées les 29 décembre 2016 et 13 janvier 2017 ;
- les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le 29 décembre 2016 ;
- les observations en intervention présentées pour la Ligue des droits de l'Homme par la SCP Spinosi et Sureau, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées les 29 décembre 2016 et 13 janvier 2017 ;
- les pièces produites et jointes au dossier ;

Après avoir entendu Mes Waquet et Khankan, pour le requérant, Me François Sureau, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la partie intervenante, et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 31 janvier 2017 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. L'article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2016 mentionnée ci-dessus prévoit : « Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

« Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

2. Le requérant soutient que les dispositions contestées méconnaissent la liberté de communication et d'opinion dès lors qu'elles répriment la seule consultation d'un service de communication au public en ligne sans que soit exigée concomitamment la preuve de ce que la personne est animée d'intentions illégales. Ces dispositions contreviendraient également au principe de légalité des délits et des peines et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en raison de l'imprécision des termes employés. Par ailleurs, le principe d'égalité serait méconnu à un double titre. D'une part, seules certaines personnes sont autorisées par la loi à accéder à ces contenus en raison de leur profession. D'autre part, la consultation des contenus provoquant à la commission d'actes terroristes est seulement sanctionnée lorsqu'elle a lieu par internet à l'exclusion d'autres supports. Enfin, les dispositions contestées violeraient le principe de la présomption d'innocence dès lors que la personne se livrant à la consultation incriminée serait présumée vouloir commettre des actes terroristes.

3. La partie intervenante soutient, pour les mêmes raisons, que les dispositions contestées contreviennent à la liberté de communication et d'opinion ainsi qu'au principe de légalité des délits et des peines.

- Sur le fond :

4. Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services.

5. Aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant ... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Sur ce fondement, il est

loisible au législateur d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme sur les services de communication au public en ligne, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions, avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer. Toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

6. Les dispositions contestées, qui sanctionnent d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait de consulter de manière habituelle un service de communication au public en ligne faisant l'apologie ou provoquant à la commission d'actes de terrorisme et comportant des images ou représentations d'atteintes volontaires à la vie, ont pour objet de prévenir l'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre ensuite de tels actes.

7. En premier lieu, d'une part, la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue par l'article 421-2-5-2 du code pénal et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme.

8. Ainsi, l'article 421-2-1 du code pénal réprime le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme. L'article 421-2-4 du même code sanctionne le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un acte de terrorisme. L'article 421-2-5 sanctionne le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes. Enfin, l'article 421-2-6 réprime le fait de préparer la commission d'un acte de terrorisme dès lors que cette préparation est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ainsi que par d'autres agissements tels que la consultation habituelle d'un ou de plusieurs services de communication au public en ligne provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie.

9. Dans le cadre des procédures d'enquêtes relatives à ces infractions, les magistrats et enquêteurs disposent de pouvoirs étendus pour procéder à des mesures d'interception de correspondances émises par voie de communication électronique, de recueil des données techniques de connexion, de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données informatiques. Par ailleurs, sauf pour les faits réprimés par l'article 421-2-5 du code pénal, des dispositions procédurales spécifiques en matière de garde à vue et de perquisitions sont applicables.

10. D'autre part, le législateur a également conféré à l'autorité administrative de nombreux pouvoirs afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme.

11. Ainsi, en application du 4° de l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure, les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques mentionnées au titre V du livre VIII de ce même code pour le recueil des renseignements relatifs à la prévention du terrorisme. Ces services peuvent accéder à des données de connexion, procéder à des interceptions de sécurité, sonoriser des lieux et véhicules et capter des images et données informatiques.

12. Enfin, en application de l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 mentionnée ci-dessus, lorsque les nécessités de la lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal le justifient, l'autorité administrative peut demander à tout éditeur ou hébergeur d'un service de communication au public en ligne de retirer les contenus qui contreviennent à cet article. Selon l'article 706-23 du code de procédure pénale, l'arrêt d'un service de communication au public en ligne peut également être prononcé par le juge des référés pour les faits prévus à l'article 421-2-5 du code pénal lorsqu'ils constituent un trouble manifestement illicite. L'article 421-2-5-1 du même code réprime le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver, en connaissance de cause, l'efficacité des procédures précitées.

13. Dès lors, au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution.

14. En second lieu, s'agissant des exigences d'adaptation et de proportionnalité requises en matière d'atteinte à la liberté de communication, les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services. Ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation, dès lors que cette consultation ne résulte pas de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle n'intervient pas dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle n'est pas réalisée afin de servir de preuve en justice.

15. Si le législateur a exclu la pénalisation de la consultation effectuée de « bonne foi », les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer la portée que le législateur a entendu attribuer à cette exemption alors même que l'incrimination instituée, ainsi qu'il vient d'être rappelé, ne requiert pas que l'auteur des faits soit animé d'une

intention terroriste. Dès lors, les dispositions contestées font peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations.

16. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. L'article 421-2-5-2 du code pénal doit donc, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs, être déclaré contraire à la Constitution.

- Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité :

17. Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.

18. En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision.

#### LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1er. - L'article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, est contraire à la Constitution.

Article 2. - La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet dans les conditions prévues au paragraphe 18 de cette décision.

Article 3. - Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 9 février 2017, où siégeaient : M. Laurent FABIOUS, Président, Mmes Claire BAZY MALAURIE, Nicole BELLOUBET, MM. Michel CHARASSE, Jean-Jacques HYEST, Lionel JOSPIN, Mme Corinne LUQUIENS et M. Michel PINAULT.

Rendu public le 10 février 2017.

## **Doc. 7 : Méthodologie de la dissertation**

La dissertation est le sujet de réflexion par excellence : pour réussir une dissertation, il faut apprendre à réfléchir. Les jeunes étudiants pensent trop souvent qu'il suffit de connaître son cours « par cœur » pour livrer une dissertation convaincante, ce qui est une erreur. Si la maîtrise du cours est naturellement une condition *sine qua non* à la réalisation d'un travail convaincant, elle ne suffit pas et doit s'accompagner d'une réflexion personnelle et construite.

### **Construire la problématique**

Il est évident que la problématique occupe une place centrale dans l'exercice, parce qu'elle sera le fil rouge de votre devoir. La problématique vous permet en effet de dégager la (ou plus rarement les) question(s) essentielle(s) soulevée(s) par le sujet qui vous est proposé. Et puisque la problématique est au cœur du raisonnement, la structure de la copie doit se faire autour d'elle : l'introduction doit amener à la problématique, et le corps du devoir (les développements) doit tenter d'y apporter une réponse. Une copie sans problématique est une copie « creuse », qui relève de la récitation de cours, de sorte que l'étudiant passe à côté de l'exercice.

La première étape doit être l'analyse des termes du sujet : il faut d'abord procéder à une analyse de la tournure du sujet. S'agit-il d'un sujet formulé de manière interrogative (« Le robot doit-il se voir reconnaître la personnalité juridique ? ») ou affirmative (« Le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de cassation ») ? Un sujet donné sous forme interrogative est généralement plus apprécié des étudiants, parce qu'il oriente plus facilement la réflexion. Quelle que soit la formulation, vous devez analyser chaque terme, et les définir. Vous éviterez ainsi bien souvent le risque de hors-sujet.

Posez-vous ensuite une question : pourquoi ce sujet plutôt qu'un autre ? Connaît-il une actualité ? Est-il particulièrement discuté et si oui, pourquoi ? Quelle est votre position personnelle (en tant qu'étudiant en droit...) à l'égard de ces discussions ? etc. Toutes ces pistes doivent être explorées au brouillon et vous donnent des idées quant aux développements qui suivront. A ce titre, il convient de rappeler que l'étape du brouillon est évidemment essentielle : la rédaction d'une dissertation n'est pas innée, et suppose au contraire que vous ayez structuré votre pensée en amont, avant de vous lancer dans la rédaction.

Lorsque vous avez déterminé le sens du sujet, il faut regrouper vos connaissances. Cette étape doit être réalisée différemment selon que vous composez chez vous ou à l'occasion d'une épreuve (ou devoir sur table). Si vous avez accès à des sources, il faut évidemment lire autant que possible, afin de voir ce qui a été écrit sur votre sujet. Si vous réalisez votre dissertation à l'occasion d'un devoir sur table, vous n'aurez pas accès à ces sources. Seules vos connaissances pourront alors vous aider (ce qui suppose d'avoir appris le cours...).

Vous pouvez alors établir votre problématique : celle-ci doit être formulée dans des termes clairs, de préférence sous forme interrogative. Si le sujet est lui-même posé sous forme interrogative, il n'est pas forcément utile de formuler différemment votre problématique. L'important est que celle-ci permette au lecteur de comprendre l'intérêt du sujet.

### **Construire le plan**

Il faut alors passer à l'étape de la construction du plan, lequel va structurer vos développements : la structure est bipartite (deux parties, I et II, deux sous-parties, A. et B.). Les éléments les plus essentiels des développements doivent se trouver au cœur de la rédaction, et donc dans les deux sous-parties centrales, soit le I.B. et le II.A. Pour construire votre plan, il

faut partir de toutes les idées que vous avez esquissées dans votre brouillon et essayer de les regrouper entre elles de façon logique. Vous allez ainsi voir des « blocs » se dessiner, et ce sont ces blocs qui permettront de construire le plan.

En ce qui concerne les intitulés, la méthode doit également être toujours respectée : les verbes conjugués sont prohibés, les titres doivent être relativement courts, et porter l'idée que vous allez développer. Bannissez les intitulés « plan de cours » : il faut que l'on comprenne, à la lecture de votre plan, l'idée que vous allez défendre : par exemple, si l'on prend le sujet « le robot doit-il se voir reconnaître la personnalité juridique ? », il faut que vos intitulés témoignent de votre position : partant, vous ne pouvez avoir des intitulés type « La qualification du robot », car la formulation est totalement neutre et ne permet pas au lecteur d'avoir une idée de votre position. Préférez, selon le point de vue que vous défendrez, des intitulés types « une reconnaissance contestable » (ou inutile, dangereuse, etc.), ou au contraire « une reconnaissance nécessaire » (ou opportune, bienvenue, etc.).

A ce stade, vous avez donc votre problématique et votre plan. Vous pouvez donc passer à la rédaction de l'introduction.

### **Rédiger l'introduction**

Votre introduction doit se construire selon la méthode dite « de l'entonnoir ». Vous partez de considérations plus générales en lien avec le sujet (attention, pas trop générales non plus, sinon votre introduction est hors-sujet), pour arriver à la question précise qui sera formulée dans la problématique. Plusieurs étapes doivent nécessairement être respectées, la méthode n'est pas optionnelle :

- la phrase d'accroche : elle doit permettre de « planter le décor ». On bannit donc les formules toutes faites et vides de sens et les considérations très générales (exemple type : « de tous temps, les Hommes ont pensé le Droit »). Vous pouvez choisir une citation, rappeler une affaire en lien avec le sujet, etc. L'important est que l'accroche permette de comprendre immédiatement que l'on va évoquer le sujet qui vous est proposé et non un autre sujet.

- la définition des termes du sujet : vous devez vous servir ici de l'étape que vous avez réalisée au brouillon lorsque vous avez déterminé la problématique. Définissez les termes juridiques qui sont présents dans votre sujet, afin que le lecteur comprenne de quoi l'on parle. Attention à veiller toujours à citer vos sources ; si votre définition n'est pas personnelle mais empruntée à un auteur (dans un dictionnaire juridique, un manuel, etc.), vous devez citer l'auteur auquel vous empruntez. A ce stade, on a donc compris, d'un point de vue juridique, ce qui fera l'objet de l'étude. Il va maintenant falloir donner une orientation à votre devoir.

- la contextualisation du sujet : pour donner cette orientation, il vous suffit là encore de vous référer aux interrogations auxquelles vous vous êtes livré au brouillon. Le sujet est-il d'actualité ? Historique ? Polémique ? etc. Tous ces éléments vous permettent de contextualiser votre sujet dans le temps, dans l'espace, en le mettant en parallèle avec le contenu de la loi, de la jurisprudence, voire en le replaçant dans un contexte social.

- l'intérêt du sujet : en contextualisant le sujet (étape précédente), vous devriez pouvoir, à ce stade, en dégager l'intérêt. Pourquoi ce sujet ? La voie est alors toute tracée pour annoncer votre problématique.

- la problématique : vous annoncez votre problématique en suivant les conseils donnés précédemment. Si votre introduction est bien construite, elle doit s'imposer, à ce stade, comme une évidence. On a dit que toute l'introduction tendait vers l'annonce de la problématique : il faut donc que vous ayez « préparé le terrain » dans toutes les étapes précédentes pour que votre annonce de problématique s'impose de manière parfaitement logique.

- l'annonce du plan : vous annoncez ici seulement vos parties (I. et II.) et non vos sous-parties, qui seront annoncées plus tard, au sein de chaque partie. Il faut bannir les formules « dans un

premier temps, nous verrons... dans un second temps, nous étudierons ». Vous devez reprendre les termes de vos intitulés pour annoncer le plan.

### **Rédiger les développements**

Attention : n'oubliez pas les chapeaux et les transitions. A la suite du titre de chaque partie, vous devez avoir un « chapeau » qui annonce les titres de chaque sous-partie. De même, entre les deux parties et entre chaque sous-partie, vous devez rédiger des transitions ; à défaut, le passage d'un développement à l'autre sera trop abrupt et on perdra le lien logique. Pour rédiger le corps du devoir, vous vous servez des « regroupements d'idées » auxquels vous avez procédé au brouillon afin de structurer votre plan. Une dernière recommandation : on a dit que la dissertation réussie était la dissertation personnelle, ce qui suppose que vous preniez position sur le sujet. Cependant, vous devez malgré tout vous faire aussi l'écho des thèses adverses, même si vous souhaitez les critiquer. En d'autres termes, vous devez fournir au lecteur les différentes thèses possibles pour mieux expliciter et justifier la vôtre.

### **Rédiger la conclusion**

Vous pouvez, pour une dissertation, rédiger une conclusion, qui équivaudra en règle générale à une ouverture. Au regard de tout ce que vous avez dit, vous percevez peut-être des débats qui, s'ils sont en lien avec votre sujet, le dépassent. Vous pouvez les envisager dans cette ultime étape.

## **Fiche 4. Les sources complémentaires. Interrogation**

### **Thèmes de la séance :**

- Le rôle du juge
- Le sens du revirement de jurisprudence
- Les méthodes d'interprétation
- Se familiariser avec le cas pratique

### **Documents :**

Doc. 1 : M.-C. Rondeau-Rivier, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », *RTD civ.* 1993, p. 89

Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2009 (deux arrêts), *Bull. civ.* I, n° 124

Doc. 2 bis : X. Lagarde, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence » (note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2009), *JCP G* 2009, 237

Doc. 3 : Civ. 2<sup>e</sup>, 14 sept. 2006, *Bull. civ.* II, n° 222

Doc. 4 : Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *Bull. AP*, n° 4

Doc. 5 : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-66.486

Doc. 6 : Civ. 2<sup>e</sup>, 30 nov. 2023, n° 22-10.559

Doc. 7 : Méthodologie du cas pratique

### **Travail de l'étudiant :**

En raison de l'interrogation, vous n'avez pas de travail écrit à réaliser. Vous devez cependant avoir pris connaissance de l'ensemble des documents de la fiche, sur lesquels vous serez, comme toujours, interrogés en séance.

### **Programme de l'interrogation :**

Tout le cours magistral dispensé ainsi que les trois premières séances de travaux dirigés.

*En séance, votre chargé de travaux dirigés reviendra, dans le détail, sur la méthodologie du cas pratique (document 7).*

**Doc. 1 : M.-C. Rondeau-Rivier, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », RTD civ. 1993, p. 89**

**RTD Civ. 1993 p.89**

**La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes 📖 (1)**

**Marie-Claire Rondeau-Rivier, Professeur à l'université Jean Monnet de Saint-Etienne**

Cours d'introduction au droit, premier trimestre de première année : dans un amphithéâtre plein à craquer, il s'agit d'aborder le chapitre - incontournable - consacré aux sources du droit. L'exposé du droit légiféré s'opère en général sans trop de problèmes : au prix des simplifications nécessaires pour un auditoire de néophytes, l'univers des textes se déploie, au fil de définitions bien acquises, en une pyramide d'une réconfortante cohérence. Certes, l'analyse de la coutume peut ensuite présenter quelques incertitudes (où sont donc les coutumes *contra legem* ?), mais les vraies difficultés commencent avec la définition de la jurisprudence. Confrontés à un terme omniprésent dans le discours des juristes, les étudiants traversent une phase, pénible mais inévitable, de profonde perplexité, dès lors que l'enseignant, pour tenter de faire comprendre ce qu'est la jurisprudence, commence par exposer ce qu'elle n'est pas en examinant les définitions courantes.

**La jurisprudence, c'est l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux**

Invité à se reporter à l'organigramme de l'appareil juridictionnel français, l'apprenti juriste additionne. Sur le versant administratif, les comptes restent raisonnables : un Conseil d'Etat, cinq cours d'appel, trente-trois tribunaux administratifs. Mais, côté judiciaire, les chiffres sont impressionnants : une Cour de cassation, trente-trois cours d'appel, et plus de mille juridictions de première instance, lesquelles, apprend le novice, rendent, bon an mal an, quelque treize millions de décisions en matière civile et pénale.

Cet énorme « magma », explique immédiatement l'enseignant, ce n'est pas la jurisprudence, mais le contentieux, produit de l'activité quotidienne des tribunaux, échappant à la connaissance sinon en termes de

statistiques. Et les statistiques ne constituent sûrement pas une quelconque source du droit.

**La « vraie » jurisprudence, c'est l'ensemble des décisions rendues au plus haut niveau, par les cours suprêmes**

Après un soupir de soulagement devant cette notable restriction du champ, l'apprenti juriste éprouve de nouvelles inquiétudes en découvrant que la Cour de cassation, pour ne citer qu'elle, rend globalement 25 000 arrêts chaque année. Faut-il les connaître tous pour être un bon juriste, et comment ce travail de titan est-il possible ?

Ces arrêts, explique l'enseignant, dorment dans la mémoire électronique des banques de données informatisées. Pour bon nombre d'entre eux, ce sommeil sera durable ou définitif, si aucun acteur de la scène juridique - avocat, magistrat, professeur, etc. - ne vient les extirper de la masse, et les utiliser.

**La jurisprudence, ce sont les arrêts de principe rendus par les cours suprêmes**

Mais comment faire la différence entre les arrêts de principe et les autres ?

Il s'agit, expose l'enseignant, d'une aptitude à la répétition et à la généralisation, car la jurisprudence, ce n'est pas l'arrêt - décision juridictionnelle enfermée dans le cercle des parties à l'instance - mais la solution retenue par l'arrêt.

L'explication du passage de la *jurisdictio* à la jurisprudence, du procès à la règle, est un moment pédagogiquement délicat, mais passionnant. Le processus de transformation est si bien intégré dans les modes de pensée et les pratiques des juristes, qu'il est malaisé de le mettre à jour et de le décomposer pour l'édification du néophyte.

Il n'est pas facile d'expliquer les rôles respectifs de l'avocat - qui va proposer une argumentation et convaincre -, du juge - qui, depuis la première instance jusqu'à la juridiction suprême si (et seulement si) les voies de recours sont exercées, va choisir sa décision et sa motivation -, de l'autorité qui décide de la publication, juridiction elle-même (la publication au *Bulletin* est un indicateur de l'importance de l'arrêt) ou rédaction d'une revue - car la « jurisprudence inédite » est l'Arlésienne du droit -, et enfin de l'universitaire - qui s'emploie à commenter, dans le cadre d'un exercice qui n'est pas que de style : la note d'arrêt constitue du « prêt-à-penser », et les étudiants le comprennent vite, qui lisent le commentaire avant l'arrêt, si ce n'est le commentaire à la place de l'arrêt ...

Certes, il y a des arrêts « grands » dès le berceau : ceux qui sont attendus, énoncés, et immédiatement reconnus comme tels. A titre d'exemple, l'arrêt *Desmares* était, à l'évidence, de principe et personne ne s'y est trompé. Au-delà, tout dépend de la règle discutée, de la formulation, du retentissement, de l'utilisation. A la rubrique des comparaisons culinaires, la jurisprudence est une mayonnaise qui ne monte pas toujours. Alors, demande l'apprenti juriste - et s'il pose la question, l'enseignant se dit qu'il n'a pas complètement perdu son temps - un arrêt publié ou informatisé « brut de commentaire », est-ce de la jurisprudence ? C'est selon. Selon son objet, sa rédaction, et aussi selon ce que va en faire celui qui l'utilise.

La jurisprudence est une création collective. Est-elle une « vraie » source de droit, ou une simple « autorité » ? Ce n'est qu'une question seconde, et que l'auteur de ces lignes estime, à tort ou à raison, parfaitement secondaire. Elle existe, et se construit par le jeu subtil des multiples réseaux de diffusion - fonds de concours auprès de la Cour de cassation, stratégies déployées par les revues spécialisées, « médiatisation » juridique de questions nouvelles, etc. - au sein de la communauté des juristes. Elle se démontre, s'étiole, se combat, se modifie. Elle n'est ni le décalque des textes, ni le reflet du contentieux, mais elle est certainement l'enjeu et le produit des règles disputées. Elle est le droit qui bouge.

#### Mots clés :

**JUGEMENT** \* Jurisprudence \* Arrêt de principe

(1) L'échange de vues publié en 1992 sous l'intitulé « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée » : Pour des rébellions constructives, par J.-L. Aubert, p. 338. La jurisprudence ?, par M. Bandrac, p. 340. A propos de la filiation non classique, par A. Breton, p. 340. Une lettre de J. Carbonnier, p. 341. Un point de vue de G. Cornu, p. 342. La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, par M. Gobert, p. 344. Jurisprudence ?, par F. Terré, p. 354. A propos de la responsabilité civile, par A. Tunc, p. 356. Clore enfin le débat, par F. Zenati, p. 359. ... a suscité des réactions que nous publions dans le n° 1/1993 : L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui », par D. Tricot, p. 87. La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes, par M.-C. Rondeau-Rivier, p. 89. Concevoir l'espace jurisprudentiel, par E. Serverin et A. Jammaud, p. 91. Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence, par C. Beroujon, p. 94.

## Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2009 (2 arrêts), *Bull. civ. I*, n° 124

### Premier arrêt :

#### Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

- Attendu qu'imputant sa contamination par le virus l'hépatite C au traitement de ses varices, réalisé entre le 27 septembre 1981 et le 11 janvier 1982 par injection d'un liquide sclérosant, Mme G. a recherché la responsabilité de M. M., son médecin ;
- Attendu que M. M. fait grief à l'arrêt (*CA Bordeaux, 16 avr. 2008*) de l'avoir déclaré responsable de la contamination de Mme G. par le virus de l'hépatite C et de l'avoir condamné à lui verser une indemnité en réparation de son préjudice, alors, selon le moyen, *que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; qu'en conséquence, une partie à un procès ne peut se voir opposer une règle de droit issue d'un revirement de jurisprudence lorsque la mise en œuvre de celle-ci aboutirait à la priver d'un procès équitable ; qu'en 1981 et 1982, la jurisprudence mettait à la charge du médecin, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de moyens et n'a mis à sa charge une obligation de sécurité de résultat qu'à compter du 29 juin 1999 ; que l'application du revirement de jurisprudence du 29 juin 1999 à la responsabilité des médecins pour des actes commis avant cette date a pour conséquence de priver le médecin d'un procès équitable, dès lors qu'il lui est reproché d'avoir manqué à une obligation qui, à la date des faits qui lui sont reprochés, n'était pas à sa charge ; qu'en décidant néanmoins que M. M. était tenu d'une obligation de sécurité de résultat en raison des actes qu'il avait pratiqués sur Mme G. entre le 27 septembre 1981 et le 11 janvier 1982, bien que ceux-ci eussent été réalisés avant le revirement de jurisprudence ayant consacré l'existence d'une obligation de sécurité de résultat, la cour d'appel a privé M. M. du droit à un procès équitable, en violation des articles 1147 du Code civil et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*
- Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ; que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;
- Et attendu qu'aucun des griefs du moyen unique, pris en ses autres branches, ne serait de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

#### Par ces motifs :

- Rejette le pourvoi ; (...)

### Second arrêt :

#### Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

- Attendu qu'imputant sa contamination par le virus de l'hépatite C, au traitement de ses varices, réalisé en 1986 par injection d'un liquide sclérosant, Mme S. a recherché la responsabilité de M. M., son médecin ;
- Attendu que M. M. fait grief à l'arrêt (*CA Bordeaux, 15 mars 2007*) de l'avoir déclaré responsable de la contamination de Mme S. par le virus de l'hépatite C et de l'avoir condamné à verser une certaine somme à titre de provision, alors, selon le moyen, (...); *qu'en 1986, la jurisprudence mettait à la charge du médecin, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de moyens et n'a mis à sa*

*charge une obligation de sécurité de résultat qu'à compter du 29 juin 1999 ; que l'application du revirement de jurisprudence du 29 juin 1999 à la responsabilité des médecins pour des actes commis avant cette date a pour conséquence de priver le médecin d'un procès équitable, dès lors qu'il lui est reproché d'avoir manqué à une obligation qui, à la date des faits qui lui sont reprochés, n'était pas à sa charge ; qu'en décidant néanmoins que M. M. était tenu d'une obligation de sécurité de résultat en raison des actes qu'il avait pratiqués sur Mme S. en 1986, bien que ceux-ci eussent été réalisés avant le revirement de jurisprudence ayant consacré l'existence d'une obligation de sécurité de résultat, la cour d'appel a privé M. M. du droit à un procès équitable, en violation des articles 1147 du Code civil et 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

- Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ; que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;

- Et attendu qu'aucun des griefs du moyen unique, pris en ses autres branches, ne serait de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Par ces motifs :

- Rejette le pourvoi ; (...)

## **Doc. 2 bis : X. Lagarde, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2009, JCP G 2009, 237**

### 1. CONTEXTE

Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 11 juin dernier donnent une fois encore l'occasion d'éprouver l'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence.

Ils ont été rendus dans des circonstances de fait pratiquement similaires. Deux patientes, traitées par injection d'un « liquide sclérosant » au cours des années 80, ont été infectées à cette occasion par le virus de l'hépatite C. Ultérieurement, elles ont mis en cause la responsabilité de leur médecin à raison du préjudice subi du fait de cette contamination. Les juges du fond leur ont donné gain de cause. En cassation, les médecins ont fait valoir que leur condamnation tenait à l'application de la jurisprudence issue d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1999 leur faisant supporter, en matière d'infections nosocomiales, une obligation de sécurité de résultat. Ils ont exposé que cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence dès lors que préalablement et en cette matière, il n'y avait pour les médecins qu'une obligation de moyens. Or, ont-ils ajouté, l'application de ce revirement à des faits antérieurs à sa date a pour conséquence de les priver d'un droit au procès équitable. En un mot et en substance, ils ont soutenu qu'est inéquitable le procès dont l'issue se décide en contemplation d'une règle inexistante à l'époque où se sont déroulés les faits litigieux.

La Cour de cassation leur donne tort. Elle justifie le rejet des pourvois des médecins en énonçant « que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ». Naturellement, cette solution n'est pas sans rappeler l'arrêt du 9 octobre 2001, rendu à la suite du revirement sur l'obligation d'information du médecin à propos des risques exceptionnels, dans lequel la Cour de cassation a sèchement énoncé que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (*Cass. Ire civ., 9 oct.*

2001, n° 00-14.564 : JurisData n° 2001-011237 ; Bull. civ. 2001, I, n° 249 ; D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP G 2002, II, 10045, note O. Cachard ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 22, note L. Leveneur ; RTD civ. 2002, p. 176, obs. R. Libchaber). Aujourd'hui comme hier, il semble donc bien qu'aux yeux de la Cour de cassation, il n'y ait rien d'inéquitable à être jugé en considération d'une norme jurisprudentielle inconnue au moment des faits litigieux.

En même temps, dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 juillet 2004 (Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426 : JurisData n° 2004-024681 ; Bull. civ. 2004, II, n° 387 ; D. 2004, p. 2957, note C. Bigot ; JCP G 2005, I, 143, n° 7, obs. N. Tavieaux-Moro), dont la solution a été ultérieurement confirmée en assemblée plénière (Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 : JurisData n° 2006-036604 ; JCP G 2007, II, 10111, note X. Lagarde ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer ; JCP G 2007, I, 210, n° 9, obs. N. Tavieaux-Moro), la Cour de cassation a jugé que l'application immédiate à une instance en cours d'une règle de prescription issue d'un revirement de jurisprudence pourrait aboutir à priver l'une des parties d'un droit au procès équitable. Au moins sur cette question procédurale, les hauts magistrats ont laissé filtrer qu'ils n'étaient pas insensibles à l'insécurité juridique que peuvent engendrer leurs décisions. Compte tenu de ce contexte jurisprudentiel, on pouvait en conséquence s'interroger sur la portée de cette ouverture. Les arrêts du 11 juin 2009 ne mettent pas un terme définitif aux supputations. En même temps, s'ils donnent un signe, c'est bien que la porte n'est pas grande ouverte.

## 2. ANALYSE

Il ne saurait être question de reprendre ici l'intégralité d'une discussion dont les termes sont désormais bien connus et à propos desquels le soussigné a déjà livré son analyse (V. Jurisprudence et insécurité juridique : D. 2006, p. 678 ; note ss Cass. ass. plén., 21 déc. 2006 ; JCP G 2007, II, 10111 et réf. préc.). Pour expliquer la diversité des solutions, la distinction suivante pouvait être avancée :

- soit les individus se sont déterminés en considération de la jurisprudence en cours lors de l'époque des faits et alors, il est injuste de leur imputer rétrospectivement une faute à la lumière d'une évolution de la jurisprudence qu'il ne pouvait anticiper. Ainsi la modification d'origine jurisprudentielle des règles de prescription demeure-t-elle inopposable aux parties, et accessoirement à leurs conseils, qui ont conduit une procédure conformément aux termes de la jurisprudence de l'époque (V. Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, préc.). Ainsi, s'en souvient-on, ne peut-on « imputer à faute (à un notaire) de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit (en fait de la jurisprudence) » (Cass. Ire civ., 25 nov. 1997, n° 95-22.240 : JurisData n° 1997-004652 ; Bull. civ. 1997, I, n° 328 ; RTD civ. 1998, p. 210, obs. N. Molfessis ; JCP G 1998, IV, 1078) ;

- soit les individus ont agi sans attention particulière à l'égard des règles qui leur sont applicables et alors, faute de s'être fiés à la jurisprudence, ils ne peuvent ultérieurement se sentir trahis par ses évolutions. Ce qui les surprend, c'est un procès tardif à l'occasion duquel, ils découvrent aussi bien la règle ancienne que la solution nouvelle. Ainsi peut s'expliquer la jurisprudence applicable aux personnels de santé qui, en principe, lorsqu'ils soignent leurs patients, font plutôt de la médecine que du droit.

En même temps et en opportunité, ces explications suscitaient un certain malaise. Dit simplement, elles mettaient à l'abri les professionnels du droit tandis qu'elles exposaient sans retenue les médecins. Or, ces derniers ne soignent pas selon leur bon plaisir. Au-delà du serment d'Hippocrate, il y a des protocoles et des normes médicales. Il suffit d'ailleurs de parcourir la presse spécialisée pour mesurer le poids des règles de droit sur la définition de ces dernières. Il était en conséquence imaginable d'espérer une évolution de la jurisprudence à l'égard du corps médical et, plus généralement de l'ensemble des professions libérales, qui dans la conduite de leur mission d'expertise, s'en tiennent à des normes dont l'inspiration juridique, fût-ce implicitement, ne peut être sous-estimée. Si nul n'a le droit à une jurisprudence figée, au moins pouvait-on concéder que nul n'est (individuellement) en faute pour s'en être tenu aux usages de la profession à l'époque des faits litigieux.

À cette concession, nous savons désormais que la Cour de cassation n'est pas prête. En bornant la portée de l'impératif de sécurité juridique aux hypothèses où les évolutions de la jurisprudence ont pour effet de priver une partie du droit d'accès à un juge, la première chambre civile de la Cour de cassation semble ainsi réduire à néant les espoirs qu'avait suscité l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2006. On peut le regretter.

### 3. PORTÉE

Sauf à relever que la Haute juridiction ne ferme pas toutes les portes. Il faut à cet égard lire attentivement l'attendu de principe. Si la Cour de cassation s'inquiète exclusivement de l'accès au juge, c'est en ce que, en l'espèce, la sécurité juridique a été invoquée « sur le fondement du droit à un procès équitable ». Ce dont on peut déduire deux conséquences :

- tout d'abord, la Cour de cassation accepte désormais de prendre en considération l'impératif de sécurité juridique dès lors qu'une évolution de la jurisprudence peut concrètement constituer une atteinte à un droit fondamental, et spécialement un droit reconnu par la Convention EDH (en ce sens, *V. M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, RTD civ. 2005, p. 307.* – V. également, *T. Piazzon, La sécurité juridique : Defrénois-Lextenso, 2009, préf. L. Leveneur, n° 209*) ;
- ensuite, et conséquemment, il n'est pas que le droit au procès équitable qui puisse être sollicité aux fins de faire valoir cet impératif.

Dans cette perspective, un revirement de jurisprudence dont une application in specie porterait une atteinte aux biens, au sens de l'article premier du Protocole additionnel à la Convention EDH, pourrait être ignoré au nom de l'impératif de sécurité juridique. Dans la mesure où les créances (*CEDH, 9 déc. 1994, n° 13427/87, Raffineries Grecques*) et les autorisations d'exercer une activité (*CEDH, 15 juill. 1988, n° 10443/83, C. c/ France*) constituent des biens au sens de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention EDH, il serait permis d'envisager un refus de tenir compte d'une évolution de la jurisprudence dont la prise en considération menacerait directement l'exercice d'une activité. Tel pourrait être le cas si un revirement de jurisprudence, dans le même temps qu'il mettrait rétrospectivement en évidence une responsabilité d'un professionnel, conduirait à reconnaître que ladite responsabilité (par exemple liée à une faute qualifiée dont la définition a fait l'objet du revirement) échappe à la police d'assurance jadis souscrite. Dans ce cas, le professionnel ne pourrait faire face et il plaiderait utilement que l'application de la solution nouvelle l'empêche d'exercer et constitue de fait une atteinte aux biens. Les deux arrêts du 11 juin 2009 ouvrent ainsi plus de pistes qu'ils n'en ferment.

Sans doute les médecins auront-ils en pratique du mal à conduire la démonstration qu'impose le détour par les dispositions de la Convention EDH. Pas sûr, en effet, que les magistrats se laisseront aisément convaincre par les plaintes du corps médical sur l'explosion des primes d'assurance et la menace qu'elle constitue sur la pérennité de leurs activités. Encore faut-il ne pas sous-estimer les capacités argumentatives des plaideurs de demain. Encore faut-il, également, ne pas exagérer le risque juridique lié aux évolutions de la jurisprudence en matière médicale et, plus largement, en matière de responsabilité :

- d'une part, les dispositions actuelles de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique marquent un recul des responsabilités sans faute des professionnels ; à l'exception toutefois des maladies nosocomiales ;
- d'autre part et surtout, les dispositions de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ont ramené le délai de prescription en matière de responsabilité contractuelle à 5 ans. Et l'on sait que la prescription, en ce qu'elle interdit les contestations tardives est l'un des instruments les plus performant de la sécurité juridique (en ce sens également : *RTD civ. 2005, p. 176 et p. 625, obs. Ph. Théry*). Mais, puisque, en cette subtile matière, toute proposition mérite d'être balancée, il y a lieu d'ajouter que pour les dommages corporels, le délai est de 10 ans, qu'il commence à courir à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé, qu'enfin, le délai butoir de 20 ans ne s'applique pas. Ce qui, eu égard à l'exigence de sécurité juridique, limite malgré tout les gains espérés de la réforme de la prescription.

**Doc. 3 : Civ. 2<sup>e</sup>, 14 sept. 2006, Bull. civ. II, n° 222**

Attendu, selon le jugement attaqué, rendu en dernier ressort, que Mme X..., qui avait donné en location à M. et Mme Y..., pendant une période estivale, une caravane et ses accessoires, a été condamnée par une juridiction de proximité à leur payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ;

Attendu que, pour condamner Mme X..., le jugement retient notamment "la piètre dimension de la défenderesse qui voudrait rivaliser avec les plus grands escrocs, ce qui ne constitue nullement un but louable en soi sauf pour certains personnages pétris de malhonnêteté comme ici Mme X... dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que la surface habitable de sa caravane, ses préoccupations manifestement strictement financières et dont la cupidité le dispute à la fourberie, le fait qu'elle acculait ainsi sans état d'âme et avec l'expérience de l'impunité ses futurs locataires et qu'elle était sortie du domaine virtuel où elle prétendait sévir impunément du moins jusqu'à ce jour, les agissements frauduleux ou crapuleux perpétrés par elle nécessitant la mise en oeuvre d'investigations de nature à la neutraliser définitivement" ;

Qu'en statuant ainsi, en des termes injurieux et manifestement incompatibles avec l'exigence d'impartialité, le juge a violé le texte susvisé ;

Sur le deuxième moyen :

Vu l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 1353 du code civil et 455 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ;

Attendu que, pour écarter les éléments de preuve produits par Mme X..., le jugement énonce notamment "que si la présente juridiction conçoit aisément que les requérants aient dû recourir à des attestations pour étayer leurs allégations, elle ne saurait l'accepter de la bailleresse, supposée de par sa qualité, détenir et produire à tout moment, sauf à s'en abstenir sciemment et dès lors fautivement, tous documents utiles, que si Mme X... disposait d'éléments autrement plus probants mais certainement très embarrassants à produire auprès de la juridiction de céans que toutes les attestations sans exception aucune, de pure et manifeste complaisance dont elle a cru mais à tort qu'elles suffiraient à corroborer ces allégations, il échet de déclarer ces dernières mensongères et de les sanctionner" ;

Qu'en statuant par des motifs inintelligibles et en écartant par une pétition de principe certains des éléments de preuve produits par Mme X..., rompant ainsi l'égalité des armes, le juge a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 26 mai 2004, entre les parties, par la juridiction de proximité siégeant dans le ressort du tribunal d'instance de Toulon ;

remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant par la juridiction de proximité siégeant dans le ressort du tribunal d'instance de Marseille ;

**Doc. 4 : Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull. AP n° 4**

Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le Procureur général près la Cour de Cassation :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code ;

Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu selon l'arrêt infirmatif attaqué que Mme X..., épouse de M. Y..., étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y..., sans indication de filiation maternelle ;

Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant par Mme Y..., l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des moeurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y... pratiquement depuis sa naissance ;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi, l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la cour d'appel de Paris.

**Doc. 5 : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-66.486**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu que Z... est né le 30 mai 2001, à Fosston (Minnesota, Etats-Unis), après qu'une personne eut accepté de porter l'embryon issu des gamètes de M. X... et de Mme Y..., son épouse ; qu'un jugement du 4 juin 2001 du tribunal de Beltrami (Minnesota) a prononcé l'adoption en leur faveur de l'enfant après avoir constaté par décision du même jour son abandon par sa mère ; que l'acte de naissance délivré le 6 juin 2001 à Fosston, mentionne les noms de M. X... et de Mme Y..., épouse X..., en qualité de père et mère de l'enfant ; que cet acte a été transcrit le 11 juillet 2003 sur les registres de l'état civil du consulat général de France à Chicago, puis enregistré par le service central de l'état civil de Nantes ; que sur assignation du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, qui avait limité sa demande à l'annulation de la transcription relative à la seule filiation maternelle de l'enfant, l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 26 février 2009) a dit que Mme Y... n'était pas la mère de Z... et a annulé dans la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la mention relative à Mme Y... ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que les époux X... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré le ministère public recevable en son action, alors, selon le moyen :

1°/ que le ministère public n'est pas recevable à invoquer, pour voir annuler la transcription d'un acte étranger d'état civil, la contrariété à l'ordre public qu'il a lui-même troublé en procédant à ladite transcription ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que le ministère public avait, dans un premier temps, autorisé la transcription de l'acte de l'état civil étranger, puis, dans un second temps, demandé l'annulation de cette transcription en ce qu'elle serait contraire à l'ordre public ; qu'en déclarant néanmoins le ministère public recevable à solliciter l'annulation de la transcription d'un acte d'état civil qu'il avait au préalable autorisée, la cour d'appel a violé l'article 423 du code de procédure civile ;

2°/ que pour déclarer recevable le ministère public en son action fondée sur l'hypothèse d'une fraude à la loi, les juges du fond sont tenus de constater l'existence d'une intention frauduleuse ; qu'en l'espèce, les époux X... faisaient valoir, dans leurs conclusions d'appel qu'ils n'avaient pas eu recours à une mère porteuse aux Etats-Unis dans le but de détourner la procédure d'adoption dès lors qu'ils avaient seulement demandé la transcription en France de l'acte de naissance américain régulièrement établi par les autorités américaines ; qu'en se bornant, pour déclarer le ministère public recevable à contester la filiation maternelle de l'enfant à retenir qu'il existait un doute sur la régularité de l'adoption prononcée aux Etats-Unis, sans constater l'intention frauduleuse des époux X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 336 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le ministère public contestait l'opposabilité en France, au regard de la conception française de l'ordre public international, des jugements étrangers validant une gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il justifiait d'un intérêt à agir pour la défense de l'ordre public, en application de l'article 423 du code de procédure civile ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que les époux X... font grief à l'arrêt d'avoir accueilli la demande, alors, selon le moyen ;

1°/ que pour déclarer inopposable en France un jugement étranger, les juges du fond sont tenus de constater l'incompétence du juge étranger, la contrariété à l'ordre public international ou la fraude à la loi française ; que la conception française de l'ordre public international ne se confond pas avec celle de l'ordre public interne en ce qu'elle n'intervient que pour écarter l'application normale du droit étranger en cas d'incompatibilité avec certains principes fondamentaux ou valeurs considérées comme absolues par la société française ; qu'en se bornant, pour remettre en cause le lien de filiation maternelle établi par deux jugements américains d'abandon et d'adoption de l'enfant Z... et annuler la transcription de ces jugements dans le registre français d'état civil, à déduire de la contrariété à l'ordre public interne du recours à la gestation pour autrui, sur le fondement des articles 16-7 et 16-9 du code civil, la contrariété à la conception française de l'ordre public international, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés ;

2°/ que le respect de la vie privée et de la vie familiale impose le maintien d'un lien de filiation établi depuis plusieurs années permettant le développement et l'intégration familiale de l'enfant ; qu'en conséquence, l'annulation de la transcription, dans le registre français, de l'acte d'état civil étranger établissant un lien de filiation maternelle plus de six ans après son autorisation initiale a pour conséquence de priver l'enfant de tout lien de filiation maternelle et est donc contraire au respect de la vie privée et familiale de l'enfant ; qu'en retenant, en l'espèce, que le statut d'enfant adultérin constituait une atteinte moins grave au respect dû à sa vie privée que celle obtenue par la falsification de son état, la cour d'appel a violé l'article 9 du code civil, ensemble l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

3°/ qu'en retenant, dans un premier temps, que le respect de la vie privée et de la vie familiale impose la primauté de la transparence soit, en d'autres termes, la conformité de l'état civil avec les conditions dans lesquelles l'enfant est venu au monde, sur l'inscription de la filiation maternelle avec la mère d'intention et, dans un second temps, qu'il convenait d'annuler la transcription des jugements étrangers dans le registre français d'état civil, conférant ainsi à l'enfant issu d'une gestation pour autrui à laquelle ont eu recours deux époux, soit l'enfant génétique d'un couple marié, un statut d'enfant adultérin qui ne correspond pas avec la réalité de sa venue au monde, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs contradictoires et a ainsi méconnu l'article 455 du code civil ;

4°/ que le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui trouve son fondement dans l'article 3-1 de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en se bornant à affirmer que l'annulation de la transcription des jugements d'abandon et d'adoption étrangers dans les registres français d'état civil ne conduisaient pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour d'appel n'a pas motivé sa décision, ou, à tout le moins, s'est prononcée par des motifs insuffisants à justifier légalement sa décision et ainsi privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

5°/ qu'en tout état de cause, l'intérêt supérieur de l'enfant impose que le maintien d'un lien de filiation établi depuis plusieurs années permettant le développement et l'intégration familiale de l'enfant et, en conséquence, que sa filiation maternelle établie par deux jugements étrangers et transcrits dans le registre français d'état civil depuis plus de six ans ne soit pas remise en cause ; qu'en disant en 2007 que Mme X... n'est pas la mère de l'enfant Z... né en 2001 et en ordonnant la transcription de ces mentions dans les registres d'état civil, lui conférant ainsi en France le statut d'enfant adultérin, la cour d'appel a violé l'article 3-1 de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ;

Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Que, dès lors, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que dans la mesure où ils donnaient effet à une convention de cette nature, les jugements "américains" du 4 juin 2001 étaient contraires à la conception française de l'ordre public international, en sorte que l'acte de naissance litigieux ayant été établi en application de ces décisions, sa transcription sur les registres d'état civil français devait être, dans les limites de la demande du ministère public, rectifiée par voie de suppression de la mention de Mme Y... en tant que mère ; qu'une telle rectification, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ; que le moyen n'est pas fondé

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les époux X... aux dépens

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande des époux X... ;

**Doc. 6 : Civ. 2<sup>e</sup>, 30 nov. 2023, n° 22-10.559**

M. [M] [Z], époux [L], domicilié [Adresse 2], a formé le pourvoi n° H 22-10.559 contre le jugement rendu le 15 novembre 2021 par le tribunal judiciaire de Mulhouse (pôle social), dans le litige l'opposant à la caisse d'allocations familiales (CAF) du Haut-Rhin, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, un moyen unique de cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Dudit, conseiller référendaire, les observations écrites et les plaidoiries de la SAS Bouloche, Colin, Stoclet et Associés, avocat de M. [Z], époux [L], de la SCP Foussard et Froger, avocat de la caisse d'allocations familiales du Haut-Rhin, et l'avis de M. Gaillardot, premier avocat général, après débats en l'audience publique du 24 octobre 2023 où étaient présents M. Soulard, premier président, Mme Martinel, président, Mme Dudit, conseiller référendaire rapporteur, Mme Renault-Malignac, conseiller doyen, Mme Coutou, M. Rovinski, Mme Lapasset, MM. Leblanc, Pedron, Reveneau, conseillers, M. Labaune, M. Montfort, Mme Lerbret-Féréol, conseillers référendaires, M. Gaillardot, premier avocat général, et Mme Catherine, greffier de chambre,

la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon le jugement attaqué (tribunal judiciaire de Mulhouse, 15 novembre 2021), rendu en dernier ressort, M. [Z] (l'allocataire) a sollicité auprès de la caisse d'allocations familiales du Haut-Rhin (la caisse), le bénéfice de la prestation d'accueil du jeune enfant, pour son enfant, né d'une gestation pour le compte d'autrui, le 30 avril 2020 aux Etats-Unis, qu'il a accueilli avec son époux le 15 mai 2020.

2. La caisse lui ayant attribué l'allocation de base à compter du 1er juin 2020 mais refusé l'octroi de la prime à la naissance, l'allocataire a saisi d'un recours une juridiction chargée du contentieux de la sécurité sociale.

Recevabilité du pourvoi contestée par la défense

Vu les articles 605 du code de procédure civile et R. 211-3-24 du code de l'organisation judiciaire :

3. Selon le premier de ces textes, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort. Selon le second, lorsque le tribunal judiciaire est appelé à connaître, en matière civile, d'une action personnelle ou mobilière portant sur une demande dont le montant est inférieur ou égal à la somme de 5 000 euros, le tribunal judiciaire statue en dernier ressort.

4. La caisse soulève l'irrecevabilité du pourvoi au motif que la demande aux fins de versement de la prime à la naissance, sur laquelle le tribunal judiciaire de Mulhouse a statué, était indéterminée, en sorte que le jugement attaqué était, en application de l'article 40 du code de procédure civile, susceptible d'appel.

5. Cependant, le montant de la demande était déterminable en application de l'article D. 531-2 du code de la sécurité sociale, selon lequel le taux de la prime à la naissance est fixé à 229,75 % de la base mensuelle de calcul des allocations familiales, soit un montant de 947,34 euros pour l'année 2020.

6. Le montant de la demande étant inférieur au taux du dernier ressort, le pourvoi est, dès lors, recevable.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa sixième branche

7. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce grief qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen, pris en ses quatre premières branches

Enoncé du moyen

8. L'allocataire fait grief au jugement de rejeter sa demande d'attribution de la prime à la naissance, alors :

« 1°/ qu'aucun texte ne subordonne l'octroi de la prime de naissance prévue par les dispositions de l'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale à la condition que l'un des membres du couple soit ou ait été enceinte ; qu'en se fondant, pour refuser à M. [Z] le bénéfice de la prime de naissance à raison de son enfant [P], sur le fait que, dans la mesure où cet enfant était issu d'un contrat de gestation pour autrui, aucun des membres du couple n'avait été enceinte, le tribunal a ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas et violé les articles L. 512-1, L. 513-1, L. 531-2 et R. 531-1 du code de la sécurité sociale ;

2°/ qu'en application de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur la situation de famille, le sexe et l'orientation sexuelle ; que cette disposition interdit de traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables et prohibe les discriminations liées notamment au sexe et à l'orientation sexuelle des personnes ; qu'en l'espèce, le tribunal a constaté que la CAF du Haut-Rhin avait refusé d'accorder à M. [Z] la prime de naissance pour l'arrivée de [P] au motif « que le demandeur n'est pas en mesure de produire un certificat médical mentionnant la date présumée de début de la grossesse, et qu'elle n'est donc pas en mesure de vérifier la condition de ressources liée à l'ouverture du droit à la prime de naissance » et que la prime de naissance n'était pas versée car « cette prestation suppose que l'un des membres du couple soit enceinte, condition non remplie par les personnes qui accueillent un enfant issu d'une GPA » ; qu'une telle décision constitue une discrimination indirecte de M. [Z], fondée sur sa situation de famille, son sexe et son orientation sexuelle ; qu'en déboutant pourtant M. [Z] de ses demandes, le tribunal a violé l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles L. 512-1, L. 513-1, L. 531-2 et R. 531-1 du code de la sécurité sociale ;

3°/ qu'en tout état de cause, le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ; qu'en l'espèce, le tribunal a constaté que M. [Z] faisait valoir que la décision de la caisse créait une discrimination indirecte fondée sur la situation de famille, le sexe et l'orientation sexuelle ; que, pour débouter M. [Z] de sa demande tendant à obtenir le bénéfice de la prime de naissance, le tribunal a refusé d'exercer son office et de rechercher si la décision de la caisse était discriminatoire et contraire à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et a énoncé que « le tribunal considère qu'en l'état actuel des textes en vigueur, M. [M] [Z] ne peut pas prétendre au bénéfice de la prime de naissance. Il appartient au législateur de s'interroger sur l'évolution éventuelle de la réglementation au regard des nouveaux modes de parentalité, notamment en prenant en compte les textes internationaux tel que la Convention Internationale des droits de l'enfant (CIDE) au regard de l'intérêt

de l'enfant et de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) au regard de la lutte contre les discriminations. L'adaptation des règles de droit suit souvent l'évolution des comportements de la société mais le juge du fond ne peut se limiter à appliquer et à interpréter la règle de droit contemporaine. Le juge ne peut ni devenir un militant d'un mode de parentalité qui se base sur un processus de procréation aujourd'hui interdit en France, ni générer de nouveaux droits en privilégiant l'application directe des textes internationaux précités et en sanctionnant de ce fait la non-conformité de réglementations nationales au regard des dits traités » ; qu'en statuant ainsi, tandis qu'il appartenait au juge de rechercher si les dispositions applicables du code de la sécurité sociale, sur lesquelles était fondée la décision de la caisse, n'étaient pas discriminatoires et contraires à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le tribunal a refusé d'exercer son office, violant l'article 4 du code civil, l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles L. 512-1, L. 513-1, L. 531-2 et R. 531-1 du code de la sécurité sociale ;

4°/ que le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ; qu'en application de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en l'espèce, le tribunal a constaté que M. [Z] faisait valoir, au soutien de sa demande, que la décision de la caisse n'était pas conforme aux textes applicables inhérents à l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment à la convention internationale des droits de l'enfant ; que, pour débouter M. [Z] de sa demande tendant à obtenir le bénéfice de la prime de naissance, le tribunal a refusé d'exercer son office et d'apprécier la situation au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et a énoncé que « le tribunal considère qu'en l'état actuel des textes en vigueur, M. [M] [Z] ne peut pas prétendre au bénéfice de la prime de naissance. Il appartient au législateur de s'interroger sur l'évolution éventuelle de la réglementation au regard des nouveaux modes de parentalité, notamment en prenant en compte les textes internationaux tel que la Convention Internationale des droits de l'enfant (CIDE) au regard de l'intérêt de l'enfant et de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) au regard de la lutte contre les discriminations. L'adaptation des règles de droit suit souvent l'évolution des comportements de la société mais le juge du fond ne peut se limiter à appliquer et à interpréter la règle de droit contemporaine. Le juge ne peut ni devenir un militant d'un mode de parentalité qui se base sur un processus de procréation aujourd'hui interdit en France, ni générer de nouveaux droits en privilégiant l'application directe des textes internationaux précités et en sanctionnant de ce fait la non-conformité de réglementations nationales au regard des dits traités » (jugement, p. 5 et 6) ; qu'en statuant ainsi, tandis qu'il appartenait au juge de rechercher si les dispositions applicables du code de la sécurité sociale et la décision de la caisse n'étaient pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, le tribunal a refusé d'exercer son office, violant l'article 4 du code civil, l'article 3, § 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant et les articles L. 512-1, L. 513-1, L. 531-2 et R. 531-1 du code de la sécurité sociale. »

#### Réponse de la Cour

9. Selon l'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017, applicable au litige, la prime à la naissance est attribuée au ménage ou à la personne dont les ressources ne dépassent pas un plafond, pour chaque enfant à naître, avant la naissance de l'enfant.

10. L'article R. 531-1 du même code précise que pour l'ouverture des droits à la prime à la naissance, la situation de la famille est appréciée le premier jour du mois civil suivant le cinquième mois de la grossesse.

11. Par ailleurs, l'article L. 533-1 dudit code prévoit que le versement de la prime à la naissance est subordonné à la justification de la passation du premier examen prénatal médical obligatoire de la mère prévu en application de l'article L. 2122-1 du code de la santé publique.

12. A cet égard, l'article D. 532-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret n° 2003-1394 du 31 décembre 2003, applicable au litige, indique qu'une déclaration de grossesse doit être adressée par l'allocataire dans les quatorze premières semaines de la grossesse à l'organisme d'assurance maladie ainsi qu'à l'organisme débiteur de prestations familiales de rattachement de l'intéressé. La déclaration de grossesse est attestée par le document médical, prévu à cet effet, constatant la passation du premier examen prénatal, dont le modèle type est fixé par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale.

13. Il résulte de ces textes que si la prime à la naissance a notamment pour objet de permettre au ménage ou à la personne de faire face aux dépenses liées à l'arrivée d'un enfant, elle répond également à un objectif sanitaire de surveillance et de protection de la mère et de l'enfant à naître.

14. Il s'ensuit que pour prétendre au bénéfice de la prime à la naissance, la mère de l'enfant à naître doit appartenir au ménage auquel la prime est attribuée, de sorte qu'un allocataire ayant eu recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut obtenir le versement de cette prestation familiale.

15. Dès lors, se pose la question de la conformité de ces dispositions à la Convention internationale des droits de l'enfant, d'une part, et aux articles 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1er du Protocole additionnel n° 1 à ladite Convention, d'autre part.

16. En premier lieu, aux termes de l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

17. Les dispositions nationales conduisant à refuser à l'allocataire ayant eu recours à une gestation pour le compte d'autrui la seule prime à la naissance versée, sous réserve que les ressources de l'allocataire ne dépassent pas un plafond, en une seule fois et dont le montant était en 2020 de 947,34 euros, ne méconnaissent pas l'intérêt supérieur de l'enfant.

18. En second lieu, aux termes de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

19. Aux termes de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Ces dispositions ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

20. Il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 et elle doit être compatible avec l'article 14 de la Convention (CEDH, arrêt du 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume Uni* [GC], n° 65731/01 et 65900/01, § 53).

21. La discrimination consiste à traiter de manière différente des personnes placées dans des situations comparables ou analogues, sauf justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle poursuit un but légitime et s'il y a un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé

(CEDH, arrêt du 13 novembre 2007, D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, § 175 ; CEDH, arrêt du 24 mai 2016, Biao c. Danemark [GC], n° 38590/10, § 90 ; CEDH arrêt du 5 septembre 2017, Fábíán c. Hongrie [GC], n° 78117/13, § 113).

22. La Cour européenne des droits de l'homme a également admis que peut être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui, bien que formulée de manière neutre, a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire. Il n'en va toutefois ainsi que si cette politique ou cette mesure manquent de justification objective et raisonnable (CEDH, arrêt du 1er juillet 2014, S.A.S. c. France [GC], n° 43835/11, § 161 ; CEDH, arrêt du 13 novembre 2007, D.H. et autres c. République tchèque, précité, §§ 175 et 184-185 ; CEDH, arrêt du 24 mai 2016, Biao c. Danemark [GC], précité, §§ 91 et 103).

23. Il résulte des paragraphes 9 à 14 que, quel que soit son sexe ou son orientation sexuelle, un allocataire ayant eu recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut prétendre au bénéfice de la prime à la naissance.

24. La différence de traitement au détriment de l'allocataire dont l'enfant est né dans le cadre d'une convention de gestation pour le compte d'autrui est justifiée par la prohibition des conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, telle qu'édictée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, qui poursuit un objectif légitime de protection de la santé et de protection des droits et libertés des enfants et de la mère porteuse. Cette différence de traitement répond, donc, à une justification objective et raisonnable, en lien avec l'objet de la prime à la naissance, qui poursuit un but sanitaire de préservation de la santé de la mère et de l'enfant. Etant proportionnée à l'objectif ainsi poursuivi, elle n'est pas en tant que telle contraire aux articles 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1er du Protocole additionnel n° 1 à ladite Convention.

25. Il n'est, en outre, apporté aucun commencement de preuve que les couples homosexuels auraient davantage recours à la gestation pour le compte d'autrui que les couples hétérosexuels, de sorte que le grief tiré d'une discrimination indirecte à raison de l'orientation sexuelle ne peut être accueilli.

26. Par ces motifs de pur droit, partiellement substitués à ceux critiqués, dans les conditions prévues par les articles 620, alinéa 1er, et 1015 du code de procédure civile, le jugement, qui retient que l'allocataire ne remplissait pas les conditions d'attribution de la prime à la naissance, se trouve légalement justifié.

Sur le moyen, pris en sa cinquième branche

Enoncé du moyen

27. L'allocataire fait le même grief au jugement, alors « que subsidiairement, une instruction technique de la Caisse nationale d'allocations familiales est dépourvue de valeur normative ; qu'en l'espèce, le tribunal s'est fondé, pour débouter M. [Z] de ses demandes, sur l'instruction technique n° 46 du 7 avril 2021 de la Caisse nationale d'allocations familiales ; qu'en statuant ainsi, le tribunal s'est prononcé par des motifs impropres à justifier légalement sa décision, violant les articles L. 512-1, L. 513-1, L. 531-2 et R. 531-1 du code de la sécurité sociale. »

Réponse de la Cour

28. Le moyen qui critique un motif devenu surabondant est inopérant.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi.

## **Doc. 7 : Méthodologie du cas pratique**

En vous initiant au cas pratique, vous allez découvrir la méthode syllogistique. Ici encore, le respect scrupuleux des exigences méthodologiques et des différentes étapes est la condition *sine qua non* de votre réussite. Plusieurs « temps » doivent apparaître :

- Le rappel des faits : cette étape doit mettre en lumière les faits pertinents, et uniquement les faits pertinents ; en d'autres termes, le rappel synthétique des faits doit démontrer que vous avez su retenir ceux qui auront une importance lors de l'étape de discussion et de résolution de la question en présence. Par ailleurs, la qualification juridique des personnes en présence et des situations est une étape fondamentale qui témoigne de votre compréhension du problème : l'énoncé est souvent présenté comme le ferait un non-juriste ; dépassez cela et qualifiez juridiquement. Cela signifie également, comme pour la fiche d'arrêt, qu'il faut qualifier les parties, et non faire apparaître leurs noms et/ou prénoms.

- La question de droit : il s'agit du problème que vous êtes appelé à résoudre au terme de la présentation de faits. Comme pour la fiche d'arrêt, la formulation de la question ne doit pas reprendre les noms des parties mais leur qualité juridique (un vendeur, un propriétaire, une victime,...). C'est là un élément essentiel du cas pratique, dans la mesure où il permet à votre lecteur de s'assurer que vous avez compris l'enjeu du cas. Une question bien posée donne à votre correcteur l'assurance que le point juridique discuté est compris. Si plusieurs problèmes se posent, vous aurez naturellement plusieurs questions à formuler, avec cette précision qu'il faudra nécessairement autant de raisonnements syllogistiques qu'il y aura de questions (puisque ce raisonnement est, par définition, le cheminement à suivre pour aboutir à une réponse).

- le raisonnement syllogistique : c'est dans cette partie que l'on vous demande véritablement de résoudre le problème ; cela explique que l'exposé des faits et la question de droit soient deux étapes préalables essentielles, dans la mesure où une erreur dans l'une ou l'autre aboutira à un raisonnement erroné au stade de la résolution du cas. Le syllogisme se décompose de la manière suivante :

- la majeure : vous devez, à cette étape, énoncer la règle de droit applicable en l'espèce. Soyez précis et organisez votre propos en hiérarchisant les règles applicables (ne citez pas la jurisprudence avant la loi, etc). Dans cette partie, vous devez réaliser un travail de sélection des règles qui vont vous aider à répondre à la question. Vous ne devez pas évoquer ici les éléments factuels, qui relèvent de l'étape suivante.
- la mineure : vous devez, dans cette partie, expliquer en quoi le choix des règles exposées dans la majeure est justifié par les faits en présence dans le cas. C'est une partie qui commence souvent par « or en l'espèce », bien que cette règle ne soit pas incontournable. En d'autres termes, c'est dans cette étape que vous devez faire le lien entre les règles applicables et les faits de l'espèce. Vous vérifiez que toutes les conditions d'application desdites règles sont présentes (ou au contraire font défaut) en l'espèce.
- la solution : c'est là la partie dans laquelle vous devez tirer les conséquences de la confrontation entre les règles applicables et la situation de l'espèce. Vous apportez ici une réponse claire à la question posée.



## **Fiche 5. Appliquer le Droit**

**Attention : il est obligatoire de venir avec un Code civil pour cette séance**

### **Thèmes de la séance :**

- L'application de la loi dans l'espace
- L'application de la loi dans le temps
- Se familiariser avec l'utilisation du Code civil

### **Documents :**

Doc. 1 : Com., 11 oct. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 274

Doc. 2 : Civ. 3<sup>e</sup>, 3 juin 2021, n° 20-12.353

Doc. 3 : Civ. 3<sup>e</sup>, 9 févr. 2017, n° 16-10.350

Doc. 3 bis : Civ. 3<sup>e</sup>, 7 sept. 2023, n° 21-14.279 et obs. X. Delpech, *Juris Tourisme* 2023, n° 267, p. 9

Doc. 4 : Extrait de l'étude *Le temps*, rapport annuel de la Cour de cassation, 2014

Doc. 5 : Crim., 12 févr. 1979, *Bull. crim.* n° 60

Doc. 6 : Soc., 18 avr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 213.

### **Travail de l'étudiant :**

- En mettant en perspective les documents 3 et 3bis, vous expliquerez le mécanisme de la survie de la loi ancienne pour les contrats en cours et l'exception à ce principe s'agissant de dispositions d'ordre public.
- Rédigez une dissertation (en suivant la méthode fournie dans la fiche 4) sur le sujet suivant : *Comment résoudre les conflits de loi dans le temps ?*

*En séance, votre chargé de travaux dirigés vous expliquera, par le biais d'exercices, comment utiliser le code civil, comment distinguer le texte des annotations, etc. Vous apprendrez également à vous servir des différents outils (l'index, la table, le tableau de concordances, etc.).*

**Doc. 1 : Com., 11 oct. 1988, Bull. civ. IV, n° 274**

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 janvier 1987), que, par contrat du 29 décembre 1978, la société Antar, aux droits de laquelle se trouve la société Elf, a donné en location-gérance aux époux X... un fonds de commerce de station-service, moyennant un loyer composé d'une partie fixe et d'une partie dépendant du montant de la minoration qui leur était accordée sur le montant des facturations des produits pétroliers et assimilés que les gérants s'engageaient à acheter exclusivement à la société Elf ; que les prix des carburants et combustibles liquides devaient correspondre au prix limite maximum autorisé par les pouvoirs publics pour vente à la pompe minoré de sommes précisées aux conditions particulières ; que les époux X... se sont heurtés au refus de la société Elf à qui ils avaient demandé le bénéfice des dispositions des arrêtés du 29 avril 1982 modifiant le système de calcul du prix de vente en vrac des produits pétroliers, supprimant la fixation par les pouvoirs publics d'un prix limite de vente à la pompe et obligeant les sociétés pétrolières à déposer des " barèmes d'écart " faisant apparaître leurs rabais, remises et ristournes aux détaillants ; que les parties ont alors mis fin au contrat le 12 décembre 1984 ;

Attendu que les époux X... reprochent à la cour d'appel de les avoir déboutés de leur demande tendant à bénéficier des dispositions de l'arrêté relatif à l'application des " barèmes d'écart ", alors, selon le pourvoi, d'une part, que les textes relatifs à la fixation des prix des produits pétroliers sont d'ordre public ; que l'arrêt a refusé de faire bénéficier les époux X... de l'arrêté du 29 avril 1982 concernant le nouveau régime de prix des produits pétroliers au motif qu'ils auraient refusé de signer un nouveau contrat qui subordonnait l'application de cet arrêté à une hausse de loyer de 470 % ; qu'en laissant aux parties la possibilité d'éviter l'application des dispositions d'ordre public, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'arrêté du 29 avril 1982, et alors, d'autre part, que les dispositions de cet arrêté étant d'ordre public, elles entraînaient nécessairement la caducité des précédents contrats signés avant l'entrée en vigueur de ce texte ; qu'en refusant dès lors d'annuler le contrat signé en 1978 au motif qu'elle n'aurait pas été saisie de cette demande et que cet arrêté n'aurait pas prévu cette caducité bien que le nouveau texte soit d'ordre public et s'appliquait par conséquent à tous les contrats, la cour d'appel a violé par refus d'application les dispositions de l'arrêté du 29 avril 1982 ;

Mais attendu qu'une nouvelle réglementation ne s'applique pas, à défaut d'une disposition expresse de rétroactivité, aux conditions des actes juridiques conclus antérieurement et, quand bien même serait-elle d'ordre public, ne peut avoir pour effet de rendre caducs les actes passés avant son entrée en vigueur ; que la cour d'appel, ayant constaté que les époux X... avaient refusé de tenir compte du nouveau système de prix et de rémunération institué par les arrêtés du 29 avril 1982, a, à bon droit, déclaré que ces textes n'étaient pas applicables ; d'où il suit que le moyen, pris en ses deux branches, n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

## **Doc. 2 : Civ. 3<sup>e</sup>, 3 juin 2021, n° 20-12.353**

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 26 novembre 2019), le 26 décembre 2013, la société Vilogia a acquis un immeuble au sein duquel M. et Mme [R] étaient locataires en vertu d'un bail soumis à la loi du 6 juillet 1989.

2. Le 6 juin 2014, elle a conclu une convention avec l'Etat en application de l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation.

3. M. et Mme [R] ayant refusé de s'acquitter d'un supplément de loyer de solidarité notifié courant 2015, la société Vilogia les a assignés en paiement.

Examen du moyen

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche, ci-après annexé

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce grief qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen unique, pris en ses première et deuxième branches

Enoncé du moyen

5. M. et Mme [R] font grief à l'arrêt d'accueillir la demande, alors :

« 1°/ que la loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résulte que l'article L. 441-3 du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de la loi du 23 novembre 2018, s'applique à la demande en paiement d'un supplément de loyer de solidarité, qui ne peut être réclamé, suivant le dernier alinéa de cet article, aux locataires (titulaires d'un bail soumis à la loi du 6 juillet 1989, repris par un organisme d'habitation à loyer modéré) n'ayant pas conclu un nouveau bail (soumis au régime du bail conventionné) en application de l'article L. 353-7 du même code ; qu'en énonçant cependant que la loi du 23 novembre 2018 ne saurait s'appliquer aux époux [R] avant son entrée en vigueur, pour décider que la société bailleuse pouvait leur réclamer un supplément de loyer de solidarité jusqu'au 25 novembre 2018, tout en relevant que la conclusion d'un nouveau bail ne leur avait pas été proposée, la cour d'appel, qui a refusé de soumettre les effets légaux de leur bail d'habitation originaire à la loi nouvelle, a violé l'article L. 441-3 in fine du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de la loi du 23 novembre 2018, ensemble l'article 2 du code civil ;

2°/ que l'article L. 441-3 in fine du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de la loi du 23 novembre 2018, prévoyant qu'il n'est pas applicable aux locataires ayant refusé de conclure un nouveau bail en application de l'article L. 353-7 du même code, présente un caractère interprétatif, en ce qu'il restaure l'option du titulaire d'un bail d'habitation repris par un organisme d'habitation à loyer modéré, entre le maintien de la soumission de son bail au régime de la loi du 6 juillet 1989, exclusif du paiement d'un supplément de loyer de solidarité, et la soumission du bail au régime du bail conventionné, impliquant un tel paiement (concomitamment aux avantages de ce régime), option que la jurisprudence de la Cour de cassation avait paralysée ; qu'en refusant de faire application de la disposition nouvelle, au prétexte de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, la cour d'appel, qui a méconnu son caractère interprétatif, a violé l'article L. 441-3 in fine du code de la construction et de l'habitation, ensemble l'article 2 du code civil. »

## Réponse de la Cour

6. D'une part, la loi nouvelle, ne disposant que pour l'avenir, ne peut modifier les effets légaux d'une situation juridique définitivement réalisée lors de son entrée en vigueur.

7. D'autre part, les nouvelles dispositions de l'article L. 441-3 du code de la construction et de l'habitation, issues de la loi du 23 novembre 2018, combinées avec celles de l'article L. 353-16 du même code, ont pour objet d'instaurer, au profit des locataires titulaires d'un bail en cours de validité lors de la signature d'une convention avec l'Etat par un organisme d'habitations à loyer modéré, une option leur permettant soit de conserver leur ancien bail soit de conclure un nouveau bail conforme aux stipulations de la convention.

8. Il résulte des termes de la loi du 23 novembre 2018 et des travaux parlementaires que cette disposition est dépourvue de caractère interprétatif justifiant une application rétroactive.

9. La cour d'appel a exactement retenu que les dispositions des articles L. 353-16 et L. 441-3 du code de la construction et de l'habitation, dans leur rédaction antérieure à celle issue de la loi du 23 novembre 2018, lesquelles dérogeaient à celles de l'article L. 353-7 du même code, s'appliquaient au logement occupé par M. et Mme [R] dès la signature de la convention du 6 juin 2014, de sorte que la société Vilogia n'était pas tenue de leur proposer un nouveau bail.

10. Elle a déduit, à bon droit, de ces motifs, dont il résultait que les effets légaux de cette convention étaient définitivement acquis lors de l'entrée en vigueur de la loi du 23 novembre 2018, que la société Vilogia avait pu valablement notifier dès 2015 un supplément de loyer de solidarité à M. et Mme [R].

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. et Mme [R] aux dépens ;

**Doc. 3 : Civ 3<sup>e</sup>, 9 févr. 2017, n° 16-10.350**

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 145-7-1 du code de commerce, issu de la loi du 22 juillet 2009, ensemble l'article 2 du code civil ;

Attendu que l'article L. 145-7-1 précité, d'ordre public, s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 10 novembre 2015), que, par actes séparés des 20 et 22 février 2007, la société Capimo 121 (la société Capimo) a donné à bail à la société Resid'Ever, aux droits de laquelle se trouve la société MMV résidences, deux appartements pour l'exploitation d'une résidence de tourisme ; que, le 26 décembre 2012, la société locataire a donné congé pour le 1er juillet 2013, à l'expiration de la deuxième période triennale ; que, le 20 septembre 2013, la société Capimo a assigné la société MMV résidences en nullité des congés ;

Attendu que, pour valider les congés, l'arrêt retient que les baux, conclus avant l'entrée en vigueur de l'article L. 145-7-1 du code de commerce, sont régis par les dispositions de l'article L. 145-4 du même code prévoyant une faculté de résiliation triennale pour le preneur, le bailleur disposant de la même faculté s'il entend invoquer les seules dispositions des articles L. 145-18, L. 145-21, L. 145-23-1 et L. 145-24 du même code et déduit que l'article L. 145-7-1 créé par la loi du 22 juillet 2009, qui exclut toute résiliation unilatérale en fin de période triennale pour l'exploitant d'une résidence de tourisme, n'est pas applicable au litige ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que les baux étaient en cours au 25 juillet 2009, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne la société MMV résidences aux dépens ;

1°/ M. [O] [Z],

2°/ Mme [P] [Y], épouse [Z],

tous deux domiciliés [Adresse 1],

ont formé le pourvoi n° E 21-14.279 contre l'arrêt rendu le 27 janvier 2021 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 3), dans le litige les opposant à la société PV Holding, anciennement société PV résidences & resorts France, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, deux moyens de cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Aldigé, conseiller référendaire, les observations de la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat de M. et Mme [Z], de la SARL Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de la société PV Holding, et l'avis de Mme Guilguet-Pauthe, avocat général, après débats en l'audience publique du 20 juin 2023 où étaient présents Mme Teiller, président, Mme Aldigé, conseiller référendaire rapporteur, M. Echappé, conseiller doyen, MM. David, Jobert, Mmes Grandjean, Grall, M. Bosse-Platière, conseillers, M. Jariel, Mmes Schmitt, Gallet, Davoine, M. Pons, conseillers référendaires, Mme Guilguet-Pauthe, avocat général, et Mme Letourneur, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 janvier 2021, n° RG 19/14665), par acte sous seing privé du 21 septembre 2010, M. et Mme [Z] (les bailleurs) ont donné à bail renouvelé à la société Pierre et vacances Maeva tourisme exploitation, aux droits de laquelle est venue la société PV résidences & resorts France désormais dénommée PV Holding (la locataire), un logement dans une résidence de tourisme pour une durée de onze ans.

2. Le 24 mars 2015, la locataire a donné congé pour la deuxième échéance triennale.

3. M. [Z] a assigné la locataire en nullité du congé et en paiement des loyers jusqu'au terme du bail.

4. Mme [Z] est intervenue volontairement en cause d'appel.

#### Recevabilité du pourvoi contestée par la défense

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a délibéré sur la recevabilité du pourvoi, sur l'avis de Mme Trassoudaine-Verger, avocat général, après débats à l'audience publique du 7 février 2023, où étaient présents M. Pireyre, président, Mme Martinel, conseiller doyen, Mme Jollec, conseiller référendaire rapporteur, Mme Thomas, greffier de chambre.

5. La société PV Holding, anciennement dénommée PV résidences & resorts France, conteste la recevabilité du pourvoi. Elle soutient qu'elle n'a pas qualité à se défendre compte tenu d'un apport partiel d'actif intervenu le 1er février 2021 au profit de la société PV exploitation France.

6. Une opération de cession partielle d'actif ne fait pas, en principe, disparaître la personne morale.

7. Toutefois, lorsque l'apport partiel d'actif a été placé sous le régime des scissions, il entraîne de plein droit la transmission universelle des biens, droits et obligations dépendant de la branche d'activité transférée. Ainsi, la société bénéficiaire de cet apport sous le régime de la scission acquiert la qualité de partie aux instances précédemment engagées par la société apporteuse, à laquelle elle se trouve substituée.

8. Il incombe aux parties d'alléguer qu'elles ont entendu placer l'opération d'apport partiel d'actif sous le régime des scissions.

9. La société PV Holding n'a pas invoqué la volonté des parties de procéder à un apport partiel d'actif selon le régime des scissions et n'a pas produit l'extrait K BIS de la société PV exploitation France.

10. En conséquence, le pourvoi formé contre la société PV Holding, partie devant les juges du fond dont la décision est attaquée, est recevable.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

11. Les bailleurs font grief à l'arrêt de juger que le congé délivré par la locataire le 24 mars 2015 prendra effet le 30 septembre 2016, de limiter la condamnation de la locataire au paiement des loyers contractuels échus entre le 30 septembre 2015 et le 30 septembre 2016, de rejeter leurs demandes en paiement au titre de la partie en nature du loyer et des charges jusqu'au terme du bail et en dommages-intérêts pour résistance abusive, alors « que l'article L. 145-7-1 du code de commerce énonce, sans préciser que la disposition ne s'appliquerait qu'aux baux initiaux et non aux baux renouvelés, que les baux commerciaux signés entre les propriétaires et les exploitants de résidences de tourisme mentionnées à l'article L. 321-1 du code du tourisme sont d'une durée de neuf ans minimum, sans possibilité de résiliation à l'expiration d'une période triennale ; qu'en jugeant que le preneur exploitant de résidence de tourisme pouvait résilier le bail commercial à l'expiration d'une période triennale pour les baux renouvelés au motif erroné que l'article L. 145-7-1 du code de commerce ne s'appliquerait qu'aux baux initiaux quand le texte ne prévoit pourtant pas cette distinction, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, la disposition susvisée. »

Réponse de la Cour

12. Aux termes de l'article L. 145-7-1 du code de commerce, créé par la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009, les baux commerciaux signés entre les propriétaires et les exploitants de résidences de tourisme mentionnées à l'article L. 321-1 du code du tourisme sont d'une durée de neuf ans minimum, sans possibilité de résiliation à l'expiration d'une période triennale.

13. Ce texte, qui déroge à la faculté de résilier le bail à échéance triennale, reconnue au locataire par l'article L. 145-4 du code de commerce, est d'ordre public et applicable aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur (3e Civ., 9 février 2017, pourvoi n° 16-10.350, Bull. 2017, III, n° 19).

14. En l'absence de précision textuelle, il y a lieu de déterminer si cette impossibilité de résiliation à l'expiration d'une période triennale s'applique aux baux renouvelés.

15. Il résulte des travaux parlementaires que l'objectif poursuivi par le législateur est de rendre fermes les baux commerciaux entre l'exploitant et les propriétaires d'une résidence de tourisme classée afin d'assurer la pérennité de l'exploitation pendant une période initiale minimale de neuf ans.

16. Par ailleurs, selon l'article L. 145-12 du code de commerce, également d'ordre public (3e Civ., 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-02.781, Bull. 2002, III, n° 194), sauf accord des parties pour une durée plus longue, la durée du bail renouvelé est de neuf ans, et les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 145-4 du même code, relatives au droit de résiliation du locataire et du bailleur, sont applicables au cours du bail renouvelé.

17. Il en résulte que l'article L. 145-7-1 du code de commerce n'est pas applicable aux baux renouvelés soumis au seul article L. 145-12 du même code.

18. Ayant constaté que le bail existant entre les parties était un bail renouvelé, la cour d'appel en a exactement déduit que l'article L. 145-7-1 du code de commerce ne s'appliquait pas.

19. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

20. Les bailleurs font grief à l'arrêt de condamner la locataire à leur payer une certaine somme au titre des loyers contractuels échus entre le 30 septembre 2015 et le 30 septembre 2016, outre les intérêts au taux légal, et de rejeter partiellement leur demande en paiement d'une certaine somme correspondant à la partie en numéraire du loyer jusqu'au terme du bail, alors « que l'article 12 du code de procédure civile permet au juge, lorsque les parties n'ont pas, en vertu d'un accord exprès, limité le débat, de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande ; qu'en déboutant partiellement M. et Mme [Z] de leur demande de paiement la somme de 19 541 euros au titre de la dette locative aux motifs que "les bailleurs sont bien fondés à solliciter le paiement des loyers en numéraire pour la période écoulée entre le 1er octobre 2015 et le 30 septembre 2016, date d'effet du congé qu'à compter de cette date le preneur n'est redevable que d'une indemnité d'occupation jusqu'à la restitution des clés que cependant, il convient d'observer qu'aucune demande en ce sens n'est faite par les bailleurs et que sauf à statuer ultra petita aucune indemnité d'occupation ne peut être fixée pour la période écoulée entre la fin du contrat de bail et la restitution des clés aux bailleurs", la cour d'appel qui s'est crue tenue par la dénomination de la demande de M. et Mme [Z], à savoir le paiement d'une dette locative, et a ainsi considéré que la loi ne lui permettait pas de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande, a violé le texte susvisé. »

Réponse de la Cour

21. La cour d'appel a relevé, d'une part, que les bailleurs sollicitaient exclusivement la condamnation de la locataire à leur payer les loyers jusqu'au terme du bail, d'autre part, que le bail liant les parties avait régulièrement pris fin le 30 septembre 2016 par l'effet du congé et que les clefs avaient été restituées en octobre 2016.

22. Ayant exactement retenu qu'entre la fin du bail et la libération des lieux, la locataire n'était pas redevable d'un loyer mais d'une indemnité d'occupation et ayant constaté qu'aucune demande en ce sens n'était formée par les bailleurs qui sollicitaient exclusivement le paiement d'une dette locative jusqu'au terme du bail, la cour d'appel n'a pas méconnu ses pouvoirs.

23. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour : REJETTE le pourvoi ;

## Obs. X. Delpech

L'article D. 321-1 du code du tourisme définit la résidence de tourisme comme « un établissement commercial d'hébergement classé, faisant l'objet d'une exploitation permanente ou saisonnière. Elle est constituée d'un ou plusieurs bâtiments d'habitation individuels ou collectifs regroupant, en un ensemble homogène, des locaux d'habitation meublés et des locaux à usage collectif. Les locaux d'habitation meublés sont proposés à une clientèle touristique qui n'y élit pas domicile, pour une occupation à la journée, à la semaine ou au mois. Elle est dotée d'un minimum d'équipements et de services communs. Elle est gérée dans tous les cas par une seule personne physique ou morale ». Le bail conclu entre l'exploitant d'une telle résidence et le propriétaire des murs est, pour rappel, soumis au statut des baux commerciaux, en application de l'article L. 145-7-1 du code de commerce, introduit dans ce statut par la loi Novelli du 22 juillet 2009 (L. n° 2009-888, JO du 24). Cependant, certaines règles de ce statut ne s'appliquent pas aux résidences de tourisme. En particulier, l'article L. 145-7-1 précité déroge à la faculté de résilier le bail à échéance triennale normalement reconnue au locataire d'un locataire par l'article L. 145-4 du même code.

### Controverse

L'arrêt sous commentaire s'intéresse à la portée de cette dérogation : s'applique-t-elle uniquement au bail initial, d'une durée de neuf ans minimum, ou également aux baux renouvelés ? L'enjeu est d'importance, tant pour les propriétaires que pour les locataires. On peut aisément comprendre cette interdiction du congé triennal au cours du premier bail. La raison est essentiellement fiscale. Elle tient à ce que les propriétaires ont droit à une réduction d'impôt si le local est loué « pendant au moins neuf ans » à l'exploitant d'une résidence de tourisme (CGI, art. 199 decies E). Mais cette interdiction se justifie-t-elle au-delà ? Non, la Cour de cassation juge que l'interdiction du congé triennal pour les résidences de tourisme concerne uniquement le bail initial, ce dont elle s'explique de manière très pédagogique selon la méthode désormais éprouvée de la motivation enrichie.

### Une stabilité du bail limitée dans le temps

Elle affirme d'abord que l'article L. 145-7-1, qui déroge à la faculté de résilier le bail à échéance triennale, reconnue au locataire par l'article L. 145-4, est d'ordre public et applicable aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur (Civ. 3e, 9 févr. 2017, n° 16-10.350, Bull. civ. III, n° 19 ; JT 2017, n° 195, p. 11, obs. Y. Rouquet). L'article L. 145-7-1 est entré en vigueur le 25 juillet 2009. Dans l'affaire jugée, le bail a été renouvelé le 21 septembre 2010 et le propriétaire a donné congé près de cinq ans plus tard, le 24 mars 2015, soit pour la deuxième échéance triennale.

La Haute juridiction poursuit en se demandant si, en l'absence de précision textuelle, cette impossibilité de résiliation à l'expiration d'une période triennale s'applique aux baux renouvelés. Elle considère qu'il résulte des travaux parlementaires « que l'objectif poursuivi par le législateur est de rendre fermes les baux commerciaux entre l'exploitant et les propriétaires d'une résidence de tourisme classée afin d'assurer la pérennité de l'exploitation pendant une période initiale minimale de neuf ans ». Autrement dit, l'intention du législateur était d'assurer une stabilité pendant au minimum neuf ans, non au-delà. Aucune interdiction n'était expressément prévue en cas de renouvellement de bail, et l'article L. 145-12 du code de commerce autorisant le congé triennal au cours du bail renouvelé peut donc recevoir application. Le bail existant au jour du congé étant un bail renouvelé, la cour d'appel en a exactement déduit que l'article L. 145-7-1 du code de commerce ne s'appliquait pas.

## **Doc. 4 : Extrait de l'étude *Le temps*, rapport annuel de la Cour de cassation, 2014**

La loi nouvelle a un effet immédiat et exclusif pour la période postérieure à son entrée en vigueur : elle seule a vocation à régir toutes les situations juridiques qui se forment ou se développent après son entrée en vigueur. En principe, donc, la loi nouvelle exclut toute concurrence de la loi ancienne qu'elle a vocation à remplacer pour l'avenir, et cela dès son entrée en vigueur (§ 1). Toutefois, ce principe connaît un certain nombre d'exceptions (§ 2).

### **§ 1. Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle en matière non contractuelle**

La loi disposant « pour l'avenir » (article 2 du code civil), il est logique de considérer que, sauf si le législateur en décide autrement, elle doit recevoir une application immédiate, étant entendu que l'application immédiate d'un texte ne signifie pas sa rétroactivité (Soc., 18 janvier 1979, pourvoi n° 77-11.808, *Bull.* 1979, V, n° 55).

Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle se manifeste tant au regard de la situation juridique constituée après l'entrée en vigueur de la loi (A) que pour les effets créés par une situation juridique constituée avant la loi nouvelle (B).

#### **A. L'application immédiate à une situation juridique constituée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle**

La loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations juridiques constituées après son entrée en vigueur. Ainsi, une loi nouvelle qui modifie les conditions de création des situations juridiques s'applique immédiatement et exclusivement aux situations juridiques qui se sont formées postérieurement à son entrée en vigueur. Cette solution vaut tant pour les situations juridiques qui ont une nature contractuelle que pour celles qui ont une nature extracontractuelle. Elle est établie de longue date et n'appelle pas de développements spécifiques.

#### **B. L'application immédiate aux effets ultérieurs d'une situation juridique constituée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle**

La loi doit régir non seulement les actes et faits non encore réalisés au moment de sa promulgation, mais aussi les effets à venir de situations constituées antérieurement. La Cour de cassation précise ainsi que toute loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur, et cela même lorsqu'une semblable situation fait l'objet d'une instance judiciaire. La Cour de cassation a appliqué ce principe à de multiples reprises. Elle l'a ainsi appliqué aux conditions d'ouverture du droit à pension des marins (Soc., 7 mai 1981, pourvoi n° 80-10.203, *Bull.* 1981, V, n° 406 ; Soc., 8 novembre 1990, pourvoi n° 82-16.560, *Bull.* 1990, V, n° 540), à une disposition législative donnant une nouvelle définition du travail de nuit (Soc., 16 décembre 2005, pourvoi n° 04-46.741, *Bull.* 2005, V, n° 372), aux conditions d'exercice du droit de préemption de la SAFER, modifiées par une loi nouvelle (3<sup>e</sup> Civ., 13 novembre 1984, pourvoi n° 83-14.566, *Bull.* 1984, III, n° 189), aux règles applicables au plafonnement du loyer d'un bail commercial renouvelé, fixées par une loi nouvelle (3<sup>e</sup> Civ.,

8 février 1989, pourvoi n° 87-18.046, *Bull.* 1989, III, n° 33 ; 3<sup>e</sup> Civ., 15 mars 1989, pourvoi n° 87-19.942, *Bull.* 1989, III, n° 65 ; 3<sup>e</sup> Civ., 30 mai 1990, pourvoi n° 89-10.803, *Bull.* 1990, III, n° 130), aux effets à venir d'un texte relatif aux conditions dans lesquelles le titulaire d'un bail d'habitation pouvait se prévaloir des dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948 (3<sup>e</sup> Civ., 3 avril 1997, pourvoi n° 95-15.623, *Bull.* 1997, III, n° 81), aux demandes de relogement formées en application d'une loi nouvelle par les habitants de locaux insalubres, quelle que soit la date de l'arrêté déclarant les locaux impropres à l'habitation (3<sup>e</sup> Civ., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-20.578, *Bull.* 2009, III, n° 58) ou, encore, à une demande d'enlèvement d'infrastructures de télécommunication situées sur une propriété privée, après passage de l'entreprise en cause du secteur public au secteur privé (3<sup>e</sup> Civ., 18 juin 2014, pourvoi n° 13-10.404, *Bull.* 2014, III, n° 88).

## **§ 2. Les aménagements du principe d'application immédiate de la loi nouvelle en matière contractuelle**

Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle connaît des aménagements lorsqu'il porte sur un contrat. En matière contractuelle, le principe est inversé et devient celui de l'application de la loi ancienne aux contrats en cours (A). Mais ce principe est écarté dans un certain nombre de cas : on revient alors à la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle (B).

### **A. La survie de la loi ancienne**

S'il est bien un domaine où l'impératif de sécurité juridique est particulièrement important, c'est celui des relations contractuelles, les parties ayant du mal à envisager que le contrat, acte de prévision dont elles ont librement consenti les clauses en fonction de l'avenir qu'elles espéraient, puisse être remis en cause au gré des évolutions législatives ou réglementaires. Le principe, en matière contractuelle, est donc que les effets des conventions conclues antérieurement à la loi nouvelle perdurant ou se produisant au-delà de l'entrée en vigueur de cette loi sont régis par la loi sous l'empire de laquelle elles ont été conclues. La Cour de cassation, au travers de la jurisprudence de plusieurs de ses chambres civiles, a rappelé cette solution à de nombreuses reprises, en la fondant sur l'article 2 du code civil. Elle admet ainsi que les effets d'une situation juridique contractuelle postérieurs à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle restent soumis à la loi qui était en vigueur au jour de la formation du contrat. Le principe est donc celui de la survie de la loi ancienne à l'égard des effets des contrats en cours, quand bien même la loi serait d'ordre public, en l'absence de disposition contraire expresse.

Une illustration de cette règle a été donnée par la chambre commerciale, financière et économique (Com., 15 juin 1962, *Bull.* 1962, III, n° 313), qui a retenu que « les effets d'un contrat sont régis, en principe, par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé », de sorte qu'elle a cassé un arrêt ayant fait application d'un décret relatif à la résiliation de contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants dans un litige relatif à la rupture d'un contrat conclu en considération des règles antérieures. Aucune disposition de ce décret ne prévoyait de dérogation au principe énoncé. Elle a ensuite été mise en application par un arrêt approuvant une cour d'appel qui, ayant constaté que les cocontractants d'une société pétrolière, qui leur avait donné un fonds de commerce en location-gérance, avaient refusé de tenir compte du nouveau système de prix et de rémunération institué par arrêté du 29 avril 1982, entré en vigueur postérieurement à la conclusion du contrat, avait, à bon droit, déclaré que ces textes n'étaient pas applicables (Com., 11 octobre 1988, pourvoi n° 87-11.884, *Bull.* 1988, IV,

n° 274, à rapprocher de Com., 26 février 1991, pourvoi n° 89-12.497, *Bull.* 1991, IV, n° 86) et, dans le domaine des transports (Com., 10 mai 2005, pourvoi n° 03-17.618, *Bull.* 2005, IV, n° 100), où il a été rappelé que la loi n° 98-69 du 6 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier n'était pas applicable aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur.

La position de la deuxième chambre civile est similaire. En 2005 (2<sup>e</sup> Civ., 24 février 2005, pourvoi n° 03-19.802), elle a cassé la décision d'une cour d'appel qui, dans un litige relatif au paiement du capital dû en vertu d'un contrat d'assurance vie, avait retenu que, l'article L. 132-28 du code des assurances n'étant plus applicable au contrat par l'effet de la loi, seules les dispositions contractuelles des contrats en cours devaient s'appliquer conformément à la loi n° 85-608 du 11 juin 1985 améliorant l'information des assurés et la transparence des contrats d'assurance vie et de capitalisation et que l'exception prévue à l'article 15 du contrat, à savoir la nécessité pour l'assureur d'envoyer une mise en demeure à l'assuré dans le cas où le contrat serait soumis à l'article L. 132-28 du code des assurances, ne pouvait trouver à s'appliquer, cet article ayant été abrogé, si bien que, conformément à l'article 7, II, de la loi de 1985, précisant que les contrats en cours restent régis par les dispositions contractuelles, il convenait de donner leur plein effet aux deux premiers alinéas de l'article 15, subordonnant la réduction du contrat à une mise en demeure préalable. La deuxième chambre a rappelé le principe résultant de l'article 2 du code civil et censuré l'arrêt en ces termes : « qu'en se déterminant ainsi, alors que les stipulations du troisième alinéa de l'article 15 des conditions générales, autorisant la réduction sans mise en demeure préalable en cas de non-paiement des primes, constituent les dispositions contractuelles qui, en vertu de l'article 7-II de la loi du 11 juin 1985, étaient restées applicables au contrat nonobstant l'abrogation de l'article L. 132-28 du code des assurances », la cour d'appel avait violé la loi.

La troisième chambre civile a elle-même retenu (3<sup>e</sup> Civ., 3 juillet 1979, pourvoi n° 77-15.552, *Bull.* 1979, III, n° 149) que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passés. Elle a alors considéré que si la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction était immédiatement applicable, cette application ne pouvait concerner des engagements contractés avant sa promulgation.

Dans un domaine très sensible, portant sur la protection du consommateur, la troisième chambre civile a aussi refusé d'appliquer aux contrats en cours les dispositions de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, loi nouvelle, d'ordre public, dès lors que cette loi nouvelle ne comportait aucune disposition prévoyant son application aux contrats en cours (3<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 1987, pourvoi n° 83-11.285, *Bull.* 1987, III, n° 138). Elle l'a encore fait à propos des effets de la loi nouvelle sur le bail rural (3<sup>e</sup> Civ., 25 novembre 1992, pourvoi n° 90-21.282, *Bull.* 1992, III, n° 305 ; 3<sup>e</sup> Civ., 17 février 1993, pourvoi n° 91-10.942, *Bull.* 1993, III, n° 19).

Le principe, pour les contrats, est donc celui de la survie de la loi ancienne. Toutefois, dans un certain nombre d'hypothèses, les relations contractuelles devront se soumettre à l'application immédiate de la loi nouvelle.

## **B. L'application immédiate de la loi nouvelle**

Si en matière contractuelle le principe est donc celui de la survie de la loi ancienne, il arrive néanmoins que l'on y fasse exception, revenant ainsi au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. Il

en va ainsi, bien sûr, lorsque la loi le prévoit expressément (3<sup>e</sup> Civ., 17 février 2010, pourvoi n° 08-21.360, *Bull.* 2010, III, n° 45 : baux d'habitation ; 3<sup>e</sup> Civ., 23 février 1994, pourvoi n° 92-16.039, *Bull.* 1994, III, n° 34 : baux ruraux). Mais par ailleurs, la Cour de cassation, peu important l'existence d'une disposition particulière, se reconnaît le pouvoir de dire si la loi nouvelle s'applique immédiatement ou non, en se fondant sur la nature des dispositions du contrat (1) ou en se référant au caractère d'ordre public de la loi nouvelle dont elle exige qu'il soit établi au regard de l'intérêt général (2).

### **1. L'application immédiate de la loi nouvelle aux effets légaux de situations en cours**

Parfois, l'application de la loi ancienne, en principe justifiée par le nécessaire respect de la liberté contractuelle et des prévisions légitimement faites par les cocontractants au moment de leur engagement, est écartée par la Cour de cassation au terme d'une analyse de l'origine de l'obligation ou du droit dont l'exécution est demandée : si elle est légale, la loi nouvelle s'applique immédiatement ; si elle est contractuelle, il en va différemment.

Pour déterminer si une loi doit s'appliquer immédiatement aux effets d'un contrat en cours, il importe donc de procéder à une détermination préalable : si les effets examinés résultent de la seule volonté des parties au contrat, ils échapperont à l'application de cette loi ; si, en revanche, ils ressortissent à un cadre ou à un statut *légal*, fruit de la volonté du législateur, dans lequel s'est inscrite la situation particulière créée par le contrat, alors, en vertu du principe souvent rappelé par la Cour de cassation selon lequel les effets du contrat sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent, on appliquera la loi nouvelle aux effets du contrat en cours.

L'application immédiate de la loi nouvelle, dès son entrée en vigueur, aux effets *légaux* du contrat en cours, a été mise en œuvre en matière de sous-traitance notamment. Depuis un arrêt de 1981 (Ch. mixte, 13 mars 1981, pourvoi n° 80-12.125, *Bull.* 1981, Ch. mixte, n° 3), l'action directe est permise par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, la chambre mixte ayant retenu que cette action, instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, « trouve son fondement dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties, contrats desquels il n'était résulté pour elles aucun droit acquis ».

Mais c'est en matière de bail que les illustrations sont les plus nombreuses. On en trouve un exemple avec la règle du plafonnement du loyer du bail renouvelé, instaurée par la loi n° 86-12 du 6 janvier 1986 relative au renouvellement des baux commerciaux, au crédit-bail sur fonds de commerce et établissements artisanaux et à l'évolution de certains loyers immobiliers. La Cour a retenu, à propos de cette règle, que « la loi nouvelle régit immédiatement les effets des situations juridiques non définitivement réalisées ayant pris naissance, avant son entrée en vigueur, non en vertu du contrat [en l'espèce signé en 1975] mais en raison des seules dispositions légales alors applicables » (3<sup>e</sup> Civ., 8 février 1989, pourvoi n° 87-18.046, *Bull.* 1989, III, n° 33). La Cour précise également qu'à l'occasion du renouvellement du bail, la loi est applicable dès lors que ce « droit au renouvellement [du bail] a sa source dans la loi » et que ce droit, même acquis en son principe, se trouve, dans ses modalités demeurant à définir, affecté par la loi (3<sup>e</sup> Civ., 15 mars 1989, pourvoi n° 87-19.942, *Bull.* 1989, III, n° 65) ; elle considère également que les effets du congé délivré antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle n'étaient pas définitivement réalisés (3<sup>e</sup> Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-11.056, *Bull.* 1989, III, n° 237) et demeurent donc soumis à la loi nouvelle.

Cette notion des effets légaux du contrat est également invoquée pour retenir que la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, en ses dispositions relatives à la révision du loyer des baux commerciaux, est applicable à la révision du loyer d'un bail commercial conclu en 1997 dès lors que l'instance avait été introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi qui a modifié le troisième alinéa de l'article L. 145-38 du code de commerce de telle manière que la révision à la baisse ne puisse désormais intervenir qu'en cas de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité entraînant une variation de plus de 10 % de la valeur locative (3<sup>e</sup> Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-13.143, *Bull.* 2009, III, n° 40).

En matière de droit du travail, la même distinction est opérée lorsque la Cour retient qu'en requalifiant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1992, date d'entrée en vigueur de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, un contrat de collaboration signé le 9 septembre 1991 d'un avocat en contrat de travail, la cour d'appel « n'a fait qu'appliquer à bon droit, à sa date d'entrée en vigueur, le nouveau statut issu de cette loi à un membre de la nouvelle profession d'avocat » (Soc., 8 mars 2000, pourvoi n° 98-14.222, *Bull.* 2000, V, n° 91).

Si on la rapproche des décisions rendues en matière de baux commerciaux où existe un statut légal, cette dernière décision, qui souligne la création d'un nouveau statut professionnel d'ordre public, laisse deviner la poursuite d'un dessein jurisprudentiel d'uniformisation de situations contractuelles courantes (rapports entre salarié et employeur, entre bailleur et locataire). Cela est d'autant plus remarquable que, dans ces situations, les parties ont le plus souvent recours à des contrats types laissant peu de champ à l'initiative : la loi nouvelle intervient ainsi pour infléchir les effets des contrats ou les effets d'une jurisprudence, en affirmant son caractère d'ordre public.

## **2. La loi d'ordre public**

Il existe une seconde hypothèse dans laquelle la Cour de cassation peut considérer que la loi nouvelle est susceptible de s'appliquer immédiatement aux effets des contrats en cours, à savoir lorsque la loi nouvelle est d'ordre public et répond à des motifs impérieux d'intérêt général.

Il convient de souligner que le recours à l'expression « loi d'ordre public », figurant dans la loi nouvelle ou résultant de la qualification donnée par le juge, ne suffit pas, selon la jurisprudence, à emporter et justifier l'application immédiate de la loi nouvelle. Cette loi qui vient bouleverser l'économie de rapports contractuels à venir en introduisant des règles ou des modalités de calcul que les cocontractants passés n'avaient ni prévues ni même envisagées, doit être, selon la jurisprudence, l'expression d'un ordre public « renforcé » ou « supérieur » à l'ordre juridique existant et répondre à des motifs impérieux d'intérêt général, excluant, dans le cas contraire, l'application immédiate, notamment aux instances en cours (Ass. plén., 23 janvier 2004, pourvoi n° 03-13.617, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 2).

En matière sociale, la Cour de cassation a affirmé l'existence d'un « ordre public social » qui « impose l'application immédiate aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur des lois nouvelles ayant pour objet d'améliorer la condition ou la protection des salariés » (Soc., 12 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.541, *Bull.* 2000, V, n° 278, loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle concernant le travail à temps partiel appliquée à un contrat de travail conclu oralement en 1980 ; Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 05-13.460, *Bull.* 2006, V, n° 78, en faveur de l'application immédiate d'un délai d'ordre public de

prévenance des salariés, en cas de changements dans les horaires de travail ou dans la fixation des dates de prise de jours de repos, délai organisé par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail).

La Cour de cassation se réfère aux « motifs impérieux d'intérêt général » à l'occasion de l'application aux instances en cours de lois interprétatives, l'existence de tels motifs pouvant faire échec à l'interdiction de principe de l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice et permettant d'admettre l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence (Soc., 18 mars 2003, pourvoi n° 01-40.911, *Bull.* 2003, V, n° 100 ; 1<sup>re</sup> Civ., 29 avril 2003, pourvoi n° 00-20.062, *Bull.* 2003, I, n° 100), à influencer sur le dénouement judiciaire des litiges (1<sup>re</sup> Civ., 18 juin 2014, pourvoi n° 13-13.471, *Bull.* 2014, I, n° 112).

À l'inverse, la Cour de cassation retient qu'à défaut de tels motifs, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable s'opposent à ce que la loi nouvelle remette en cause une jurisprudence ou soit applicable aux litiges en cours (Soc., 24 avril 2001, pourvoi n° 00-44.148, *Bull.* 2001, V, n° 130 ; Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 05-45.694, *Bull.* 2007, V, n° 99 et Ass. plén., 24 janvier 2003, pourvoi n° 01-40.967, *Bull.* 2003, Ass. plén., n° 2).

Dépassant ce seul cadre d'une loi dite interprétative, en matière économique, la chambre commerciale (Com., 14 décembre 2004, pourvoi n° 01-10.780, *Bull.* 2004, IV, n° 227) a admis, en raison d'impérieux motifs d'intérêt général, la réintroduction à l'article L. 411-4 du code de l'organisation judiciaire des dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce et, suivant ce même raisonnement, elle a retenu par un arrêt (Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-16.527, *Bull.* 2009, IV, n° 31) que des dispositions de la loi nouvelle (instaurant à l'article L. 441-6 du code de commerce un taux d'intérêt majoré des pénalités de retard) répondant à des « considérations d'ordre public particulièrement impérieuses », sont applicables, dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours.

L'attention particulière que porte la Cour de cassation, lorsque est invoquée une loi nouvelle qui va à l'encontre de la volonté des parties au contrat, ou qui modifie l'équilibre contractuel en faveur de l'une des parties, se traduit par l'exigence et la vérification qu'un « impérieux motif d'intérêt général » existe à son application immédiate.

La difficulté, peut-être les limites, de cette recherche qui peut être faite longtemps après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle invoquée et alors même qu'une autre loi plus nouvelle encore est intervenue, est celle de l'acceptation de cette notion impérieuse qui permet d'évincer l'exception en matière contractuelle du principe de la survie de la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été conclu.

Certes, dans certains cas, la notion d'impérieux motif d'intérêt général est aisément intelligible : par exemple pour l'application immédiate de la loi de 1936 instaurant les congés payés à toutes les relations contractuelles du travail nées du contrat de travail quelle que soit leur date de conclusion. Mais dans d'autres hypothèses, elle est plus compliquée, par exemple lorsque ce motif impérieux réside dans la volonté du législateur de mettre fin à ce qu'il considère comme une incertitude juridique, une jurisprudence dangereuse ou de faire peser de nouvelles charges sur une des parties au contrat : le recours à cette notion, empruntant largement au droit européen, mérite alors d'être explicité.

**Doc. 5 : Crim., 12 févr. 1979, Bull. crim. n° 60**

La Cour, Vu le mémoire produit ; SUR LE MOYEN UNIQUE DE CASSATION, pris de la violation de l'article 408 du Code pénal, des articles 382 et 693 du Code de procédure pénale, des articles 485 et 593 du même Code, de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, ensemble défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a reconnu la compétence de la juridiction française pour apprécier le caractère délictuel du détournement commis à l'étranger des fonds issus de la vente de toiles confiées en France à cette fin par leur propriétaire à un marchand de tableaux étranger ;

"au motif que, si le détournement s'est produit à l'étranger, la remise des toiles en vertu du mandat et la violation de ce contrat par la reddition incomplète du compte des sommes provenant de leur vente sont des actes accomplis en France, caractérisant plusieurs des éléments constitutifs de l'abus de confiance ;

"alors que le seul élément susceptible d'être reproché en France au prévenu était le défaut de restitution et que, ce dernier n'impliquant pas nécessairement le détournement, aucun acte caractérisant un des éléments constitutifs du délit d'abus de confiance n'avait été accompli en France ; qu'ainsi la juridiction française était incompétente" ;

Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué que la prévenue, ressortissante allemande, à qui la dame X... avait confié à Paris un certain nombre de tableaux pour les exposer et les vendre à Cologne, a reconnu en avoir détourné une partie du prix de vente ;

Attendu que, saisie de conclusions de la demanderesse soulevant l'incompétence territoriale de la juridiction française au motif que le détournement avait été commis par elle en Allemagne, la Cour d'appel, pour rejeter cette exception, constate que la remise des tableaux en vertu du contrat de mandat s'est faite en France ;

Attendu que par ces énonciations qui répondent aux conclusions de la demanderesse, reprises au moyen, la Cour d'appel a justifié sa compétence ;

Qu'en effet, aux termes de l'article 693 du Code de procédure pénale, est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction, dont un acte caractérisant un des éléments constitutifs a été accompli en France ; que tel était bien le cas en l'espèce où il a été constaté que la remise des tableaux avait eu lieu à Paris ; Que dès lors le moyen ne saurait être accueilli ; Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE LE POURVOI.

**Doc. 6 : Soc., 18 avr. 1991, Bull. civ. V, n° 213**

Sur le moyen unique :

Attendu que M. Georges X..., chirurgien-dentiste affilié au régime des praticiens et auxiliaire médicaux conventionnés et ayant bénéficié jusqu'en 1979 en sa qualité de titulaire d'une pension militaire d'invalidité de l'exonération de sa cotisation personnelle audit régime, s'est vu réclamer cette cotisation par l'URSSAF pour la période du 1er mai 1980 au 30 avril 1985 ; qu'il fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Reims, 20 avril 1988) de l'avoir débouté de son recours alors d'une part, que l'article 25 de la loi du 28 décembre 1979 n'a pas touché aux exonérations instituées par les textes précédents et a donc été violé, alors d'autre part, qu'en refusant d'appliquer l'arrêté du 12 août 1971, dont elle constate qu'il n'a pas été abrogé au motif que la loi du 28 décembre 1979 a modifié les dispositions de la loi du 31 décembre 1970 et de son décret d'application du 31 juillet 1971 en vertu desquelles avait été pris cet arrêté, la cour d'appel a violé le principe de permanence des textes administratifs, l'article 4 de l'arrêté du 12 août 1971 ;

Mais attendu qu'en réservant les seules exonérations possibles aux titulaires d'avantages de retraite du régime des praticiens et auxiliaires médicaux conventionnés, l'article 25 de la loi n° 79-1129 du 28 décembre 1979 a nécessairement abrogé les dispositions réglementaires antérieures qui permettaient aux titulaires d'une pension, rente, allocation ou avantage quelconque leur ouvrant droit à ce titre au bénéfice des prestations en nature de l'assurance maladie d'un régime de salariés d'être exonérés du paiement de la cotisation personnelle due en application de l'article 2 du décret n° 71-543 du 2 juillet 1971 ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi



## **Fiche 6. Identifier les titulaires de droits**

### **Thèmes de la séance :**

- La distinction personne physique/personne morale
- La question de l'embryon
- La question des animaux et des robots

### **Documents :**

Doc. 1 : Crim., 4 sept. 2007, *Bull. crim.* n° 214

Doc. 2 : Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *Bull. AP*, n° 165

Doc. 3 : Crim., 20 nov. 2018, n° 17-86.661

Doc. 4 : Com., 31 janv. 2006, n° 05-10.116 et obs. P.-Y. Gautier, *RTD. civ.* 2006, p. 339

Doc. 5 : Article 515-14 du Code civil

Doc. 5 bis : Ph. Malinvaud, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », *D.* 2015, p. 87

Doc. 6 : A. Bensamoun, « Des robots et du droit », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 281

### **Travail de l'étudiant :**

- Réalisez les fiches d'arrêts du document 4.
- Rédigez une dissertation sur le sujet suivant : *Le robot et l'animal doivent-ils être reconnus comme des personnes ?*

*En séance, votre chargé de travaux dirigés vous proposera un débat autour de l'apparition de la personnalité juridique à la naissance. Tentez de préparer des arguments en faveur de ce moment de l'apparition (ou en opposition, en veillant à toujours mener une réflexion juridique).*

**Doc. 1 : Crim., 4 sept. 2007, Bull. crim. n° 191**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, le quatre septembre deux mille sept, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le rapport de M. le conseiller BLONDET, les observations de la société civile professionnelle MASSE-DESSEN et THOUVENIN, de Me SPINOSI et de la société civile professionnelle PIWNICA et MOLINIÉ, avocats en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général DAVENAS ;

REJET du pourvoi formé par Z... Y..., contre l'arrêt de la cour d'appel de Dijon, chambre correctionnelle, en date du 27 janvier 2006, qui, pour sévices de nature sexuelle commis sur un animal, l'a condamné à un an d'emprisonnement avec sursis, à l'interdiction définitive de détenir un animal, et a prononcé sur les intérêts civils AR ;

Vu les mémoires produits en demande et en défense ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4 et 521-1 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale :

" en ce que l'arrêt attaqué a déclaré le prévenu (Y... Z..., le demandeur) coupable du délit de sévices de nature sexuelle sur animaux et l'a condamné de ce chef à une peine d'une année d'emprisonnement assortie du sursis ;

" aux motifs, propres et adoptés, que les sévices se définissaient comme des mauvais traitements corporels exercés sur quelqu'un que l'on avait sous son autorité, sous sa garde ; que, compte tenu de l'apport de la loi de 2004, ces mêmes mauvais traitements pouvaient être commis envers un animal ; qu'en l'espèce, le prévenu avait pratiqué des actes de sodomie sur le poney Junior dont il était propriétaire, et avait reconnu qu'il s'agissait d'un jeu ; que ces actes, subis par l'animal qui ne pouvait exercer quelque volonté que ce fût, ni se soustraire à ce qui lui était imposé et était ainsi transformé en objet sexuel, étaient constitutifs de sévices au sens de l'article 521-1 du code pénal ; que, les faits étant constants, l'excuse du jeu n'était pas recevable ;

" alors que la pénétration sexuelle sur un animal par un pénis humain, dénommée acte de zoophilie, ne peut être qualifié de sévices de nature sexuelle en l'absence de violence, de brutalité ou de mauvais traitements au sens de l'article 521-1 du code pénal ; qu'en l'espèce, en violation du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, la cour d'appel a déduit l'existence de sévices de nature sexuelle du seul acte de sodomie, sans avoir aucunement constaté la violence, la brutalité ou les mauvais traitements avec lesquels le prévenu aurait commis l'infraction » ;

Attendu qu'en déclarant, par les motifs reproduits au moyen, Y... Z... coupable de sévices de nature sexuelle envers un animal, délit prévu par l'article 521-1 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, la cour d'appel a justifié sa décision ;

Qu'en effet, des actes de pénétration sexuelle commis par une personne sur un animal constituent des sévices de nature sexuelle au sens dudit texte ;

Que, dès lors, le moyen doit être écarté ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 5 du code civil, 775-1, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

" en ce que l'arrêt attaqué a décidé n'y avoir lieu à faire droit à la demande de dispense de mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire ;

" aux motifs que la non-inscription de la condamnation était une mesure destinée principalement à favoriser la réinsertion des condamnés, mais que tel n'était pas le cas du prévenu, employé à l'administration pénitentiaire, à laquelle il appartiendrait de diligenter une procédure disciplinaire, si elle l'estimait nécessaire ;

" alors que, en toute matière, le juge qui prononce une condamnation peut, dans sa décision, exclure expressément sa mention du bulletin n° 2 du casier judiciaire ; qu'en érigeant en principe qu'un fonctionnaire de l'administration pénitentiaire condamné pénalement ne pouvait, eu égard à cette qualité,

bénéficiaire de la dispense d'inscription de la condamnation, destinée à favoriser principalement la réinsertion des condamnés, la cour d'appel s'est prononcée par voie de disposition générale et abstraite " ;

Attendu que, l'exclusion de la mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire relevant de l'exercice d'une simple faculté, le demandeur ne saurait se faire un grief des motifs retenus par les juges au soutien de leur décision ;

D'où il suit que le moyen ne peut être admis ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi DAR ;

FIXE à 2 000 euros la somme que Y... Z... devra payer respectivement à la Fondation Brigitte Bardot et à la société Protectrice des animaux au titre de l'article 618-1 du code de procédure pénale ;

**Doc. 2 : Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, Bull. AP n° 165**

LA COUR,

Sur les deux moyens réunis du procureur général près la cour d'appel de Metz et de Mme X... :

Attendu que le 29 juillet 1995 un véhicule conduit par M. Z... a heurté celui conduit par Mme X..., enceinte de six mois, qui a été blessée et a perdu des suites du choc le fœtus qu'elle portait ; que l'arrêt attaqué (Metz, 3 septembre 1998) a notamment condamné M. Z... du chef de blessures involontaires sur la personne de Mme X..., avec circonstance aggravante de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, mais l'a relaxé du chef d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors que, d'une part, l'article 221-6 du Code pénal réprimant le fait de causer la mort d'autrui n'exclut pas de son champ d'application l'enfant à naître et viable, qu'en limitant la portée de ce texte à l'enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré, la cour d'appel a ajouté une condition non prévue par la loi, et alors que, d'autre part, le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits quand bien même il n'aurait pas respiré lorsqu'il a été séparé de la mère, de sorte qu'auraient été violés les articles 111-3, 111-4 et 221-6 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale ;

Mais attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ;

D'où il suit que l'arrêt attaqué a fait une exacte application des textes visés par le moyen ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

**Doc. 3 : Crim., 20 nov. 2018, n° 17-86.661**

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que Mme Marion X... et M. Olivier Y... ont déposé plainte et se sont constitués parties civiles contre personne non dénommée du chef d'homicide involontaire suite à l'accouchement par Mme X..., au Centre Hospitalier de Limoges, d'un enfant mort-né ; que le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu ; que les parties civiles ont relevé appel de cette décision ;

En cet état :

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 221-6 du code pénal ;

"en ce que l'arrêt attaqué a dit qu'il ne résulte pas de l'information des charges suffisantes contre le CHU de Limoges, personne morale prise en la personne de son représentant légal, ni contre quiconque, d'avoir à Limoges le 23 novembre 2011, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, causé la mort de l'enfant B... Y... ;

"aux motifs qu'aux termes de l'information, au vu des éléments qui précèdent, il existe des charges sérieuses que le décès de l'enfant B... Y... soit la conséquence de manquements dans la prise en charge de Mme Marion X... au sein du service de gynécologie obstétrique du CHU de Limoges et de carences dans l'organisation du dit service ; que toutefois, s'il est constant que le fœtus était en vie à 14 heures 30, heure à laquelle il a été mis fin au monitoring, il est tout aussi constant que lorsque l'enfant a été extrait du corps de sa mère par césarienne à 16 heures 39, il ne présentait plus aucun signe de vie, l'analyse anatomopathologique ayant confirmé qu'il n'avait pas respiré et qu'il était bien mort-né ; que l'article 221-6 du code pénal énonce que l'homicide involontaire est le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui ; qu'or, en application des principes généraux fixés par l'article 111-3 du code pénal qui énonce notamment que nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi et par l'article 111-4 du même code qui stipule que la loi pénale est d'interprétation stricte, « autrui » ne peut s'entendre que comme un être humain né vivant et ne s'applique pas à l'enfant à naître ; que si le fœtus est un être humain dont la loi garantit le respect dès le commencement de son développement, c'est dans le cadre de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus mais en l'état actuel de notre droit, que les juridictions ont l'obligation d'appliquer, le fœtus n'est pas tenu pour un sujet de droit à part entière au même titre que l'enfant né vivant ; qu'en application de ces textes, les circonstances de la mort de l'enfant B... Y... dans le ventre de sa mère ne constituent ni un homicide involontaire ni aucune autre infraction pénale ; que la Cour européenne des droits de l'homme considère que le point de départ du droit à la vie contenu dans l'article 2 de la Convention des droits de l'homme relève de l'appréciation des Etats et qu'à supposer même que ce texte trouve à s'appliquer, ne viole pas cette disposition le système juridique qui, en présence d'autres garanties permettant la réparation du dommage, ne contient pas de recours de nature pénale pour sanctionner l'atteinte involontaire portée à la vie du fœtus, ce qui est le cas en l'espèce puisque les parties civiles ont déjà saisi la juridiction administrative pour obtenir réparation de leur préjudice ;

"alors que l'article 221-6 du code pénal, tel qu'interprété par la Cour de cassation, en ce qu'il ne réprime pas, au titre de l'homicide involontaire, l'atteinte portée à l'enfant à naître, privant ainsi le fœtus de toute protection, est contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, en

particulier le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 qui garantit le droit au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie" ;

Attendu que, par arrêt du 15 mai 2018, la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question relative à la constitutionnalité de son interprétation jurisprudentielle de l'article 221-6 du code pénal réprimant l'homicide involontaire ;

D'où il suit que le moyen est devenu sans objet ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 121-3, 222-8, 222-10, 222-19, 223-1 du code pénal, L. 4151-3 du code de la santé publique, 80, 85, 86, 177, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a dit qu'il ne résulte pas de l'information des charges suffisantes contre le CHU de Limoges, personne morale prise en la personne de son représentant légal, ni contre quiconque, d'avoir à Limoges le 23 novembre 2011, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, causé la mort de l'enfant B... Y... ;

"aux motifs propres qu'aux termes de l'information, au vu des éléments qui précèdent, il existe des charges sérieuses que le décès de l'enfant B... Y... soit la conséquence de manquements dans la prise en charge de Mme X... au sein du service de gynécologie obstétrique du CHU de Limoges et de carences dans l'organisation du dit service ; que toutefois, s'il est constant que le foetus était en vie à 14 heures 30, heure à laquelle il a été mis fin au monitoring, il est tout aussi constant que lorsque l'enfant a été extrait du corps de sa mère par césarienne à 16 heures 39, il ne présentait plus aucun signe de vie, l'analyse anatomopathologique ayant confirmé qu'il n'avait pas respiré et qu'il était bien mort-né ; que l'article 221-6 du code pénal énonce que l'homicide involontaire est le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui ; qu'or, en application des principes généraux fixés par l'article 111-3 du code pénal qui énonce notamment que nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi et par l'article 111-4 du même code qui stipule que la loi pénale est d'interprétation stricte, « autrui » ne peut s'entendre que comme un être humain né vivant et ne s'applique pas à l'enfant à naître ; que si le foetus est un être humain dont la loi garantit le respect dès le commencement de son développement, c'est dans le cadre de textes particuliers sur l'embryon et le foetus mais en l'état actuel de notre droit, que les juridictions ont l'obligation d'appliquer, le foetus n'est pas tenu pour un sujet de droit à part entière au même titre que l'enfant né vivant ; qu'en application de ces textes, les circonstances de la mort de l'enfant B... Y... dans le ventre de sa mère ne constituent ni un homicide involontaire ni aucune autre infraction pénale ; que la Cour européenne des droits de l'homme considère que le point de départ du droit à la vie contenu dans l'article 2 de la Convention des droits de l'homme relève de l'appréciation des Etats et qu'à supposer même que ce texte trouve à s'appliquer, ne viole pas cette disposition le système juridique qui, en présence d'autres garanties permettant la réparation du dommage, ne contient pas de recours de nature pénale pour sanctionner l'atteinte involontaire portée à la vie du foetus, ce qui est le cas en l'espèce puisque les parties civiles ont déjà saisi la juridiction administrative pour obtenir réparation de leur préjudice ;

"Et aux motifs adoptés que l'article 221-6 du code pénal réprime le fait de causer dans des conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3 du code pénal, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de

sécurité imposée par la loi la mort d'autrui ; que pour être constituée, l'infraction d'homicide involontaire suppose que soit rapportée la preuve d'une faute pénale ayant causé la mort d'autrui ; qu'il résulte des investigations que l'enfant était viable in utero puisque son rythme cardiaque a été relevé pour la dernière fois à 14 heures 25 ; que néanmoins, malgré les mesures de réanimation tentées après son extraction du ventre maternel, les expertises médicales réalisées permettent de conclure à un décès in utero, avant la césarienne pratiquée, l'examen des viscères de l'enfant ayant confirmé l'absence de respiration à l'air libre des poumons de l'enfant ; que cette absence de vie de l'enfant in utero est par ailleurs confirmée par l'absence de battements cardiaques perçue par le monitoring effectué à 16 heures lors de la prise en charge de la mère au bloc opératoire ; que l'infraction d'homicide involontaire suppose que la mort d'autrui ait été causée, ce qui ne saurait s'appliquer à un enfant mort in utero, la personnalité juridique n'étant reconnue qu'à un enfant né vivant ; que dès lors, si des manquements ont pu être relevés par les expertises et investigations réalisées permettant de s'interroger sur les conditions de prise en charge de Mme X... lors de son accouchement et sur l'existence d'une faute civile, ces manquements ne sauraient suffire à voir engager la responsabilité pénale de quiconque, Elliott Y... n'étant pas né vivant ;

"1°) alors que les juridictions d'instruction qualifient librement les faits dont elles sont saisies et au regard desquels elles ont l'obligation d'informer ; qu'elles ne peuvent prononcer un non-lieu que si elles estiment que les faits ne constituent ni crime, ni délit ; qu'il leur appartient dès lors de s'assurer que les faits pour lesquels le non-lieu est prononcé ne sont pas susceptibles d'être poursuivis sous toute autre qualification que celle visée par la plainte ; qu'en l'espèce, en se bornant à rechercher s'il existait des charges suffisantes pour renvoyer devant une juridiction de jugement le CHU de Limoges du chef d'homicide involontaire sur l'enfant que portait Mme X..., la chambre de l'instruction, qui n'a pas examiné les autres qualifications possibles, notamment celle de risque causé à autrui au préjudice de Mme X..., a violé les textes susvisés ;

"2°) alors que les juridictions d'instruction qualifient librement les faits dont elles sont saisies et au regard desquels elles ont l'obligation d'informer ; qu'elles ne peuvent prononcer un non-lieu que si elles estiment que les faits ne constituent ni crime, ni délit ; qu'il leur appartient dès lors de s'assurer que les faits pour lesquels le non-lieu est prononcé ne sont pas susceptibles d'être poursuivis sous toute autre qualification que celle visée par la plainte ; que lorsqu'une femme est enceinte sa vie devient étroitement associée à l'être qui se développe en elle ; que dès lors toute atteinte portée à cet être humain en devenir constitue également une atteinte portée à l'intégrité de sa mère ; qu'en l'espèce, la chambre de l'instruction a expressément constaté qu'« aux termes de l'information, au vu des éléments qui précèdent, il existe des charges sérieuses que le décès de l'enfant B... Y... soit la conséquence de manquements dans la prise en charge de Mme X... au sein du service de gynécologie obstétrique du CHU de Limoges et de carences dans l'organisation du dit service » ; qu'en se bornant à rechercher s'il existait des charges suffisantes pour renvoyer devant une juridiction de jugement le CHU de Limoges du chef d'homicide involontaire sur l'enfant que portait Mme X..., sans examiner les autres qualifications possibles, notamment celle de blessures involontaires au préjudice de cette dernière, la chambre de l'instruction a violé les textes susvisés" ;

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu, l'arrêt énonce que les circonstances de la mort de l'enfant dans le ventre de sa mère ne constituent ni un homicide involontaire, ni aucune autre infraction pénale ;

Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors que si les juridictions d'instruction ont l'obligation d'informer sur les faits résultant de la plainte avec constitution de partie civile sous toutes ses

qualifications possibles, elles ne peuvent, sans excéder leur saisine, requalifier des faits, qualifiés dans la plainte avec constitution de partie civile d'homicide involontaire concernant un enfant mort-né, en mise en danger de la vie d'autrui ou en blessures involontaires commises sur la mère de l'enfant, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE les pourvois ;

DIT n'y avoir lieu à application de l'article 618-1 du code de procédure pénale ;

**Doc. 4 : Com., 31 janv. 2006, n° 05-10.116**

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Vu l'article 1628 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt partiellement confirmatif attaqué, que Mme X... de La Y..., épouse d'Z... (Mme de La Y...), a déposé diverses marques utilisant les éléments de son nom de famille, qu'elle a, par acte du 6 septembre 1991 cédées, ainsi que ses droits de marques existants ou futurs portant sur son nom, à la société A... de La Y... (la société), qui s'engageait notamment à lui consentir un contrat de travail ; qu'après que son licenciement par la société, survenu en 1999, eut été jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse, Mme de La Y... a poursuivi l'annulation de l'ensemble des accords passés à l'occasion de la cession, et à titre subsidiaire, la déchéance des droits attachés, tant aux marques cédées, qu'à celles ensuite déposées par la société et déclinant son nom ; que la société ayant elle-même agi en contrefaçon de ces marques à l'encontre de Mme de La Y... et des sociétés GH Mumm et compagnie et Ballantine's Mumm distribution (les sociétés Mumm), pour avoir mis dans le commerce des bouteilles décorées par Mme de La Y..., la cour d'appel, après jonction des instances, a déclaré irrecevable l'action en nullité de contrats, accueilli l'action en déchéance, et confirmé le jugement déclarant sans objet l'action en contrefaçon ;

Attendu que l'arrêt déclare Mme de La Y... recevable en son action en déchéance des droits sur les marques, au motif qu'elle a un intérêt légitime à voir prononcer la déchéance de marques dont les signes sont composés de son nom ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que Mme de La Y..., cédante, n'était pas recevable en une action tendant à l'éviction de l'acquéreur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Et attendu que le chef de dispositif déclarant l'action en contrefaçon "sans objet" n'étant plus susceptible, en l'absence de renvoi, d'être remis en cause, le pourvoi incident est sans objet ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi principal, ni sur le pourvoi incident, devenu sans objet :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré Mme X... de La Y..., épouse d'Z..., recevable en ses prétentions tendant à voir prononcer la déchéance des marques A..." n° 688 979/1 258 069, "A... de La Y..." n° 688 980/1 258 070, "A..." n° 186 826/1 574 740, "A... de La Y..." n° 186 827/1 574 741, "A..." n° 288 923/1 668 875, "de La Y..." n° 288 925/1 668 877, "A... de La Y..." n° 288 924/1 668 876, "A..." n° 292 013/1 671 651, "de La Y..." n° 292 014/1 671 652, "A... de La Y..." n° 292 015/1 671 653, et des marques semi-figuratives "A... de La Y..." n° 95 573 072, "A..." n° 966 18 635 et "A... de La Y..." n° 96 656 111, prononcé la déchéance des dites marques pour l'ensemble des classes mentionnées à leurs dépôts à compter du 7 octobre 2002, et dit que l'arrêt serait transmis à l'Institut national de la propriété industrielle, l'arrêt rendu le 15 décembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

**Obs. P.-Y. Gautier, RTD. civ. 2006, p. 339**

Il est une vieille règle de notre droit de la vente, aux termes de laquelle *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*, qui a été francisée dans l'adage « Qui doit garantie ne peut évincer ». Le vendeur doit s'abstenir de tout comportement de nature à troubler son acheteur dans la jouissance de la chose qu'il lui a transmise.

Curieusement, le code civil ne l'énonce pas (parce que de bon sens ?) et se contente d'y faire allusion dans l'hypothèse où le vendeur aurait inséré une clause de non garantie à ce sujet (art. 1628, qui la déclare inefficace). Sans doute est-ce la tradition, Pothier, par exemple, n'en traitait que sous cet aspect. Aussi parce qu'il faut se garder d'oublier que la racine historique et logique de la garantie d'éviction repose dans l'obligation de bonne foi prévue par l'article 1134 alinéa 3.

Cependant, clause ou pas, ce qu'on appelle la « garantie du fait personnel » est due de plein droit par tout vendeur, que ce soit au titre d'un comportement de sa part, trouble de fait, ou de l'émission d'une prétention juridique, trouble de droit.

Sur ce second volet, le vendeur ne saurait exercer contre son acheteur une action qui aurait pour objet ou pour effet de troubler l'exercice du droit de celui-ci (Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois, 2005, n° 352).

Même si sa prétention ne serait pas en soi infondée, dans l'hypothèse où les parties seraient des tiers l'une envers l'autre (ex. question de concurrence, d'usucapion), à partir du moment où elles ne le sont justement pas et que la garantie et la bonne foi interdisent au vendeur de contredire son acheteur, son action doit être déclarée irrecevable (A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, 6<sup>e</sup> éd. Domat-Montchrestien, 2005, n° 211).

La Cour de cassation vient de faire application de cette règle de manière très nette, ce qui va permettre d'aller au fond des choses et peut-être d'avoir des surprises : un ancien mannequin-vedette, professionnelle de la haute couture, dépose sous diverses déclinaisons son nom patronymique à titre de marque, puis cède celle-ci à une société qu'elle a créée. Depuis l'arrêt Bordas (1985), l'usage du nom dans le commerce et sa transmission aux entreprises, ne choquent plus personne.

Parallèlement, la société conclut un contrat de travail avec la jeune femme, pour qu'elle y développe des activités artistiques, notamment en tant que styliste.

Quelque temps plus tard, après une prise de contrôle de son entreprise, elle est licenciée ; il s'ensuit un contentieux long et compliqué, mais dont ressort une demande en déchéance de marque formée par l'ancien mannequin contre la société qui continue à utiliser son nom pour désigner les produits qu'elle fait fabriquer et corrélativement, lui interdit de se servir du sien pour ses propres activités dans le même secteur de la mode.

Cette déchéance est fondée sur l'article L. 714-6, b) du code de la propriété intellectuelle, qui dispose « qu'encourt la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait... propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité... du produit ou du service ».

C'est ce que les praticiens appellent la marque « déceptive », c'est-à-dire de nature à tromper le public, qui désigne une qualité que le produit n'a pas ou n'a plus (V. not. F. Pollaud-Dulian,

Droit de la propriété industrielle, Domat-Montchrestien, 1999, n° 1288 : « marque qui évoquait certaines qualités du produit qui sont désormais absentes »). A cet égard, l'argument de la demanderesse était habile : voilà une entreprise qui continue à commercialiser des produits portant son nom, comme si elle était encore à sa tête et y exerçait une activité artistique, de sorte que depuis son licenciement, le public se trouve trompé sur la marchandise.

La déchéance consiste à priver une personne de son pouvoir, à titre de sanction (V. F. Luxembourg, La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles, th. Paris II, 2005, n° 43). Ici, reprendre la marque à la société, puis rendre celle-ci à sa « propriétaire » originaire.

A partir du moment où c'est de la marque qu'elle avait cédée qu'il s'agissait, c'est le cas typique de prétention allant contre l'adage « Qui doit garantie... ».

Pourtant, les juges du fond donnent raison à la cédante et prononcent la déchéance (Paris, 15 déc. 2004, D. 2005.AJ.772, note Ph. Allaëys).

Sur pourvoi de la cessionnaire, c'est la cassation, au visa de l'article 1628 : la cédante « n'était pas recevable en une action tendant à l'éviction de l'acquéreur ». C'est court et clair : la Cour de cassation ne s'intéresse ni n'aborde le fond du problème, la déchéance de marque ; dès lors qu'il y a eu vente de la marque et que le vendeur vient aujourd'hui en réclamer la déchéance, c'est-à-dire la privation du droit de son cocontractant sur le bien incorporel cédé, il n'est pas recevable à en débattre.

Pour l'appuyer, la chambre commerciale a prononcé une cassation sans renvoi (art. 627 al. 2 NCPC) : c'est terminé, il n'y a plus rien à juger. Notons cet usage de plus en plus fréquent de ses diverses chambres de casser sans renvoi, de sorte qu'il n'y aura pas de nouveau débat devant une autre cour d'appel (V. F. Luxembourg, La Cour de cassation, juge du fond, D. 2006, chronique, à paraître).

La solution paraît rigoureuse et juste. Tâchons néanmoins de pousser le raisonnement plus loin.

En effet, il est admis que lorsque la cause d'éviction repose dans un motif d'ordre public, telle une nullité absolue, l'utilité sociale justifie que tout intéressé, vendeur compris, puisse exercer l'action (M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil, 2e éd. t. X, par J. Hamel, n° 90 : lorsque « tous les intéressés » peuvent exercer l'action reposant sur l'intérêt général, « le vendeur n'en est donc pas exclu »). On retrouve l'esprit et la technique des nullités absolues.

En l'espèce, il s'agissait d'exercer une action en déchéance pour marque devenue déceptive, dont on a indiqué plus haut que sa suppression est nécessaire, afin que cesse le risque de ce que les consommateurs soient induits en erreur sur la qualité ou la provenance des produits qu'on leur vend sous cette marque.

Et c'est précisément parce qu'il s'agit d'un motif d'ordre public, que cette action est ouverte largement : la déchéance « peut être demandée au tribunal de grande instance par tout intéressé et a un effet absolu » (Pollaud-Dulian, op. cit. n° 1289).

Ici, la cédante n'était pour rien à l'origine de la déceptivité, puisque c'est à partir du moment où elle avait été licenciée de la société que celle-ci avait commencé de commercialiser des produits sous sa griffe, alors qu'elle n'en faisait plus partie.

En réalité, le motif de déchéance était né postérieurement à la vente, il était le fait de l'acheteur et intéressait directement le consommateur.

On peut ajouter que l'enjeu du litige portait sur le nom patronymique de la demanderesse et que jurisprudence Bordas ou pas, le nom n'est tout de même pas un « bien » comme les autres, ce qui intéresse également l'ordre public.

Dans ces conditions, l'irrecevabilité de sa demande de déchéance, même si elle obéissait évidemment à un but intéressé, récupérer sa marque (aussi, ne pas être taxée de contrefaçon dans l'usage commercial de son nom), n'était pas aussi évidente que cela.

Enfin, on pouvait également raisonner sur le terrain de l'interdépendance entre contrats : le licenciement au titre du contrat de travail, s'il s'avérait non justifié, libérait peut-être parallèlement la même personne de sa garantie d'éviction.

En bref, l'adage séculaire est peut-être à revoir, en tout cas, à nuancer.

## **Doc. 5 : Article 515-14 du Code civil**

Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.

## **Doc. 5 bis : Ph. Malinvaud, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », D.**

**2015, p. 87**

**1 - La situation actuelle.** Le code civil a pour vocation fondamentale de régler le statut civil des personnes, ainsi que leurs rapports entre elles ou avec les choses. Il est réparti en cinq livres : des personnes, des biens, des différentes manières dont on acquiert la propriété, des sûretés, des dispositions applicables à Mayotte.

Rien ne concerne les animaux, si ce n'est de manière très indirecte dans le livre II relatif aux biens où est faite la distinction des meubles et des immeubles. S'agissant des biens meubles, l'article 528 dispose : « Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne peuvent changer de place que par l'effet d'une force étrangère ».

Toutefois, certains animaux sont classés par le code civil dans la catégorie des immeubles par destination. Ainsi, l'article 524 dispose, de manière vieillotte et relative aux exploitations agricoles - qui étaient un bien important au XIX<sup>e</sup> siècle -, que « les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination » ; et sont ici explicitement visés « les animaux attachés à la culture », « les pigeons des colombiers », « les lapins des garennes », « les ruches à miel », « les poissons » de certaines eaux et plans d'eaux.

Mais n'entrent dans cette catégorie que les biens appropriés, c'est-à-dire ceux qui sont la propriété des personnes, ce qui n'est pas le cas de tous les animaux. Même s'il ne le dit pas, le code civil ne vise que les animaux de ferme, question importante en 1804, pas les animaux de compagnie et encore moins les animaux sauvages qui n'appartiennent à personne. En fait, l'immense majorité des animaux ne sont pas des biens et ne sont donc pas pris en compte par le code civil.

**2 - Le *lobbying animal*.** Depuis le début des années 1990, un certain nombre de juristes défenseurs des animaux ont milité, parfois avec beaucoup de talent, pour que l'animal ne soit plus considéré par le code civil comme une chose ou un objet et qu'il soit doté d'un statut, sinon même de la personnalité juridique. Ici, au moins implicitement, étaient visés les seuls animaux domestiques et de compagnie.

Leur action a été très puissamment relayée dans la grande presse par vingt-quatre personnalités, écrivains, philosophes, tous éminents mais non-juristes (not. L. Ferry, J. Julliard, B. Cyrulnik, E. Orsenna, F. Lenoir, M. Onfray, A. Finkelkraut, etc.) signataires d'un manifeste en 2013. L'indignation de ces intellectuels non-juristes se comprend dans la mesure où on est trop souvent confronté à des exemples aussi odieux qu'aberrants de mauvais traitements aux animaux. Certains, plus médiatiques que d'autres, nous sont rapportés par la grande presse : ainsi de celui qui projette son chaton contre un mur et qui en publie les images sur Facebook, ce qui lui a valu une peine de prison, ou encore les bébés phoques massacrés au Canada.

C'est dans ce contexte qu'a été adopté un amendement, à l'occasion des débats consacrés au projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, insérant dans le code civil, en tête du livre II consacré aux biens un article 515-14 aux termes duquel : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens », article dont les mauvais esprits relèveront qu'il fait directement suite aux articles relatifs aux : « mesures de protection des (personnes) victimes de violence ». Ironie du hasard ou perception subliminale ?

**3 - Observations critiques.** D'entrée, le signataire de ce Point de vue entend préciser qu'il a eu des animaux de compagnie, qu'il les a beaucoup aimés, qu'il a connu les animaux domestiques (ailleurs qu'au Salon de l'agriculture), mais qu'il est aussi un juriste, non un philosophe, un écrivain, etc. Or, si on quitte le domaine de la philosophie pour retrouver celui du droit, le texte voté appelle de nombreuses critiques. On en retiendra seulement deux.

*En premier lieu*, ce texte n'a pas sa place dans le code civil. On ne saurait trop rappeler que le code civil n'est pas un fourre-tout ; il ne traite que du statut civil des personnes, pas des animaux, ni non plus des choses ou objets divers. Il n'y est question des animaux que de manière très indirecte, comme une catégorie de biens pouvant appartenir à une personne ou susceptible d'entraîner la responsabilité d'une personne. Même les plus farouches défenseurs des animaux, à une exception remarquable près (J.-P. Marguénaud, *La personnalité juridique des animaux*, D. 1998. 205), n'ont jamais prétendu que les animaux puissent avoir un statut juridique comme les personnes.

Le texte de l'article le reconnaît implicitement. En effet, à la proclamation de principe figurant dans la première phrase succède immédiatement une proposition qui la contredit : « Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ». En bref, au plan du droit civil, les animaux relèvent de la catégorie des biens corporels, c'est tout. Ce faisant, l'amendement reprend, à peu de choses, près la proposition formulée par l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens : « Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des choses corporelles » (art. 521). En fait, l'animal n'a rien à faire dans le code civil (V., dans le même sens, D. 2014. 1844, obs. B. Mallet-Bricout). En revanche, dans la mesure où il sert aux hommes à des titres divers, et notamment comme nourriture, sa place naturelle est dans d'autres codes, le code rural et de la pêche maritime ou encore le code de l'environnement.

Et tel est bien le cas. La définition qu'on voudrait insérer dans l'article 515-14 du code civil figure déjà, à quelques nuances près, dans le code rural qui consacre tout un chapitre à « la protection des animaux ». Ce chapitre est ouvert par l'article L. 214-1 ainsi rédigé : « Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce ». Et les deux articles suivants de proclamer : « Il est interdit d'exercer des mauvais traitements envers les animaux domestiques ainsi qu'envers les animaux sauvages apprivoisés ou tenus en captivité » (art. L. 214-3) ; « Tout homme a le droit de détenir des animaux dans les conditions définies à l'article L. 214-1 et de les utiliser dans les conditions prévues à l'article L. 214-3, sous réserve des droits des tiers et des exigences de la sécurité et de l'hygiène publique et des dispositions de la loi (...) relative à la protection de la nature » (art. L. 214-2).

Que les philosophes et les bons esprits se rassurent. Les animaux bénéficient d'une définition et d'un statut protecteur dans d'autres codes. Pourquoi faudrait-il également en faire mention dans le code civil, qui deviendrait ainsi curieusement un code suiveur du code rural ? Pour beaucoup, c'est une question de principe ; il s'agit de planter symboliquement un drapeau dans le code civil pour rapprocher autant que faire se peut l'animal de l'homme. Dans les faits, ce rapprochement viendra peut-être un jour - l'*Homo sapiens* faisait, semble-t-il, partie du règne animal - mais, pour l'instant, on ne le trouve que dans les films d'anticipation (*La planète des singes*). Il est alors piquant de constater que l'animal bénéficie d'une « promotion » qui n'est pas accordée au consommateur, seulement défini au code de la consommation. Il est vrai qu'à l'inverse du *lobby* animal, le *lobby* consommateur n'en demande pas plus...

*En second lieu*, il est important de dire que la définition prévue à l'article 515-14 ne saurait s'appliquer à tous les animaux, mais seulement à une infime minorité d'animaux supérieurs. Qu'est-ce, en effet, qu'un animal ?

Le *Petit Larousse* en donne la définition suivante : « Être organisé, doué de mouvement et de sensibilité, et capable d'ingérer des aliments solides à l'aide d'une bouche ».

Si on va chercher plus loin dans Wikipédia, on est effaré par la profusion du règne animal. Adieu les pigeons des colombiers, les lapins des garennes et les poissons des étangs du code civil ! On y lit que, « dans le langage courant, le terme "animal" est souvent utilisé (dans le sens de "bête") pour distinguer les humains du reste du monde animal ». De même, toujours dans le langage courant, « animal » peut faire référence à des animaux supérieurs, ou à l'animal domestiqué, de compagnie ou sauvage qui ont des statuts différents.

Quel est donc l'animal au sens de l'article 515-14 ? Faute de précision, on serait tenté de dire que c'est tout animal, quel qu'il soit. La liste est alors sans fin, on peut recenser plusieurs millions d'espèces ! Du plus simple au plus complexe Wikipédia cite :

- l'éponge, les anémones de mer, coraux et méduses, les vers ;
- les coquillages, les mollusques (escargots, limaces, moules, huîtres, poulpes, seiches), les crabes et écrevisses ;
- les poissons ;
- les myriades d'insectes, arachnides (araignées, scorpions et acariens, mais aussi libellules), hexapodes (blattes, mantes, termites et acariens), orthoptères (sauterelles, grillons), hémiptères (punaises, cigales), coléoptères (hannetons, coccinelles), hyménoptères (abeilles, guêpes, fourmis), diptères (mouches) ;
- les tétrapodes (reptiles, serpents, crocodiles, tortues), parmi lesquels figurent également les oiseaux et les mammifères.

On est quelque peu perplexe sur l'application de la future définition légale à ces divers animaux. Méduses, araignées, termites, fourmis, serpents sont-ils doués de sensibilité ? Et *quid* des huîtres que nous dégustons avec un filet de citron qui les fait réagir ? Les ostréiculteurs éprouveront certainement une grande fierté lorsqu'ils apprendront que leur produit phare est entré dans le code civil !

De tout cela, que conclure ? Qu'introduire l'animal dans le code civil est une fausse bonne idée qui relève de l'émotion. Édicter que « les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité » est une définition qui a sa place naturelle dans un dictionnaire, non une règle de droit car elle n'a aucun effet normatif.

Dans le même esprit, pourquoi n'y mettrait-on pas aussi les végétaux (bactéries, champignons, plantes et arbres) dont on rappellera que ce sont aussi des êtres vivants mais qui, à la différence des animaux, n'ont ni bouche, ni système nerveux, ni organes locomoteurs. Sont-ils pour autant dépourvus de sensibilité ? Probablement pas, les plantes et les arbres souffrent lorsque leurs conditions de vie ne sont pas assurées ; comme les hommes, comme les animaux, ils vivent et ils meurent. Faudrait-il pour autant les définir dans le code civil ?

### **L'essentiel**

L'homme est depuis toujours un être « augmenté », par son extériorisation artificielle. Le point ultime de cette externalisation est cognitif, grâce à la numérisation de la mémoire, de la pensée humaine<sup>■</sup> (1). Dans ce mouvement, l'horizon est celui d'une intelligence artificielle, celui d'un robot qui pense. Le raisonnement est ainsi aux portes de la technique, comme matérialisant enfin le vieux rêve de l'homme de dépasser le règne animal, de donner la vie à la matière inerte. Le robot, nouveau Golem ? Le robot, nouvel objet de droit(s) ?

Le robot est devenu conducteur automobile ; il joue au ping-pong, au football, au jeu de go contre des champions ; il est appelé à l'aide pour assister le corps médical dans les soins - psychologiques, médicaux, chirurgicaux - apportés à certains patients et dans la prise de décision<sup>■</sup>(2) ; il passe des ordres sur les marchés financiers<sup>■</sup>(3) ; il écrit des articles de journal ; il est membre d'un conseil d'administration d'une société ; il est redouté dans le secteur militaire<sup>■</sup>(4). Aura-t-il même demain une place en droit de la famille... ?<sup>■</sup>(5) C'est dire si le robot dit « intelligent » est susceptible de bousculer l'ordonnement humain et donc juridique.

Les progrès technologiques remettent en effet en cause les frontières disciplinaires, en science comme en droit. La chimie se marie à la physique, la biologie à la chimie, etc. De même, les nouvelles techniques poussent dans ses retranchements la classification juridique traditionnelle, qui fonde à l'université la formation, la carrière, les enseignements. Au point que de nouvelles expériences, transversales et souvent pluridisciplinaires, sont proposées. Existe-t-il alors un « droit des nouvelles techniques », on dit aussi « droit du numérique »<sup>■</sup>(6) ou encore « de l'innovation » ? La problématique est contemporaine et elle embrasse de nombreuses disciplines : contrat, responsabilité, propriété intellectuelle, droit de la personne, droit de la consommation, droit pénal, etc. Dans la même veine, la technologie disruptive de l'intelligence artificielle impliquera-t-elle l'émergence d'une sous-catégorie, un « droit des robots » ?<sup>■</sup>(7) À tout le moins, et au-delà des lois d'Asimov - qui s'apparentent davantage à des règles du jeu, même si leur nature prédictive est évidente -, l'intrusion de la robotique dans la

société implique de s'interroger sur les répercussions juridiques de ce nouvel objet. C'est d'ailleurs ce que font les autorités françaises<sup>8</sup> comme européennes<sup>9</sup>.

Dans ce contexte, quel statut accorder au robot intelligent, capable d'apprentissage et d'autonomie décisionnelle (au moins partielle) ? La réponse dépend d'abord d'une connaissance assurée de l'état de l'art, particulièrement précieuse pour le juriste, afin d'éviter la science-fiction (juridique) et raisonner au vu de l'existant<sup>10</sup>. Car serait-il judicieux d'élaborer un droit sur des projections, au risque que ce droit soit d'ailleurs obsolète avant même de donner lieu à application ?

En outre, à quoi sert de proposer une personnalité-robot<sup>11</sup> ? Qu'est-ce qui justifierait ici le changement de paradigme et où serait la limite, la frontière, entre un robot-« personne » et un robot-chose ? De même, dans quel but accorder des droits aux robots<sup>12</sup> - souvent humanisés (forme humanoïde ou animale) -, si ce n'est la tendance éminemment subjective et émotionnelle à se reconnaître, à s'identifier, à aimer ?<sup>13</sup> Sans compter qu'on voit mal ce qui justifierait un traitement différent pour les animaux - êtres vivants -, même si, pour eux, l'évolution est sensible (et très progressive au sein du code civil). Enfin, pourquoi imaginer une responsabilité-robot alors que l'évolution du droit de la responsabilité tend vers l'indemnisation de la victime, même lorsqu'aucune faute n'a été commise ?

Une fois écartée cette proposition de changement de statut, il reste que le robot apprenant doit être confronté aux différentes branches du droit. D'abord, il est objet de droits de propriété intellectuelle<sup>14</sup> : marque, droit d'auteur, y compris logiciel, brevet, base de données. Mais l'avenir est-il au robot-sujet, titulaire de droits de propriété intellectuelle ? Que faire des réalisations littéraires d'un robot par exemple ?<sup>15</sup>

Ensuite, le robot peut causer un dommage et ce sont les règles du droit de la responsabilité qui doivent être évaluées<sup>16</sup>. Le régime proposé par le code civil notamment ne permet-il pas de répondre à certaines situations ? Si la garde peut paraître fragile du fait de l'autonomie du robot - encore qu'on peut distinguer la structure et le comportement -, ne peut-on pas s'inspirer de la responsabilité du fait des produits défectueux (mais l'exonération pour risque de développement doit-elle alors être

maintenue ?) ou encore imaginer un régime transposant la responsabilité du fait des animaux aux robots ? Souhaitons que la consultation en cours sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile sera l'occasion d'y réfléchir.

Par ailleurs, le robot cognitif collectera, pour et par son activité, de nombreuses informations, parmi lesquelles des données personnelles. Cette réalité impose de confronter la pratique aux règles de protection, à la fois dans la directive de 1995 (et donc la loi de 1978 « Informatique et libertés ») et dans le nouveau règlement général sur les données à caractère personnel<sup>17</sup>(17). Notamment, le phénomène *Big Data* impose de réfléchir à d'autres mécanismes de régulation, fondée par exemple sur la *privacy by design*, anticipant, dès la conception, le respect des principes<sup>18</sup>(18).

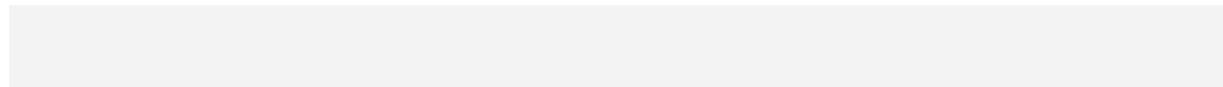
Enfin - et au-delà des réflexions les algorithmes qui permettent notamment le fonctionnement des moteurs de recherche sur l'internet posent des questions prospectives. En effet, leur nature prédictive n'est pas neutre. L'algorithme, en créant un « *alter ego* numérique »<sup>19</sup>(19) sans identification (donc souvent délié des données personnelles), influence néanmoins le comportement du consommateur. Or, certains promeuvent une neutralité de traitement, refusant le profilage numérique et donc en définitive la mise en oeuvre de l'intelligence du robot. L'objectif est ici de lutter contre la « gouvernamentalité algorithmique » (selon l'expression d'A. Rouvroy et de T. Berns)<sup>20</sup>(20) qui placerait les utilisateurs dans des silos de comportement et de consommation. Dans son étude annuelle pour 2014 sur le numérique et les droits fondamentaux, le Conseil d'État invitait en ce sens à adopter un droit des algorithmes prédictifs<sup>21</sup>(21). Le projet de loi « Pour une République numérique »<sup>22</sup>(22) ne va pas jusque-là, se contentant d'imposer aux plateformes en ligne une obligation de loyauté, obligeant notamment à l'information sur les liens capitalistiques. C'est aussi que les intérêts économiques, politiques, juridiques, sont multiples et leur conciliation n'est pas d'évidence. En particulier, le secret d'affaires - plus que jamais d'actualité<sup>23</sup>(23) - n'est-il pas susceptible de limiter ce besoin grandissant de transparence ?

Le droit en vigueur recèle des capacités d'adaptation qui permettront d'appréhender certaines des activités des robots intelligents. Pour le reste, alimenter régulièrement la réflexion sur le sujet

permettra de révéler ou d'anticiper certains manques et d'avancer, avec précaution, suivant la méthode des petits pas. Car l'intelligence artificielle est un savoir en mouvement, en construction, et la précipitation ne servirait que l'obsolescence anticipée...

Ce qu'il faut retenir

L'utilisation de robots intelligents devient, peu à peu, une réalité. L'homme, que l'on caractérise par sa capacité d'apprentissage, son intelligence, parvient à créer un autre moi, artificiel, qui prétend lui aussi à l'apprentissage et à l'intelligence, un Golem-robot. Pour appréhender ce nouvel objet, la solution n'est sans doute pas à rechercher dans une réinvention totale du droit, qui imposerait de faire table rase et de construire *ex nihilo* de nouvelles règles. Le droit en vigueur trouve naturellement à s'appliquer, sans doute complété de réponses nouvelles et spécifiques du législateur, soit par la création de règles idoines, soit par l'assouplissement, la modulation, des règles positives.



- (1) M. Serres, *Petite Poucette*, Le Pommier, 2012.
- (2) V. not. Watson d'IBM.
- (3) V. not. P. Sirinelli et S. Prévost, Robot banquier : le pouvoir de dire oui ?, Dalloz IP/IT 2016. 221 .
- (4) V. la lettre ouverte, à l'initiative de spécialistes en robotique et en intelligence artificielle, pour l'arrêt des recherches sur les armes autonomes : <http://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>
- (5) X. Labbé, Épouser une femme robot, Gaz. Pal. déc. 2014, n° 352, p. 5.
- (6) Notre ministère de tutelle semble l'avoir ainsi entendu, lui qui en a fait une mention de master. V. arrêté du 4 févr. 2014 fixant la nomenclature des mentions du diplôme national de master.

- (7) V., déjà, J. et A. Bensoussan, *Droit des robots*, Larcier, 2015. Plus généralement, sans constituer un droit appliqué à l'objet, v. *Les robots. Objets scientifiques, objets de droits*, dir. A. Bensamoun, Mare et Martin, 2016.
- (8) V. le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Les robots et la loi*, n° 3551, mars 2016.
- (9) V. par ex. le rapport du consortium *Robolaw*, présenté à la Commission européenne en sept. 2014 : *Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe : Robotics facing Law and Ethics*.
- (10) Sur l'état de l'art, v. R. Chatila, ce numéro, p. 284.
- (11) Refusant la reconnaissance d'une personnalité juridique aux robots, G. Loiseau et M. Bourgeois, Du robot en droit à un droit des robots, JCP 2014. 1231 ; G. Loiseau, Des robots et des hommes, D. 2015. 2369 ; A. Mendoza-Caminade, Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots : vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ?, D. 2016. 445. *Contra* A. Bensoussan, Droit des robots : science-fiction ou anticipation ?, D. 2015. 1640. Cet auteur propose de doter les robots d'un numéro d'identité.
- (12) V. interview de K. Darling, Donnons des droits aux robots : [http://www.lemonde.fr/sciences/article/2013/02/17/donnons-des-droits-aux-robots\\_1832927\\_1650684.html](http://www.lemonde.fr/sciences/article/2013/02/17/donnons-des-droits-aux-robots_1832927_1650684.html). Pour un point de vue inverse, v. S. Tisseron, Ne donnons jamais aucun droit à nos robots ! : [http://www.huffingtonpost.fr/serge-tisseron/ne-donnons-jamais-aucun-droit-a-nos-robots\\_b\\_9407052.html](http://www.huffingtonpost.fr/serge-tisseron/ne-donnons-jamais-aucun-droit-a-nos-robots_b_9407052.html).
- (13) En ce sens, v. P. Veber, Les robots et les hommes naîtront-ils et demeureront-ils libres et égaux en droits ?, <http://www.magazine-decideurs.com/news/les-robots-et-les-hommes-naîtront-ils-et-demeureront-ils-libres-et-egaux-en-droits>.
- (14) Pour une confrontation entre la propriété intellectuelle et les robots, v. J. Larrieu, ce numéro, p. 291.
- (15) A. Lebois, Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ?, CCE 2015, n° 1, étude 2, p. 14.
- (16) V. sur cette question, V. la contribution de G. Courtois, ce numéro, p. 287.

- (17) Règl. (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la dir. 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1. Sur ce sujet, v. E. Geffray, ce numéro, p. 295<sup>10</sup>.
- (18) G. Loiseau, De la protection intégrée de la vie privée (*privacy by design*) à l'intégration d'une culture de la vie privée, *Légipresse* 2012/300, p. 712.
- (19) L. D. Godefroy, Pour un droit du traitement des données par les algorithmes prédictifs dans le commerce électronique, *D.* 2016. 438<sup>11</sup>.
- (20) V., not., A. Rouvroy et de T. Berns, Le nouveau pouvoir statistique. Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps « numériques », *Association Multitudes*, 2010/1, n° 40, p. 88.
- (21) V. p. 299 et s.
- (22) Projet n° 3318, déposé à l'Assemblée nationale le 9 déc. 2015.
- (23) V. la directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, adoptée par le Parlement en avril 2016.



## Fiche 7. Identifier les droits subjectifs

### **Thèmes de la séance :**

- Rappel de la définition des droits subjectifs
- L'empiètement en droit des biens
- La question du respect dû au cadavre
- La question du « droit à ne pas naître »

### **Documents :**

Doc. 1 : Affaire Perruche :

- Cass. Ass. Plén., 17 nov. 2000, *Bull.* AP n° 9
- Loi du 4 mars 2002, article 1<sup>er</sup>
- Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 2006, *Bull. civ.* I, n° 136
- M.-C. De Montecler, « Nouvelle condamnation de la France par la CEDH du fait de la loi “anti-Perruche”, *Dalloz actu.*, 9 févr. 2022

Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, *Bull. civ.* I, n° 178 (*adde* : art. 16-1-1 du Code civil)

Doc. 3 : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2016, *Bull. civ.* I, n° 268

Doc. 4 : Civ. 1<sup>re</sup>, 23 nov. 2022, n° 22-19.200

### **Travail de l'étudiant :**

- Rédigez une fiche d'arrêt pour le document 4
- Rédigez une dissertation sur le sujet suivant : *L'affaire Perruche*

*En séance, votre chargé de TD reviendra avec vous sur le droit de propriété et la problématique spécifique de l'empiètement.*

## **Doc. 1 : L'affaire Perruche**

### **Cass. Ass. Plén., 17 nov. 2000, Bull. AP, n° 9**

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche du pourvoi principal formé par les époux X..., et le deuxième moyen du pourvoi provoqué, réunis, formé par la caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. Y..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale de Yerres, aux droits duquel est M. A..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que " l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises " par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse ;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l'un et l'autre des pourvois :

CASSE ET ANNULE, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993.

### **Loi du 4 mars 2002, article 1<sup>er</sup>**

« I -Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance [...] Les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale [...] Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été statué sur le principe de l'indemnisation ».

**Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 136**

**Sur le moyen unique :**

Vu l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ensemble l'article 1er I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, devenu l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu que Mme Y... a donné naissance, le 11 janvier 1996, à une enfant présentant de graves malformations de la colonne vertébrale ; que Mme Y... et M. X..., agissant tant en leur nom personnel qu'en leur qualité de représentants légaux de leur fille ont recherché la responsabilité de M. Z..., gynécologue-obstétricien qui avait pratiqué sept échographies ainsi que la réparation de leur préjudice moral et du préjudice subi par l'enfant du fait de son handicap, en faisant valoir que les échographies réalisées par ce praticien auraient dû permettre de diagnostiquer les malformations et d'envisager une interruption de la grossesse ;

Attendu que pour décider que M. Z... n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de l'enfant, l'arrêt attaqué relève que les fautes retenues à l'encontre de ce praticien ne sont pas à l'origine des malformations dont est atteinte l'enfant et qu'il n'existe donc pas de lien de causalité entre ces fautes et le préjudice de cette dernière ;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin dans l'exécution de son contrat avec Mme Y... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier pouvait, avant l'entrée en vigueur de la loi susvisée, demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;

Attendu que l'article 1er I de ladite loi, déclarée applicable aux instances en cours, énonce que "nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, que lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, que ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap et que la compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale" ;

Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que la loi susvisée, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap, sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand Mme Y... et M. X... pouvaient en l'état de la jurisprudence, applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ;

D'où il suit que, ladite loi n'étant pas applicable au présent litige, la cassation est encourue ;

**PAR CES MOTIFS :**

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté Mme Y... et M. X... de leur demande en réparation du préjudice subi par l'enfant, l'arrêt rendu le 11 avril 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

**M.-C. De Montecler, « Nouvelle condamnation de la France par la CEDH du fait de la loi “anti-Perruche”, *Dalloz actu.*, 9 févr. 2022**

Près de dix-sept ans après les arrêts Maurice et Draon (CEDH 6 oct. 2005, n° 11810/03 et n° 1513/03, AJDA 2005. 1924 , obs. M.-C. Montecler ; D. 2006. 1915, obs. M.-C. de Montecler ; RDSS 2006. 149, obs. P. Hennion-Jacquet ; RTD civ. 2005. 743, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 798, obs. T. Revet ), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a de nouveau condamné la France du fait des conditions de mise en œuvre de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades.

Ce texte a été fréquemment appelé « amendement anti-Perruche » car il avait pour objet de revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation permettant d'indemniser un enfant né handicapé dont le handicap n'avait pas été décelé avant sa naissance. En excluant l'indemnisation de l'enfant (« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »), mais aussi de ses parents pour les charges découlant de ce handicap tout au long de la vie de l'enfant, la loi de 2002 avait mis également fin à la jurisprudence Quarez du Conseil d'État, qui permettait une réparation de ce préjudice versée aux parents (CE, sect., 14 févr. 1997, n° 133238, Centre hospitalier régional de Nice, Lebon avec les concl. ; AJDA 1997. 480 ; ibid. 430, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1997. 322 , obs. J. Penneau ; ibid. 1998. 294, obs. S. Henneron ; ibid. 1999. 60, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; RFDA 1997. 374, concl. V. Péresse ; ibid. 382, note B. Mathieu ; RDSS 1997. 255, obs. J.-S. Cayla ; ibid. 1998. 94, note F. Mallol ).

L'application de la loi aux instances en cours, souhaitée par le législateur (Loi n° 2005-102 du 11 févr. 2005, art. 2), avait été condamnée par la CEDH dans ses arrêts Maurice et Draon et, de ce fait, écartée par le Conseil d'État (CE 24 févr. 2006, n° 250704, Mme Levenez et M. Levenez, Lebon ; AJDA 2006. 520 ; ibid. 1272 , note S. Hennette-Vaucher ; D. 2006. 812 ; RDSS 2006. 360, obs. P. Hennion-Jacquet ; RTD civ. 2006. 263, obs. J.-P. Marguénaud ) et la Cour de cassation. La disposition de 2005 avait ensuite été abrogée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, AJDA 2010. 1178 ; D. 2010. 1976, obs. I. Gallmeister , note D. Vigneau ; ibid. 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; ibid. 2011. 2565, obs. A. Laude ; ibid. 2012. 297, chron. N. Maziau ; RFDA 2010. 696, C. de Salins ; RDSS 2010. 127, obs. R. Pellet ; Constitutions 2010. 391, obs. A. Levade ; ibid. 403, obs. P. De Baecke ; ibid. 427, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2010. 517, obs. P. Puig ). Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont divergé sur les conséquences à tirer de cette censure. Pour les juges du Palais-Royal, elle excluait l'application de la loi de 2002 aux instances en cours lors de sa

promulgation, mais pas aux cas où la naissance de l'enfant était antérieure à la loi et l'action de ses parents postérieure (CE, ass., 13 mai 2011, n° 329290, Lazare (Mme), Lebon ; AJDA 2011. 991 ; ibid. 1136 , chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2011. 1482, obs. S. Brondel ; RFDA 2011. 772, concl. J.-P. Thiellay ; ibid. 806, note M. Verpeaux ; ibid. 2012. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; RDSS 2011. 749, note D. Cristol ; Constitutions 2011. 403, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2012. 71, obs. P. Deumier ). Les juges du Quai de l'Horloge, pour leur part, ont étendu la non-rétroactivité à ce dernier cas (Civ. 1re, 14 nov. 2013, n° 12-21.576, D. 2013. 2694, obs. M. Delouée ; ibid. 2014. 47, obs. P. Brun et O. Gout ; ibid. 2021, obs. A. Laude ; ibid. 2362, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ).

Or, l'enfant de M. et Mme M. était né gravement handicapé le 30 décembre 2001. Mais ce n'est qu'en juin 2006, après qu'un rapport d'expertise avait confirmé des erreurs dans le diagnostic prénatal, qu'ils ont engagé une action contre le centre hospitalier qui avait réalisé ces examens en demandant l'indemnisation de l'intégralité de leur préjudice et de celui de leur enfant. Au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, ils n'ont obtenu qu'une indemnisation de leur préjudice moral. Ils ont alors saisi la CEDH.

#### L'espérance légitime des requérants

Pour conclure que les requérants ont bien été privés d'un bien, celle-ci relève que l'existence d'une faute a été reconnue par les juridictions françaises. « Les conditions d'engagement de la responsabilité du Centre hospitalier étaient donc bien réunies, et les requérants disposaient par conséquent d'une créance correspondant au droit à l'indemnisation des frais liés à la prise en charge d'un enfant né handicapé après une erreur de diagnostic prénatal s'analysant en une "valeur patrimoniale". » Par ailleurs, la Cour estime que, « compte tenu des principes de droit commun français et de la jurisprudence constante en matière de responsabilité selon lesquels la créance en réparation prend naissance dès la survenance du dommage qui en constitue le fait générateur [...], les requérants pouvaient légitimement espérer pouvoir obtenir réparation de leur préjudice correspondant aux frais de prise en charge de leur enfant handicapé dès la survenance du dommage, à savoir la naissance de cet enfant ».

Le gouvernement français ne contestait pas l'existence d'une ingérence dans le droit au respect du bien que constituait cette espérance légitime. Mais il a essayé de convaincre la Cour de Strasbourg que celle-ci était justifiée, ce qui implique, d'abord, qu'elle soit « prévue par la loi ». Or, la CEDH estime, en s'appuyant sur le commentaire du Conseil constitutionnel de sa propre décision, que cette censure signifie que « l'article L. 114-5 du CASF ne saurait être appliqué à des faits nés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, quelle que soit la date d'introduction de l'instance, en vertu des règles de droit commun relatives à l'application des lois dans le temps ». Elle souligne, en outre, la divergence entre les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation qui exclut, estime-t-elle, que l'ingérence en cause trouve « un fondement dans une jurisprudence constante et stabilisée des juridictions internes. La Cour en déduit que l'atteinte rétroactive portée aux biens des requérants ne saurait être regardée comme ayant été "prévue par la loi" au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 ».

La Cour constate donc la violation de l'article 1P1. Elle réserve la question de l'indemnisation des requérants « en tenant compte de l'éventualité d'un accord entre l'État défendeur et les intéressés » (ce qui s'était produit dans les affaires Maurice et Draon, CEDH 21 juin 2006, n° 1513/03, Draon c/ France, AJDA 2006. 1248 ).

## **Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, Bull. civ. I, n° 178**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite de l'interdiction qui lui a été faite de poursuivre l'exposition de cadavres humains « Our Body / A corps ouvert » organisée à Paris à partir du 12 février 2009, la société Encore Events a assigné les sociétés Groupe Pont Neuf, Areas, Cameic et Liberty Syndicate, ses assureurs, en garantie ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Encore Events fait grief à l'arrêt de prononcer la nullité du contrat d'assurance conclu le 7 novembre 2008 pour illicéité de sa cause, alors, selon le moyen :

1°/ que les conditions de validité d'une convention s'apprécient au regard du droit applicable le jour de sa formation ; qu'en estimant néanmoins que le contrat d'assurance conclu le 7 novembre 2008 a une cause illicite quand l'illicéité de l'exposition « Our Body / A corps ouvert » et donc celle du contrat d'assurance ne résultent, au regard de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 septembre 2010 (pourvoi n° 09-67.456), que de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 qui a créé l'article 16-1-1 du code civil et qui est postérieure à la date de formation du contrat d'assurance litigieux, la cour d'appel a violé les articles 2 et 1131 du code civil ;

2°/ que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif ; qu'en estimant néanmoins que la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, qui ne comportait aucune disposition transitoire relativement à l'entrée en vigueur du nouvel article 16-1-1 du code civil, pouvait être considérée comme rétroactive, la cour d'appel a violé l'article 2 du code civil ;

Mais attendu que le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1147 du code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société Encore Events, tendant à faire juger que les sociétés Groupe Pont Neuf, Areas, Cameic et Liberty Syndicate avaient manqué à leur devoir de conseil à son égard quant au caractère assurable de l'exposition litigieuse, l'arrêt retient que la société Encore Events est un professionnel de « l'événementiel », laquelle était de surcroît assistée pour la souscription du contrat litigieux, de son propre courtier d'assurances ; qu'il énonce ensuite que la société organisatrice n'ignorait pas les risques de l'exposition projetée dont elle seule pouvait connaître les caractéristiques ; qu'il constate enfin qu'avant la conclusion du contrat, la société Groupe Pont Neuf avait interrogé le courtier de la société Encore Events qui lui avait répondu que, présentée depuis 1995 dans le monde entier, ladite exposition n'avait jamais rencontré de refus d'installation ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne résulte pas de ces constatations et énonciations que les assureurs avaient attiré l'attention de la société Encore Events sur le risque d'annulation de l'exposition litigieuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute la société Encore Events de sa demande de dommages-intérêts pour manquement des assureurs à leur devoir d'information et de conseil, l'arrêt rendu le 5 février 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

*Adde.* : art. 16-1-1 du Code civil

« Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

**Doc. 3 : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2016, Bull. civ. I, n° 268**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... est propriétaire d'un immeuble, qu'elle a donné à bail à son fils pour y développer une activité de location saisonnière et de réception, et dont l'accès s'effectue par un passage indivis desservant également la porte d'accès au fournil du fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie exploité par la société LM Bertin, désormais dénommée Boulangerie Pre (la société) ; que, reprochant à M. et Mme X... d'avoir installé sur leur immeuble un système de vidéo-surveillance et un projecteur dirigés vers ledit passage, la société a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article 809 du code de procédure civile, pour obtenir le retrait de ce dispositif, ainsi qu'une provision à valoir sur l'indemnisation du préjudice résultant de l'atteinte à sa vie privée et de son préjudice moral ;

**Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :**

Vu les articles 9 du code civil et 809 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour ordonner le retrait du matériel de vidéo-surveillance et du projecteur, l'arrêt relève que l'usage de ce dispositif n'est pas strictement limité à la surveillance de l'intérieur de la propriété de M. et Mme X..., que l'appareil de vidéo-surveillance enregistre également les mouvements des personnes se trouvant sur le passage commun, notamment au niveau de l'entrée du personnel de la société, et que le projecteur, braqué dans la direction de la caméra, ajoute à la visibilité ; qu'il retient que l'atteinte ainsi portée au respect de la vie privée de la société constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil, de sorte que la société ne pouvait invoquer l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant d'une telle atteinte, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

**Et sur le deuxième moyen, pris en sa troisième branche :**

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation de l'arrêt sur le premier moyen entraîne la cassation par voie de conséquence du chef de dispositif critiqué par le deuxième moyen, relatif à la condamnation de M. et Mme X... au paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation du préjudice subi par la société ;

**PAR CES MOTIFS**, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

**CASSE ET ANNULE**, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 novembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

**Doc. 4 : Civ. 1<sup>re</sup>, 23 nov. 2022, n° 22-19.200**

1°/ M. [W] [B],

2°/ Mme [X] [B],

domiciliés tous deux [Adresse 2],

ont formé le pourvoi n° Z 22-19.200 contre l'arrêt rendu le 5 mai 2022 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (chambre 1-2), dans le litige les opposant à la société Puchbon, société civile immobilière, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Baraké, conseiller référendaire, les observations de la SCP Duhamel-Rameix-Gury-Maitre, avocat de M. et Mme [B], de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Puchbon, après débats en l'audience publique du 11 octobre 2022 où étaient présents Mme Teiller, président, M. Baraké, conseiller référendaire rapporteur, M. Echappé, conseiller doyen, et Mme Letourneur, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 5 mai 2022), rendu en référé, M. et Mme [B] sont propriétaires d'une parcelle voisine de celle appartenant à la société civile immobilière Puchbon (la SCI).

2. Alors qu'ils avaient engagé sur leur terrain des travaux d'édification d'une villa, la SCI a dénoncé l'apparition de fissures sur son immeuble et s'est opposée au scellement dans son sous-sol, lors de la réalisation d'un ouvrage de soutènement de la nouvelle construction, de plusieurs tirants d'ancrage.

3. La SCI a assigné M. et Mme [B] en retrait de ces éléments empiétant sur sa propriété.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

4. M. et Mme [B] font grief à l'arrêt de les condamner à retirer les tirants implantés sur la propriété de la SCI, alors :

« 1°/ que la démolition d'un ouvrage empiétant sur un fonds contigu doit être écartée lorsque le coût de la démolition est si important, et sans utilité pour le voisin, qu'il en devient disproportionné, l'empiètement se résolvant dans ce cas en dommages et intérêts ; qu'en l'espèce, M. et Mme [B] ont fait construire une villa nécessitant, compte tenu du relief, des tirants d'ancrage empiétant sur le tréfonds de la parcelle voisine appartenant à la SCI, laquelle en a sollicité le retrait ; que le coût du retrait des tirants

d'ancrage a été évalué par l'expert judiciaire à la somme de 5,9 millions d'euros TTC ; que M. et Mme [B] ont fait valoir qu'il serait disproportionné de les condamner à réaliser de tels travaux pour mettre fin à l'empiètement, dans la mesure où leur coût excéderait de loin l'intérêt concret que la SCI pourrait en retirer ; qu'en condamnant toutefois M. et Mme [B] à faire retirer les tirants d'ancrage aux motifs que le contrôle de proportionnalité dont ils sollicitaient la mise en oeuvre « était exclu en cas de dépassement sur le fonds d'autrui », tandis qu'un tel contrôle aurait dû préalablement être exercé, la cour d'appel a violé les articles 544 et 545 du code civil ;

2°/ que le propriétaire d'un fonds commet un abus de son droit de propriété lorsqu'il sollicite le retrait de tirants d'ancrage empiétant sur le tréfonds de son terrain, lorsque le coût d'un tel retrait serait disproportionné à l'intérêt concret qu'il pourrait en retirer, l'empiètement se résolvant dans ce cas en dommages et intérêts ; qu'en l'espèce, la SCI a sollicité que M. et Mme [B] procèdent au retrait des tirants d'ancrage empiétant dans le tréfonds de son terrain, ce qui impliquait que M. et Mme [B] réalisent des travaux dont le coût a été évalué par l'expert judiciaire à 5,9 millions d'euros ; qu'au regard de la disproportion entre le coût de ces travaux et l'intérêt concret que la SCI en retirerait, sa demande de retrait des tirants litigieux devait être qualifiée d'abus de son droit de propriété ; qu'en condamnant toutefois M. et Mme [B] à procéder au retrait des tirants d'ancrage sans procéder préalablement au contrôle de proportionnalité qui lui était demandé, aux motifs « que le propriétaire d'un fonds sur lequel la construction d'un autre propriétaire empiète est fondé à en obtenir la démolition, sans que cette action puisse donner lieu à faute ou à abus, compte tenu du caractère absolu et perpétuel du droit de propriété », la cour d'appel a violé les articles 544 et 545 du code civil. »

#### Réponse de la Cour

5. La cour d'appel a énoncé, à bon droit, que le propriétaire d'un fonds sur lequel la construction d'un autre propriétaire empiète est, compte tenu du caractère absolu et perpétuel du droit de propriété, fondé à en obtenir la démolition, sans que cette action puisse donner lieu à faute ou à abus ni que puisse lui être opposé le caractère disproportionné de la mesure de remise en état.

6. Ayant relevé que, lors des travaux de construction entrepris par M. et Mme [B], dix-sept tirants d'ancrage avaient été injectés dans le tréfonds de la propriété de la SCI, elle en exactement déduit que la cessation du trouble manifestement illicite constitué par cet empiètement imposait le retrait de ceux-ci.

7. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

## **Fiche 8. Les sources des droits**

### **Thèmes de la séance :**

- La distinction acte et fait juridiques
- La classification des actes juridiques
- Le quasi-contrat
- Les obligations de moyen et de résultat
- Se familiariser avec l'utilisation des revues juridiques

### **Documents :**

Doc. 1 : Civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2013, n° 11-27.353 (*voire chargé de travaux dirigés reviendra avec vous en séance sur l'évolution de la jurisprudence relative aux loteries publicitaires*)

Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2012, *Bull. civ. I*, n° 38

Doc. 3 : Civ., 29 févr. 1951

Doc. 4 : Soc., 15 nov. 2023, n° 22-17.733, et obs. F. Gabroy, *Dalloz actu*, nov. 2023

### **Travail de l'étudiant :**

- Réalisez une fiche d'arrêt pour le document 4. Vous rédigerez une courte synthèse pour expliciter l'obligation de sécurité.
- Rédigez une dissertation sur le sujet suivant : *La place de la volonté dans la distinction entre actes et faits juridiques.*

*En séance, votre chargé de travaux dirigés vous expliquera comment utiliser les bases de données auxquelles vous avez accès à distance en tant qu'étudiants de l'Université Paris-Saclay.*

**Doc. 1 : Civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2013, n° 11-27.353**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1371 du code civil ;

Attendu que l'organisateur d'un jeu publicitaire qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence à première lecture l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'ayant reçu de la société Agence de marketing appliqué (la société) différents documents lui annonçant qu'il avait gagné des sommes d'argent, dont il n'avait cependant pu obtenir la délivrance, M. X... a assigné la société en paiement de ces sommes ;

Attendu que pour rejeter ses demandes, l'arrêt, après avoir relevé, par motifs adoptés, que, dans chacune des lettres reçues, M. X... était dénommé comme gagnant d'un chèque bancaire « vérifié » ou « confirmé » et que la société lui proposait de renvoyer un bon de participation afin de bénéficier du gain, énonce qu'il est suffisamment distingué, dans ces documents, entre le prix définitivement gagné et le prix principal et que le règlement du jeu figurant en caractères lisibles pour tout consommateur normalement attentif lève toute ambiguïté en faisant état des opérations de pré-tirage, puis tirage au sort sur la fourchette aléatoire des numéros participants attribués pour le jeu, en présence de l'huissier de justice, afin de désigner le « Grand Gagnant » ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'annonce des gains ne mettait pas clairement en évidence, à première lecture, l'existence d'un aléa, sans que la mauvaise foi du participant fût établie, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute M. X... de toutes ses demandes et le condamne au paiement d'une somme de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 12 octobre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Riom ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Limoges ;

**Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2012, Bull. civ. I, n° 38**

**Sur la seconde branche du premier moyen et la seconde branche du second moyen, réunies :**

Vu les articles 1236 et 1372 du code civil ;

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que faisant valoir que, pour éviter la saisie d'un immeuble appartenant à Mme Y..., il avait réglé les dettes de celles-ci envers le Crédit foncier et le Trésor public, M. X... l'a assignée en remboursement de ces sommes ;

Attendu que pour débouter M. X... de ces demandes, l'arrêt, après avoir exactement énoncé qu'il incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui, sans être subrogé dans les droits du créancier, de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées, retient que M. X..., dont l'intention libérale est exclue, invoque comme cause de son paiement l'objectif de préserver le patrimoine de Mme Y..., qui constituait le gage garantissant ses créances à l'égard de celle-ci mais que la gestion d'affaires sur laquelle celui-ci fonde sa demande doit être écartée dès lors que le seul paiement de la dette d'autrui ne suffit pas à la caractériser ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans tirer les conséquences légales de ses constatations dont il résultait que M. X... avait agi à la fois dans son intérêt et dans celui de la débitrice, et que les paiements litigieux avaient été utiles à celle-ci non seulement en permettant l'extinction de ses dettes mais en outre en évitant la saisie de ses biens immobiliers, ce qui caractérisait une gestion d'affaires, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

**PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs,**

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce que, réformant le jugement du 29 mai 2008 qui avait condamné Mme Y... à payer à M. X... la somme de 57 226,39 euros, il déboute M. X... de la demande en paiement de cette somme, l'arrêt rendu le 9 juin 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier

N° 77.

**RESPONSABILITÉ CIVILE. — Faute. — Abstention. — Éléments du quasi-délit. — Historien. — Omission volontaire. — Devoirs de l'historien.**

*La faute prévue par les articles 1382 et 1383 du Code Civil peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif.*

*L'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective.*

27 février 1951.

Cassation.

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1382 et 1383 du Code Civil ;

Attendu que la faute prévue par les articles 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif; que l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective;

Attendu qu'il résulte des qualités et des motifs de l'arrêt attaqué, que le professeur Turpain, après avoir, en 1931, contesté la valeur et la portée des travaux scientifiques d'Édouard Branly dans des articles publiés par le journal *L'Antenne* et qui provoquèrent les plus vives controverses, écrivit pour l'Almanach Populaire 1939 un nouvel article intitulé : « Historique de la T.S.F. » où, exposant les travaux de Hertz et d'un certain nombre d'autres savants, dont lui-même, ayant joué, selon lui, un rôle dans la réalisation de la T.S.F., il préféra, cette fois, s'abstenir de prononcer le nom du professeur Branly, et de faire la moindre allusion à ses travaux;

Que Branly, actuellement décédé et représenté par ses héritiers, reprocha à Turpain d'avoir, dans l'article susvisé, manqué à son devoir de renseigner exactement les lecteurs et commis à son égard une faute de nature à engager sa responsabilité;

Attendu que l'arrêt infirmatif attaqué, tout en retenant des « éléments de la cause » que « Édouard Branly est reconnu comme étant l'auteur d'expériences déterminantes en la matière par de hautes autorités scientifiques et par Marcel lui-même », a estimé néanmoins que Turpain n'a pas agi de mauvaise foi, en omettant volontairement de citer l'œuvre et le nom de Branly en ce qui concerne les origines de la télégraphie sans fil et qu'il n'a pas davantage agi par malice et avec l'intention de nuire à autrui;

Mais attendu que, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'énonciation que l'attitude de Turpain n'avait pas été dictée par la malice ou le désir de nuire, cette énonciation étant inopérante à l'égard du quasi-délit dont se prévalent les demandeurs et qui ne requiert pas cet élément intentionnel, il n'en reste pas moins que l'arrêt attaqué ne pouvait pas légalement dégager Turpain, en sa qualité d'historien, de l'obligation de réparer le préjudice résultant de l'omission incriminée, au seul motif que telle était « son opinion, peut-être erronée, mais paraissant sincère »;

Attendu, en effet, que le Juge, pour sainement apprécier la responsabilité imputable de ce chef à l'auteur du dommage, ne devait pas se borner à faire état exclusivement de l'opinion de Turpain, alors surtout que l'arrêt attaqué lui-même ajoute qu'il est « possible qu'il ait cédé à cette opinion par ambition dans le désir — que la Cour de Poitiers déclare à tort excusable — de surestimer ses propres expériences »; que la Cour devait rechercher si en écrivant une histoire de la T.S.F. dans laquelle les travaux et le nom d'Édouard Branly étaient volontairement omis, Turpain s'était comporté comme un écrivain ou un historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombent;

Que, pour ne l'avoir pas fait, les juges d'appel ont rendu une décision qui manque de base légale;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu d'examiner le second moyen :

CASSE et ANNULE l'arrêt rendu entre les parties par la Cour

**Doc. 4 : Soc., 15 nov. 2023, n° 22-17.733 et obs. F. Gabroy, Dalloz. Actu, nov. 2023**

M. [D] [H], domicilié [Adresse 1], a formé le pourvoi n° E 22-17.733 contre l'arrêt rendu le 27 octobre 2021 par la cour d'appel de Montpellier (2e chambre sociale), dans le litige l'opposant à l'association Inter aide, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, deux moyens de cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Chiron, conseiller référendaire, les observations de Me Haas, avocat de M. [H], de la SCP Richard, avocat de l'association Inter aide, après débats en l'audience publique du 10 octobre 2023 où étaient présents Mme Capitaine, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Chiron, conseiller référendaire rapporteur, Mme Lacquemant, conseiller, et Mme Jouanneau, greffier de chambre, la chambre sociale de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 27 octobre 2021), M. [H] a été engagé en qualité de responsable de programme éducation en Haïti le 6 août 2012 par l'association Inter aide (l'association).
2. Il a été placé en arrêt maladie à compter du 28 septembre 2012 jusqu'au 24 avril 2013, après avoir contracté une amibiase, et a été rapatrié le 11 octobre 2012.
3. Le salarié a été déclaré apte à son poste le 8 juillet 2013 et a été licencié le 24 juillet suivant pour faute grave. Il a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir le paiement de diverses sommes au titre de la rupture du contrat de travail.

#### Examen des moyens

##### Sur le second moyen

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le premier moyen

Enoncé du moyen

5. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de dommages-intérêts pour manquement de l'association à l'obligation de sécurité, alors :

« 1°/ que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés, doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ; qu'il ne méconnaît pas cette obligation légale s'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail ; que, dans ses conclusions d'appel, le salarié reprochait à son employeur ses mauvaises conditions de travail et d'hébergement et de lui avoir fourni un matériel défectueux de filtration de l'eau, ce qui avait été à l'origine de la maladie tropicale qu'il avait contractée ; que, pour écarter tout manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, la cour d'appel a retenu que le salarié ne rapporte pas la preuve que son employeur lui a fait boire de l'eau de ville mal filtrée, qu'il est notoire que l'eau de ville en Haïti n'est pas potable et qu'il convient de boire de l'eau minérale en bouteille et que le salarié a manqué à cette obligation de prudence élémentaire ; qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir que l'employeur avait pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé du salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 4121-1 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 ;

2°/ que dans ses conclusions d'appel, M. [H] reprochait également à son employeur de s'être abstenu de lui porter aide et assistance après qu'il eut contracté une maladie tropicale en Haïti ; qu'en laissant sans réponse ce moyen déterminant, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 4121-1 du code du travail et 455 du code de procédure civile :

6. Il résulte du premier de ces textes que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés, doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Il ne méconnaît pas cette obligation légale s'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.

7. Selon le second, tout jugement doit être motivé. Le défaut de réponse aux conclusions constitue un défaut de motifs.

8. Pour débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, l'arrêt retient, d'une part, que le salarié reproche à l'employeur de lui avoir fait boire de l'eau de ville mal filtrée sans toutefois en apporter la preuve, et d'autre part, qu'il est notoire que l'eau de ville en Haïti n'est pas potable et qu'il convient de boire de l'eau minérale en bouteille, et que si le salarié a manqué à cette obligation de prudence élémentaire, il ne peut en imputer la faute à son employeur.

9. En statuant ainsi, par des motifs impropres à établir que l'employeur avait pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé du salarié, et sans répondre aux conclusions du salarié qui soutenait que l'association ne lui avait apporté aucune aide ni assistance lorsqu'il avait contracté cette maladie tropicale, faute de matériel conforme, l'avait laissé livré à lui-même malade, et n'avait pas voulu organiser un rapatriement sanitaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

#### Portée et conséquences de la cassation

10. La cassation du chef de dispositif rejetant la demande au titre du manquement à l'obligation de sécurité n'emporte pas celle des chefs de dispositif de l'arrêt condamnant l'employeur aux dépens ainsi qu'au paiement d'une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile, justifiés par d'autres condamnations prononcées à l'encontre de celui-ci, non remises en cause.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande au titre du manquement à l'obligation de sécurité, l'arrêt rendu le 27 octobre 2021, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ;

## Obs. F. Gabrov

La santé/sécurité au travail fait l'objet d'une réglementation précise dans le Livre IV du code du travail, sans oublier les dispositions éparées que l'on peut retrouver ici et là (dans le code du travail, dans le code de la sécurité sociale, dans le code de la santé publique, ...). Le Livre IV débute par les principes généraux. L'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment par des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que par la mise en place d'une organisation et de < moyens > adaptés (C. trav., art. L. 4121-1). Ces mesures doivent être prises sur le fondement de neuf principes généraux de prévention, tels que « combattre les risques à la source » ou « remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux » (C. trav., art. L. 4121-2). Par suite, la jurisprudence a reconnu une < obligation > générale de sécurité à charge de l'employeur, dont la nature a évolué au fil des années (Y. Saint-Jours, De l'< obligation > contractuelle de sécurité de < résultat > par l'employeur, D. 2007. 3024 ; G. Pignarre et L.-F. Pignarre, La prévention : pierre angulaire et/ou maillon faible de l'< obligation > de santé et de sécurité au travail de l'employeur, RDT 2016. 151 ; C. Blanvillain, L'< obligation > de sécurité de < résultat > est morte ! Vive l'< obligation > de sécurité !, RDT 2019. 173 ).

Au cours des deux derniers siècles, les préoccupations d'hygiène, pour enrayer la propagation des maladies, se sont faites moindres et ont laissé davantage de place aux problématiques de santé mentale (L. Lerouge, La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2005).

Pour autant, l'actualité nous a montré et nous montre encore que les questions de santé physique ne se sont pas tariées, voire qu'elles sont parfois remises sur le devant de la scène. On ne saurait ainsi oublier la crise sanitaire de la covid-19 (H. Nassom-Tissandier, covid-19 et < obligation > de sécurité de l'employeur, JSL 2020, n° 499-1 ; L. Gamet, Exposition des salariés au covid-19 : la leçon de l'ordonnance Amazon, JCP S 2020. 2005).

C'est également dans certains territoires que les salariés – en mission, détachés ou encore expatriés – sont exposés à des problèmes sanitaires constants.

En l'espèce, un salarié est engagé par une association en qualité de responsable de programme éducation à Haïti. Quelques semaines après son arrivée, il contracte une maladie tropicale, l'amibiase, « due à un parasite microscopique, Entamoeba histolytica, qui s'installe dans l'intestin et provoque des diarrhées » (Dictionnaire Vidal). La cause de l'infection du salarié résultait manifestement d'un mauvais filtrage de l'eau de ville, qu'il imputait à un matériel défectueux fourni par son employeur. Le salarié est placé en arrêt maladie de septembre 2012 à avril 2013 et rapatrié le 11 octobre 2012. Il est finalement déclaré apte à son poste le 8 juillet 2013 mais est licencié le 24 juillet suivant pour faute grave.

Il saisit le conseil de prud'hommes, reprochant notamment à son employeur un manquement à son < obligation > de sécurité. La Cour d'appel de Montpellier, par un arrêt du 27 octobre 2021, déboute le salarié de sa demande de dommages-intérêts. Pour rejeter un manquement à l'< obligation > de sécurité de l'association, les juges du fond relèvent principalement deux choses. D'un côté, le salarié n'a pas apporté la preuve que l'employeur lui aurait fait boire de l'eau de ville mal filtrée. De l'autre, par son comportement – boire de l'eau de ville alors qu'il est notoire en Haïti qu'elle n'est pas potable – le salarié a manqué à son < obligation > de prudence élémentaire. Un pourvoi est formé par le salarié, reprochant à l'association de ne pas avoir pris toutes les mesures pour assurer sa sécurité et protéger sa santé, tant en amont (pour le filtrage de l'eau de ville) qu'en aval (pour le rapatriement sanitaire en métropole), pourvoi auquel fait droit la Cour de cassation.

Au visa des articles L. 4121-1 du code du travail et 455 du code de procédure civile, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que l'< obligation > de sécurité impose à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs et que le juge doit répondre à toutes les conclusions des parties. Par suite, elle retient que les motifs de la cour d'appel ne sont pas propres à établir que l'employeur avait pris toutes les mesures nécessaires. En outre, les juges du fond auraient dû examiner les faits avancés par le salarié, à savoir l'absence de fourniture d'un matériel conforme, l'absence d'aide et d'assistance de l'association après avoir contracté la maladie et le refus d'organiser le rapatriement du salarié.

La décision permet de revenir sur quelques principes élémentaires relatifs à la portée de l'< obligation > de sécurité de l'employeur.

L'absence d'exonération de l'employeur par la faute d'imprudence du salarié

Le salarié imputait un manquement à l'< obligation > de sécurité de l'employeur ; l'employeur imputait un manquement à l'< obligation > de prudence du salarié. Voilà deux < obligations > face à face.

L'< obligation > de sécurité de l'employeur

L'< obligation > de sécurité, révélée par la jurisprudence (Soc. 28 févr. 2002, arrêts amiante, nos 99-17.201 (arrêt n° 1), 99-18.389 (arrêt n° 2), 00 11.793 (arrêt n° 3), 99-21.255 (arrêt n° 4), 00-10.051 (arrêt n° 5), 00-13.172 (arrêt n° 6) et 99 17.221 (arrêt n° 7) P ; D. 2002. 2696 , note X. Prétot ; Dr. soc. 2002. 445, point de vue A. Lyon-Caen ; ibid. 828, étude M. Babin et N. Pichon ; RDSS 2002. 357, obs. P. Pédrot et G. Nicolas ; RTD civ. 2002. 310, obs. P. Jourdain ), à l'origine < obligation > contractuelle et de < résultat >, a par la suite pris une nature légale (Cass., ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442 P, D. 2019. 922, et les obs. , note P. Jourdain ; ibid.

2058, obs. M. Bacache, A. Guégan et S. Porchy-Simon ; ibid. 2020. 40, obs. P. Brun, O. Gout et C. Quézel-Ambrunaz ; JA 2019, n° 598, p. 11, obs. D. Castel ; ibid. 2021, n° 639, p. 40, étude P. Fadeuilhe ; AJ contrat 2019. 307, obs. C.-É. Bucher ; Dr. soc. 2019. 456, étude D. Asquinazi-Bailleux ; RDT 2019. 340, obs. G. Pignarre ; RDSS 2019. 539, note C. Willmann ) et de < moyens > renforcée ou de < résultat > atténuée (Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444 P, D. 2015. 2507 ; ibid. 2016. 144, chron. P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; ibid. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2016. 457, étude P.-H. Antonmattei ; 1er juin 2016, n° 14-19.702 P, D. 2016. 1681 , note J. Icard et Y. Pagnerre ; RDT 2016. 709, obs. B. Géniaut ; RTD civ. 2016. 869, obs. P. Jourdain ).

À défaut de reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, elle revêt une importance capitale. En cette hypothèse, le salarié ayant subi un ou plusieurs préjudices peut demander des dommages-intérêts à son employeur sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, la faute de l'employeur résidant dans le manquement à son < obligation > de sécurité.

L'< obligation > de sécurité du salarié

Le code du travail met à la charge du salarié une < obligation > de sécurité, qui n'est toutefois « pas le symétrique de celle de l'employeur » (Rép. trav., v° Contrat de travail : exécution, par G. Pignarre, § 96 ; v. égal., C. André, L'< obligation > salariale de sécurité est-elle une < obligation > de sécurité ?, JCP S 2008. 1094 ; F. Favennec-Héry, L'< obligation > de sécurité du salarié, Dr. soc. 2007. 687 ). L'article L. 4122-1 impose ainsi à chaque travailleur de prendre soin de sa propre santé et sécurité ainsi que de celles de ses collègues. Indéniablement < obligation > de < moyens >, le manquement à l'< obligation > de sécurité du salarié est apprécié en fonction des instructions qui lui sont données par l'employeur, de sa formation et de ses possibilités (C. trav., art. L. 4122-1 ; conf. Dir. 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, art. 13, § 1). Aussi, les arrêts de la Cour de cassation qui y sont relatifs « mentionnent assez fréquemment la capacité du salarié à mesurer, au regard de sa formation et de son expérience, les dangers associés à son comportement » (E. Peskine et C. Wolmark, Droit du travail, 15e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2022, § 525).

C'était ainsi sûrement eu égard à cette appréciation classique de l'< obligation > de sécurité du travailleur que les juges du fond avaient relevé que le salarié avait manqué à « une < obligation > de prudence élémentaire », puisqu'il « est notoire que l'eau en ville en Haïti n'est pas potable » et « qu'il convient de boire de l'eau minérale en bouteille ». Autrement dit, la personne raisonnable n'aurait jamais consommé de l'eau de ville. Mais cela était faire fi de la jurisprudence constante de la Cour de cassation quant à l'articulation entre les < obligations > de sécurité de l'employeur et du salarié.

## L'articulation entre les deux < obligations >

La Cour de cassation juge en effet que « les < obligations > des travailleurs dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail n'affectent pas le principe de responsabilité de l'employeur » (Soc. 10 févr. 2016, n° 14-24.350 P, D. 2016. 432 ; ibid. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2016. 425, obs. M. Véricel ; JCP S 2016. 1128, note D. Asquinazi-Bailleux ; SSL n° 1717, note H. Nassom-Tissandier). Dans cette affaire, une salariée, consultante à Marseille, avait accepté de consacrer 50 % de son temps de travail à un poste situé au Bourget, en contrepartie d'une augmentation de rémunération. La multitude des trajets et le rythme de travail soutenu avaient fini par affecter sa santé physique et mentale, sur lesquels elle avait plusieurs fois alerté son employeur. Pour limiter le montant des dommages-intérêts sur le fondement du manquement à l'« obligation » de sécurité de l'employeur, la cour d'appel avait retenu qu'en acceptant le risque, la salariée avait concouru à son dommage. Motivation censurée par la Cour de cassation, qui ne fait finalement qu'une application littérale de l'article L. 4122-1, alinéa 3, du code du travail (« Les dispositions du premier alinéa sont sans incidence sur le principe de la responsabilité de l'employeur »).

Toutefois, les faits de l'arrêt du 10 février 2016 étaient particuliers, puisqu'il s'agissait de l'hypothèse de l'acceptation des risques par la victime. Et, une telle cause exonératoire, déjà peu admise en droit commun de la responsabilité civile, serait franchement incompatible avec le lien de subordination. Le rejet du rôle exonératoire de la faute du salarié victime a par la suite été confirmé par la Cour de cassation, en matière de harcèlement moral, dans un arrêt qui n'a néanmoins pas eu les honneurs du Bulletin (Soc. 13 juin 2019, n° 18-11.115). Les < obligations > du salarié n'affectant pas le principe de responsabilité de l'employeur, les juges du fond ne peuvent pas retenir que la salariée avait, par son comportement, participé à la dégradation de ses conditions de travail pour limiter le montant des dommages-intérêts.

L'arrêt du 15 novembre 2023 permet de confirmer une nouvelle fois cette jurisprudence constante. Si la faute du salarié ne permet pas de minorer son indemnisation, elle ne peut a fortiori exclure son indemnisation. Dès lors, lorsque le juge est saisi d'un manquement à l'« obligation » de sécurité de l'employeur, il ne peut, pour y répondre, se référer au comportement du salarié.

## L'« obligation » de l'employeur de prendre les mesures de prévention nécessaires

Il est acquis que l'employeur ne commet pas un tel manquement s'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. L'accent est résolument mis sur la prévention (C. Blanvillain, préc. ; G. Vachet, L'« obligation » de sécurité de < résultat >, une notion séduisante, mais inappropriée, JCP S 2016. 1136). L'arrêt commenté nous rappelle que l'étendue – tant spatiale que temporelle – des mesures de prévention nécessaires peut être appréciée largement.

## L'étendue spatiale de la prévention

L'< obligation > de sécurité de l'employeur ne se déploie pas seulement au lieu et au temps de travail stricto sensu. Mais peut-elle jusqu'à inclure le cadre de vie du travailleur, lequel relève normalement de sa vie privée ?

Une réponse affirmative peut être apportée, pour certains cas particuliers, dans lesquels le pouvoir de l'employeur s'étend au cadre de vie du salarié. Le code du travail prévoit ainsi l'hypothèse de l'hébergement fourni par l'employeur (C. trav., art. R. 4228-26 à R. 4228-37). La jurisprudence a également eu l'occasion d'étendre le champ d'application de l'< obligation > de sécurité de l'employeur à propos des salariés en mission (Civ. 2e, 7 mai 2009, n° 08-12.998). En l'espèce, une salariée avait été hospitalisée d'urgence pour crise de paludisme aiguë après deux courtes missions au Caire et en Côte d'Ivoire. Pour la chambre sociale, les juges du fond devaient rechercher si « l'employeur, qui avait nécessairement conscience du danger auquel la salariée était exposée, avait pris les mesures de prévention et d'information nécessaires pour la protéger ».

Il en est de même à propos d'une salariée expatriée à Abidjan, et agressée alors qu'elle attendait dans la voiture son conjoint qui retirait de l'argent dans une agence bancaire, en dehors du temps de travail. La chambre sociale a approuvé la cour d'appel d'avoir relevé, pour retenir le manquement de l'employeur à son < obligation > de sécurité « que la salariée, qui se trouvait du fait de son contrat de travail dans un lieu particulièrement exposé au risque, avait, à plusieurs reprises, alerté son employeur sur l'accroissement des dangers encourus par les ressortissants français à Abidjan, lui demandant expressément d'organiser son rapatriement et un retour sécurisé en France, [...] que l'employeur n'avait apporté aucune réponse aux craintes exprimées par la salariée, qu'il s'était contenté de faire état du lieu contractuel sans prendre en compte le danger encouru par elle et n'avait pris aucune mesure de protection pour prévenir un dommage prévisible » (Soc. 7 déc. 2011, n° 10-22.875 P,D. 2012. 103, obs. J. Siro ; ibid. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2012. 208, obs. P. Chaumette ; à propos des travailleurs expatriés, v. not., M.-C. Escande-Varniol, Mobilité internationale des travailleurs, entre pouvoir et responsabilité de l'employeur, RDT 2015. 47 ).

Pour revenir à notre espèce, la chambre sociale semble admettre que l'< obligation > de sécurité de l'employeur puisse s'étendre à l'eau que consomme le salarié expatrié dans son logement, hors temps et lieu de travail. Notons d'ailleurs que l'arrêt ne précise pas si le logement était fourni par l'employeur ou non. Pour les travailleurs en mission, détachés, expatriés, le lieu de vie résulte de l'exécution du contrat de travail, justifiant que l'< obligation > de sécurité y déploie ses effets.

## L'étendue temporelle de la prévention

La prévention doit être celle de tous les instants. Autrement dit, « la prévention doit tout autant être mise en œuvre en amont de la survenance de l'atteinte (prévention dite primaire) qu'au moment de l'atteinte elle-même, dans la prise en charge de la personne dont la santé est affectée (prévention dite secondaire) et ce afin de réduire les effets délétères (prévention dite tertiaire) » (E. Peskine et C. Wolmark, op. cit., § 518).

L'espèce nous offre une belle illustration de ce triptyque préventif. Quant à la prévention dite primaire, le pourvoi, repris par la Cour de cassation, reprochait à l'association de ne pas avoir fourni un matériel non défectueux pour assurer le filtrage de l'eau de ville, laquelle est notoirement polluée à Haïti. Quant à la prévention dite secondaire, le salarié reprochait à l'association de ne lui avoir apporté « aucune aide ni assistance lorsqu'il avait contracté cette maladie tropicale » et de l'avoir « laissé à lui-même », prise en charge qui semble d'autant plus requise au regard des circonstances. Il était en effet question d'un salarié, expatrié à Haïti, depuis à peine deux mois, qui pouvait avoir une faible connaissance de l'île pour l'accès aux soins et pouvait être isolé familialement et amicalement. Enfin, quant à la prévention dite tertiaire, il est relevé « le refus d'organiser le rapatriement sanitaire du salarié », face à une maladie grave, qui a duré plusieurs mois. L'objet de la prévention tertiaire est de réduire les effets délétères de l'atteinte. On imagine aisément les conséquences en termes de santé mentale d'un isolement prolongé. Le salarié malade perd de facto tout contact avec ses collègues, avec son environnement de travail. À défaut de cadre familial, l'isolement devient rapidement total. En définitive, le manquement à l'obligation de sécurité fait peu de doute, au regard du refus de prise en charge par l'association.

## L'étendue matérielle de la prévention

Des questions surgissent néanmoins, quant à l'étendue matérielle de la prévention. Qu'en serait-il si l'employeur avait seulement fourni un matériel défectueux de filtrage de l'eau de ville ? Est-ce que cela suffirait à démontrer que l'employeur n'a pas pris toutes les mesures pour protéger la santé du travailleur ? Les enjeux sont prégnants à l'heure de la crise écologique. Autre question, à la frontière entre la protection de la santé et la protection de l'environnement, l'employeur aurait-il pu imposer au salarié de boire de l'eau en bouteille ? Et le salarié aurait-il pu invoquer un droit à bénéficier d'un dispositif de filtrage au nom de considérations écologiques ? La portée de l'obligation de sécurité n'a décidément pas fini d'interroger.



## **Fiche 9. La preuve des droits**

### **Thèmes de la séance :**

- Les différents modes de preuve
- La charge de la preuve
- La preuve des actes et des faits juridiques

### **Documents :**

Doc. 1 : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 292

Doc. 2 : Civ 1<sup>re</sup>, 26 oct. 2011, n° 10-27.872

Doc. 3 : Civ. 3<sup>e</sup>, 14 janv. 2014, n° 12-28.777

Doc. 4 : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 1994, n° 13-25.080

Doc. 5 : Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2009, *Bull. civ. I*, n° 880

Doc. 6 : E. Vergès, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G* 2016, 486.

Doc. 7 : N. Hoffschir, « Périclisse le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve », *Dalloz actu.*, janv. 2024

### **Travail de l'étudiant :**

- A partir du document 7 et après avoir attentivement lu les deux arrêts commentés (Cass., ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648 et n° 21-11.330, non reproduits), vous rédigerez une dissertation sur le sujet suivant : *Droit de la preuve et mise en balance des intérêts*

**Doc. 1 : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2009, Bull. civ. I, n° 292**

Sur le moyen unique :

Vu les articles 259 et 259-1 du code civil ;

Attendu qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens ; que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ;

Attendu qu'un jugement du 12 janvier 2006 a prononcé à leurs torts partagés le divorce des époux Y... - X..., mariés en 1995 ; que, devant la cour d'appel, Mme X... a produit, pour démontrer le grief d'adultère reproché à M. Y..., des minimessages, dits "SMS", reçus sur le téléphone portable professionnel de son conjoint, dont la teneur était rapportée dans un procès-verbal dressé à sa demande par un huissier de justice ;

Attendu que, pour débouter Mme X... de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, la cour d'appel énonce que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 mars 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

**Doc. 2 : Civ. 1<sup>re</sup>, 26 oct. 2011, n° 10-27.872**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu que, par jugement du 13 novembre 2008, un juge aux affaires familiales a prononcé le divorce de M. X... et de Mme Y... aux torts exclusifs de l'épouse et a rejeté la demande de prestation compensatoire présentée par celle-ci ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, ci-après annexé :

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt d'avoir prononcé le divorce aux torts partagés des époux et d'avoir rejeté sa demande en divorce aux torts exclusifs de M. X... ;

Attendu qu'ayant retenu que les courriels versés aux débats par M. X... se trouvaient sur l'ordinateur personnel de celui-ci et qu'aucune protection n'était mise en place pour minimiser leur accès, la cour d'appel, qui a repris ces éléments contenus dans les conclusions mêmes de Mme Y..., en a souverainement déduit qu'ils n'avaient pas été obtenus par fraude ; que le grief ne peut être accueilli ;

Sur le premier moyen, pris en ses autres branches, ci-après annexé :

Attendu que ces griefs ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour rejeter la demande de prestation compensatoire présentée par Mme Y... l'arrêt adopte les motifs du premier juge qui avait relevé qu'au cours de l'année 2006 Mme Y... avait perçu un traitement mensuel moyen imposable de 1 202, 03 euros et que ses revenus globaux avaient été sur la même période de 1 615, 83 euros ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de Mme Y... qui faisait valoir, et justifiait, que depuis le mois de mai 2009 elle ne percevait plus qu'un demi salaire s'élevant à 544 euros par mois, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en sa disposition concernant la prestation compensatoire, l'arrêt rendu le 17 décembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Condamne M. X... aux dépens ;

**Doc. 3 : Civ. 3<sup>e</sup>, 14 janv. 2014, n° 12-28.777**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 23 mai 2012), que, soutenant qu'en 1999, alors qu'il exerçait une activité d'entrepreneur de gros-oeuvre, sous l'enseigne Renovest, il avait exécuté des travaux pour son père M. Selim X... et que ses factures n'avaient pas été payées, M. Farouk X... l'a assigné en paiement de la somme de 110 246,08 euros ;

Sur le second moyen :

Vu l'article 1348 du code civil ;

Attendu que pour débouter M. Farouk X... de sa demande, l'arrêt retient qu'en se bornant à considérer que du fait qu'à l'époque supposée du contrat les relations familiales n'étaient pas conflictuelles et que la relation de confiance qui existait entre le père et le fils faisait obstacle à la rédaction d'un écrit, le premier Juge a insuffisamment caractérisé l'impossibilité matérielle ou morale visée par le texte, qu'à cet égard l'appelant ne soumet aucun élément nouveau, faisant seulement sienne pour l'approuver la motivation du jugement et qu'il s'évince du tout que la preuve du contrat ne peut être rapportée par tous moyens, de sorte que la discussion autour des pièces produites devant la Cour qui ne constituent pas des écrits au sens des articles 1341 et 1347, s'avère sans emport ;

Qu'en statuant ainsi, sans expliciter en quoi les relations familiales entre le fils et le père n'auraient pas constitué une impossibilité morale d'exiger un écrit, la cour d'appel, qui s'est prononcée par voie de simple affirmation, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 mai 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz ;

Condamne M. Selim X... aux dépens ;

**Doc. 4 : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 1994, n° 13-25.080**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1341 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant en référé, que la société Campinoise et Ferrand (la société) a assigné M. et Mme X... en paiement d'une provision en règlement d'une facture du 7 mars 2011 relative au remplacement d'une chaudière dans leur maison ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, l'arrêt énonce que la société ne produit aucun devis ni commande, mais qu'une relation contractuelle peut être nouée verbalement, notamment lorsque les parties « ont de bonnes relations », que la facture litigieuse, qui a pour objet le « remplacement de chaudière + préparateur ECS », décrit de manière précise un ensemble de matériels et prestations pour le montant réclamé, que les attestations produites par la société pour apporter la preuve de la réalisation de la prestation en cause, de l'existence de bonnes relations entre les parties et de l'usage, entre personnes d'origine portugaise, de travailler « sur la parole donnée », ne sont pas arguées de faux, et que, les époux X... ne produisant aucune pièce, leur contestation ne paraît pas sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'établissement d'un contrat relatif à des obligations d'une valeur supérieure à 1 500 euros est soumis au régime de la preuve littérale, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 septembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la société Campinoise et Ferrand aux dépens ;

**Doc. 5 : Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2009, Bull. civ. I, n° 880**

Vu l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 1315 du même code ;

Attendu que Mme X..., épouse Y..., atteinte d'un adénocarcinome à cellulaires claires du col utérin qu'elle imputait à la prise, par sa propre mère, durant sa grossesse, de l'hormone de synthèse dénommée diéthylstilbestrol (DES), a assigné la société UCB pharma et la société Novartis santé familiale, toutes deux fabricantes de la même molécule distribuée sous deux appellations différentes ;

Attendu que pour débouter les consorts X... Y... de leur demande en réparation de leurs préjudices dirigée contre les deux laboratoires, l'arrêt retient que le fait que ceux ci aient tous deux mis sur le marché la molécule à l'origine du dommage, fait non contesté, ne peut fonder une action collective, ce fait n'étant pas en relation directe avec le dommage subi par Mme Y..., et qu'aucun élément de preuve n'établissait l'administration à celle ci du distilbène(R) fabriqué par la société UCB pharma ni du Stilboestrol Borne fabriqué par la société Novartis santé familiale ;

Qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que le DES avait bien été la cause directe de la pathologie tumorale, partant que Mme Y... avait été exposée in utero à la molécule litigieuse, de sorte qu'il appartenait alors à chacun des laboratoires de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 avril 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

## **Doc. 6 : E. Vergès, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », JCP G**

**2016, 486**

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réécrit de façon pédagogique le droit de la preuve sans créer d'innovation majeure. - Les conséquences pratiques des nouvelles dispositions peuvent être anticipées à la lumière de la jurisprudence actuelle qui, pour l'essentiel, n'est pas remise en cause

Au milieu des grands débats suscités par la réforme du droit des obligations, la question de la preuve est passée inaperçue. Les colloques organisés partout en France n'ont suscité aucune réflexion sur le chapitre III du projet d'ordonnance soumis à la consultation publique en mars 2015. Un seul dossier doctrinal s'est proposé, à travers cinq contributions, d'analyser les principaux thèmes du futur Titre IV *bis* du Code civil consacré à « la preuve des obligations » (*Dossier, Réforme du droit de la preuve : Dr. et Patrimoine sept. 2015, p. 36*). Il faut reconnaître que l'objectif poursuivi par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 sur les questions de preuve est très limité. Le rapport au président de la République (ci-après le rapport) parle de « clarifier et simplifier » les règles applicables à la preuve des obligations. En doctrine, l'ambition de la réforme a été qualifiée de « modeste » par certains (*Ch. Gijsbers, La preuve par écrit : une ambition modeste servie par des textes perfectibles : Dr. et patrimoine sept. 2015, p. 55*) et de « cosmétique » par d'autres (*X. Vuitton, Réforme cosmétique des preuves imparfaites : Dr. et patrimoine sept. 2015, p. 61*). En effet, l'ordonnance procède à un toilettage des dispositions du Code civil, sans tenir compte de l'évolution jurisprudentielle qui a profondément transformé la matière durant plus de deux siècles (*É. Vergès, La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer : D. 2014, p. 617*). Elle se contente de mettre en conformité les articles du code avec les manuels de droit civil qui traitent de la preuve et de donner à la matière une forme plus pédagogique et accessible. **Sans tenir compte du rayonnement des règles de preuve sur l'ensemble du droit privé, l'ordonnance maintient le droit de la preuve dans le bloc du droit des obligations** (V. sur ce point, M. Mekki, *Charge de la preuve et présomptions légales – L'art de clarifier sans innover : Dr. et patrimoine sept. 2015, p. 36*). Désormais, ce bloc est composé de trois sous-ensembles : sources, régime et preuve des obligations. Si la forme n'est pas innovante, le fond, quant à lui, est lacunaire. Se dissimulant derrière une distinction entre le substantiel et le processuel (*C. civ., art. 1357 créé*) - très éloignée de la consistance du droit de la preuve - la réforme passe à côté de questions aussi essentielles que celles de l'objet de la preuve (la preuve du fait ou du droit, de la loi étrangère, des conventions collectives, des usages, du fait constant, du fait pertinent, du fait impossible, etc.), de l'appréciation des preuves (l'intime conviction, le degré de certitude que doit atteindre le juge, le rôle joué par la vraisemblance, etc.), de l'arbitrage du conflit entre le droit à la preuve et le droit de s'opposer à une preuve et de bien d'autres sujets encore qui occupent le quotidien des juridictions du fond (sur ces questions et les propositions de modification, V. M. Mekki, *préc. et notre art. préc.*).

La réforme issue de l'ordonnance se limite donc à une mise à jour terminologique des articles du Code civil de 1804 et à une mise en conformité de ces textes avec l'évolution de leur interprétation par la Cour de cassation. En caricaturant à peine, on pourrait affirmer que la réforme préserve l'esprit de Pothier à l'ère du numérique, de sorte que le serment décisoire continue de trôner à côté de la copie électronique.

Pour saisir la philosophie de cette réforme, nous proposons ici une étude analytique qui suit le plan du code adopté par l'ordonnance : les dispositions générales (1), l'admissibilité de la preuve (2), les modes de preuve (3).

### **1. Dispositions générales**

Ces dispositions figurent dans le premier chapitre, que le rapport qualifie de « théorie générale du droit de la preuve », expression pour le moins exagérée (V. *É. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, Droit de la preuve :*

*Puf, 2015, spéc. 2e partie, Théorie générale de la preuve*). Y sont traités trois thèmes : la charge de la preuve, les présomptions légales et les conventions sur la preuve.

**Charge de la preuve.** - La charge de la preuve ne subit aucune modification majeure. Le célèbre article 1315 du Code civil est transposé dans un article 1353 et le fond est conservé à l'identique. En revanche, la nouveauté provient du nouvel article 1112-1, qui consacre la jurisprudence sur la preuve de l'obligation d'information (*Cass. Ire civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 : JurisData n° 1997-000781 ; JCP G 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. Viney*). Selon cette disposition, la partie à une négociation contractuelle qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer. Il incombe alors à « *celui qui prétend qu'une information lui est due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ». Cette preuve concerne particulièrement l'obligation d'information des professionnels et elle présente une utilité particulière dans les actions en responsabilité. Ce régime probatoire a été étendu de façon plus discutable à la réticence dolosive (*Cass. Ire civ., 15 mai 2002, n° 99-21.521 : JurisData n° 2002-014337 ; JCP G 2002, I, 184, n° 1, obs. F. Labarthe ; Droit de la preuve, op. cit., n° 219*) et la réforme ne remet pas en cause cette évolution audacieuse, qui conduit à renverser la charge de la preuve du dol. En pratique, ce régime bénéficie essentiellement aux consommateurs (ou aux patients en matière médicale). Un professionnel soumis à une obligation d'information, d'origine légale ou jurisprudentielle, doit prendre soin de préconstituer la preuve de l'exécution de cette obligation. À défaut, il s'expose à ce que le client réclame le versement de dommages et intérêts, voire intente une action en annulation du contrat sur le fondement de la réticence dolosive. Le professionnel devra alors prouver qu'il a délivré l'information ; preuve qui sera souvent impossible à rapporter *a posteriori*.

**Les présomptions.** - Les articles sur les présomptions sont totalement remaniés. Les articles 1350 et suivants, qui suscitaient l'incompréhension, laissent place à une distinction entre « *présomptions légales* » et « *présomptions judiciaires* » séduisante de prime abord, mais peu réfléchie. Les présomptions « *légales* » sont celles « *que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains* » (*C. civ., art. 1354 créé*). En réalité, cette nouvelle formule vise la catégorie plus générale des « *présomptions de droit* », qui peuvent trouver leur source dans la loi ou la jurisprudence. Elles doivent être qualifiées « *de droit* », car la Cour de cassation en contrôle l'application. Elles se distinguent des présomptions « *de fait* » que l'ordonnance range parmi les modes de preuve et qu'elle qualifie de « *présomptions judiciaires* » (*C. civ., art. 1382 créé*). Cette qualification est, à nouveau, peu signifiante. En effet, ces présomptions, « *laissées à l'appréciation du juge* », ne constituent pas un mode de preuve, mais un mécanisme juridique qui permet au juge d'admettre l'existence d'un fait en présence d'une incertitude. Pour cela, il doit se fonder sur des indices « *graves, précis et concordants* ». En d'autres termes, ce mécanisme dispense le juge de l'obligation d'atteindre une conviction certaine. Ce dernier peut se contenter d'une approximation ou d'une vraisemblance. La présomption de fait se rattache ainsi à l'appréciation de la preuve par le juge et non aux modes de preuve.

Deux nouveautés sont ajoutées à la théorie des présomptions (*C. civ., art. 1354, al. 2*). D'une part, la définition des présomptions disparaît (le passage d'un fait connu vers un fait inconnu). D'autre part, la classification tripartite des présomptions est consacrée. Une présomption est dite « *simple* » lorsque la loi réserve la preuve contraire. Elle peut alors être renversée par tout moyen. Elle est dite « *mixte* », lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée. Elle est dite « *irréfragable* » lorsqu'elle ne peut être combattue. Cette typologie présente l'intérêt de préciser le régime de chaque présomption et de mettre fin au débat sur les présomptions irréfragables, dont l'article 1352 actuel prévoit qu'elles cèdent devant l'aveu et le serment. Cette exception est révolue. Toutefois, rien n'est dit sur la nature de la présomption dans le silence du texte ou de la jurisprudence qui la crée. Ne devrait-on pas considérer qu'une présomption est simple à défaut de précision contraire ?

**Contrats sur la preuve.** - Les contrats sur la preuve ont été accueillis comme l'une des innovations de la réforme (*A. Aynès, Conventions sur la preuve : validité limitée : Dr. et patrimoine sept. 2015, p. 45*). Le nouvel article 1356 dispose que « *les contrats sur la preuve sont valables* ». La nouveauté est toute

relative, puisque cette validité est admise en jurisprudence depuis le XIX<sup>e</sup> siècle (*Droit de la preuve, op. cit. n° 22 et s*) et que la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 a consacré ce type de convention dans le Code civil (*C. civ., art. 1316-2 actuel*). Compte tenu de la généralité des termes de l'article 1356, le domaine des contrats sur la preuve est potentiellement très vaste. Les parties pourront modifier la charge ou l'objet de la preuve ; elles pourront étendre ou restreindre les modes de preuve admissibles ou déterminer à l'avance leur force probante. Par exemple, les parties pourront présumer la solidarité de dettes civiles, par dérogation à l'article 1310 créé. La jurisprudence devrait également maintenir la validité des clauses dites de « valeur agréée » qui emportent inversion de la charge de la preuve de la valeur de la chose assurée (*Cass. Ire civ., 24 févr. 2004, n° 02-14.005 : JurisData n° 2004-022456*).

Toutefois, après avoir évoqué le champ des possibles, l'article 1356 pose surtout des limites. D'une part, la validité de ces contrats est limitée aux droits dont les parties ont la libre disposition (déjà depuis *Cass. Ire civ., 8 nov. 1989, n° 86-16.197, Crédicas : Bull. civ. 1989, I, n° 342 ; JCP G 1990, II, 21576, note G. Virassamy*). D'autre part, ces contrats ne peuvent ni établir une présomption irréfragable au profit d'une partie ni contredire les présomptions irréfragables d'origine légale. De façon plus anecdotique, ils ne peuvent modifier la force probante attachée à l'aveu et au serment.

La question qui se pose est de savoir si cette nouvelle disposition va conduire à une libéralisation du régime des contrats sur la preuve et inciter les parties à contracter dans ce domaine si particulier. Nous nous devons alors d'avertir ceux qui souhaitent s'aventurer sur ce terrain que, derrière le libéralisme apparent du code, se dissimule une conception extensive et malléable de l'ordre public probatoire par la Cour de cassation. Loin de se limiter aux domaines de prédilection de l'ordre public (le droit du travail, le droit de la consommation), la Cour de cassation a jugé sur le fondement de l'article 6, § 1, de la Convention EDH que « la preuve du sinistre, qui est libre, ne peut être limitée par le contrat » (*Cass. 2e civ., 10 mars 2004, n° 03-10.154 : JurisData n° 2004-022732*). La liberté de la preuve - ainsi considérée comme un droit fondamental - intègre l'ordre public et limite la validité des contrats sur la preuve au domaine des actes juridiques (en ce sens, V. L. Grynbaum in *RDI 2004, p. 337*).

De façon paradoxale, le contractant qui souhaite se lier sur la preuve peut en être dissuadé par la Cour de cassation, mais celui qui préfère se dissimuler derrière la protection des dispositions du Code civil devra se méfier des conventions auxquelles il consent implicitement. En effet, il est admis de longue date que celui qui participe sans réserve à une mesure d'expertise ou d'enquête en matière civile, renonce implicitement au bénéfice du régime d'admissibilité restreinte de la preuve par écrit (V. not. *Cass. Ire civ., 29 juin 1960, n° 59-10.079 : Bull. civ. 1960, I, n° 355*). L'actuel article 1341 (*C. civ., art. 1359 créé*) n'est donc pas d'ordre public et les juges n'hésitent pas à en écarter l'application en se reposant sur une interprétation de la volonté implicite des parties.

On le voit, l'ordre public probatoire n'est pas nécessairement là où on l'attend et il se peut qu'à l'avenir, l'enthousiasme de certaines parties à l'égard des contrats sur la preuve soit refroidi par une jurisprudence moins libérale que le Code civil. De surcroît, la tolérance de la jurisprudence à l'égard de certains types de contrats est susceptible d'être anéantie, dès lors qu'un professionnel se lie à un consommateur ou à un non-professionnel. Le droit des clauses abusives prend alors le relai et impose un ordre public plus strict encore. Deux types de clauses sont ainsi « présumées » abusives au sens des articles R. 132-1, 12° et R. 132-2, 9° du Code de la consommation. Les premières sont celles qui inversent la charge de la preuve au détriment du consommateur. Les secondes sont celles qui limitent indûment les moyens de preuve à la disposition de l'une ou l'autre des parties. Les entreprises seront ainsi bien inspirées de ne pas reproduire à l'identique les clauses de leurs contrats d'affaires dans leurs contrats de consommation.

Le domaine de validité des clauses est, enfin, soumis à un nouvel aléa, en raison de la consécration de la prohibition de se constituer un titre à soi-même (*C. civ., art. 1363 créé, V. infra*). Si la Cour de cassation devait reconnaître le caractère d'ordre public de ce principe, cela emporterait la mise à l'écart de clauses usuelles qui autorisent les entreprises à établir seules la preuve en s'appuyant sur un relevé de consommation ou de mouvements financiers sur un compte bancaire. Toutefois, en interprétant la disposition nouvelle à la lumière des arrêts antérieurs, on peut imaginer que de tels moyens de preuve

seront admis en justice à condition qu'ils laissent le cocontractant libre d'apporter une preuve contraire (*Cass. Ire civ., 28 janv. 2003, n° 00-17.553 : JurisData n° 2003-017441*) et que le juge conserve son pouvoir souverain d'apprécier la valeur de la preuve constituée unilatéralement (*Cass. Ire civ., 8 janv. 2009, n° 06-17.630 : JurisData n° 2009-046467*).

## 2. L'admissibilité des modes de preuve

Sous cet intitulé, l'ordonnance réécrit en profondeur le Code civil pour le mettre en conformité avec le droit positif. En restreignant l'admissibilité des modes de preuve, l'article 1341 du Code civil avait, à l'origine, exclu de façon très large le recours aux preuves qualifiées à l'époque d'« imparfaites ». Par la suite, la Cour de cassation a considérablement libéralisé l'admissibilité des modes de preuve en matière civile, de sorte que le rapport entre le principe de l'article 1341 et les exceptions prévues aux articles suivants s'est inversé. Cette évolution, décrite par Raymond Legeais dès 1955 (*R. Legeais, Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations : LGDJ, 1955*), trouve sa consécration dans le nouvel article 1358, selon lequel « hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ». Cette formule est heureuse. Elle montre que le principe de la liberté de la preuve domine le droit civil, comme les autres branches du droit. L'admissibilité restreinte est cantonnée au domaine des actes juridiques civils par le nouvel article 1359. L'équilibre entre le principe et l'exception est enfin posé avec clarté. La liberté de la preuve ne concerne pas seulement les faits juridiques, mais également toutes les « situations juridiques » qui échappent à la distinction des faits et des actes (*F. Terré, Introduction générale au droit : Dalloz, 2012, n° 569*). La clarté est encore bienvenue s'agissant du paiement, qui se prouve par tout moyen en application du nouvel article 1342-8. Quant aux actes juridiques, le régime de la preuve par écrit leur est réservé à partir d'un seuil déterminé par décret, comme c'est le cas actuellement (1500 €). Toutefois, si à travers l'acte juridique, le code vise assurément le contrat, une incertitude demeure à propos de l'acte unilatéral. Aujourd'hui, soumis à une jurisprudence complexe et variable, l'acte unilatéral pourrait être absorbé, dans son ensemble, par le régime probatoire des actes juridiques (Sur cette question *V. A. Hontebeyrie, L'admissibilité des modes de preuve : un dispositif clair et concis, dont l'organisation pourrait être améliorée : Dr. et patrimoine sept. 2015, p. 49*).

Deux innovations importantes s'ajoutent à cette mise à jour du régime de la preuve civile. D'une part, les règles de calcul du montant de la créance sont allégées et visent simplement à déjouer les manœuvres procédurales (*C. civ., art. 1342 créé*). Ainsi, le créancier ne peut réduire artificiellement sa demande pour demeurer en dessous du seuil de 1500 €. De même, si la somme réclamée constitue le solde ou une partie d'une créance, le dépassement du seuil se mesure en tenant compte du montant total de la créance.

D'autre part, la preuve « outre et contre l'écrit » subit une modification importante. L'article 1341 actuel a été interprété de façon large par la Cour de cassation, qui a retenu, par exemple, que la preuve contre une quittance attestant d'un paiement doit être rapportée par écrit (*Cass. Ire civ., 4 nov. 2011, n° 10-27.035 : JurisData n° 2011-024374*). Prouver contre une quittance revient pourtant à établir la preuve d'un fait juridique (le défaut de paiement). Sauf à tordre les principes, la preuve du défaut de paiement est libre. C'est la solution qui ressort de la rédaction du nouvel article 1359, alinéa 2, selon lequel « il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique (...) que par un autre écrit ». Le régime strict de la preuve contre l'écrit est désormais limité aux actes juridiques. *A contrario*, un écrit qui établit un fait juridique se conteste par tout moyen. Cette interprétation, tant littérale que téléologique, du nouvel article 1359 a échappé à l'auteur du rapport au président de la République, qui réalise sur ce point un contresens. En pratique, le créancier qui a délivré par erreur une quittance de paiement sera admis à établir le défaut de paiement de son débiteur par tout moyen.

Pour le reste, les aménagements de la preuve par écrit sont ordonnés et actualisés. D'une part, certains mécanismes permettent de « suppléer à l'écrit » (*C. civ., art. 1361 créé* : le commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve, l'aveu judiciaire, le serment). Plus spécifiquement, la déclaration, le silence d'une partie ou son absence de comparution peuvent être considérés comme des commencements de preuve par écrit, alors que la mention d'un écrit sur un registre public vaut

commencement de preuve par écrit. D'autre part, l'exigence de l'écrit est écartée dans certaines circonstances (impossibilité matérielle ou morale, perte de l'écrit par force majeure, existence d'un usage qui dispense de l'écrit).

### 3. Les modes de preuve

Dans un chapitre intitulé « *Les différents modes de preuve* », l'ordonnance se contente principalement de simplifier les dispositions existantes. Cet intitulé donne le sentiment erroné que les modes de preuve sont énumérés de façon exhaustive dans le Code civil (preuve par écrit, par témoins, par présomption judiciaire, par aveu et par serment). Il transcrit surtout une conception du droit de la preuve tournée vers un lointain passé, qui va jusqu'à ignorer des modes de preuve aussi essentiels et répandus que le constat d'huissier ou l'expertise. On notera toutefois l'entrée *in extremis* du principe selon lequel « *nul ne peut se constituer de titre à soi-même* » (C. civ., art. 1363 créé). Ce principe figure dans la section relative à la preuve par écrit, pour souligner qu'il s'étend uniquement au domaine de la preuve des actes juridiques. Il signifie donc que nul ne peut se constituer son propre écrit, lorsque ce mode de preuve est exigé. Le droit de la preuve est également purgé des dispositions qui lui étaient étrangères, concernant la simulation (les contre-lettres) et la confirmation (l'acte confirmatif).

La preuve écrite a fait l'objet de la plus grande attention. Si l'expression « *preuve littérale* » disparaît au profit de la « *preuve par écrit* », les auteurs de l'ordonnance ont fait le choix délibéré de ne pas distinguer l'« *acte* » et l'« *écrit* », utilisant l'un ou l'autre de ces termes indifféremment.

Le régime de l'acte authentique est clarifié. Le nouvel article 1371 dispose qu'il fait « *foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté* ». Cette restriction de la force probante est importante et elle doit être lue à la lumière de la jurisprudence complémentaire, selon laquelle l'acte fait foi jusqu'à preuve contraire des faits qui n'ont pas été personnellement constatés par l'officier public (Cass. Ire civ., 2 nov. 2005, n° 03-19.622 : *JurisData* n° 2005-030519). L'acte sous signature privée, quant à lui, fait foi entre les parties (C. civ., art. 1372 créé) et peut être remis en cause par le désaveu d'écriture ou de signature. L'acte contresigné par un avocat vient rejoindre cette catégorie. Il fait foi de l'écriture et de la signature des parties sauf s'il est argué de faux. Le rapport évoque à cet égard une « *force probante accrue* ». En réalité, lorsque le faux est argué, la procédure suit celle de la vérification d'écriture (CPC, art. 299). La différence est donc purement terminologique. La nouveauté du régime de l'acte sous signature privée concerne la formalité du double original (C. civ., art. 1375 créé), dont les parties sont dispensées si elles ont remis à un tiers l'unique exemplaire dressé.

Le point le plus important de la réforme des modes de preuve concerne la copie. Son régime a été simplifié. L'article 1379 créé prévoit que la copie fiable a la même force probante que l'original. Par principe, cette fiabilité est souverainement appréciée par le juge. Par exception, est présumée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique, ou celle qui a été dressée selon un procédé technique défini par un décret en Conseil d'État. La copie devrait ainsi pouvoir se substituer à l'écrit pour établir la preuve d'un acte juridique conformément à l'article 1359 si l'original n'existe plus. C'est l'intention affichée par le ministère de la Justice, selon lequel « *une entreprise faisant le pari de la numérisation ne pourra se voir demander de produire, en cas de litiges, la version papier d'un document que si elle subsiste* » (Min. Justice, communiqué, 11 févr. 2016). En pratique, le passage au tout numérique devra attendre l'adoption du décret annoncé, et les opérateurs qui feront ce choix devront anticiper les coûts liés au procédé de fiabilisation des copies numériques.

En définitive, les règles de preuve du Code civil ont subi des modifications formelles pour être mises en conformité avec la jurisprudence. Le code ne reflétait plus la réalité et sa rédaction hermétique ne permettait pas d'accéder au droit positif sans l'aide d'un manuel. Désormais, ces règles apparaissent avec plus de clarté. Toutefois, elles ne représentent qu'une modeste partie du droit de la preuve. La vraie réforme reste à écrire.

**Doc. 7 : N. Hoffschir, « Périssent le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve », Dalloz actu., janv. 2024**

C'est le conflit entre deux colosses (aux pieds d'argile) du droit de la preuve qu'a arbitré l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans deux arrêts rendus le 22 décembre 2023 : d'un côté, le droit à la preuve, de l'autre, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

Les deux affaires étaient, du moins en apparence, peu différentes : dans la première (n° 20-20.648), un employeur avait, devant les juges du fond, tenté de justifier le licenciement d'un de ses salariés en produisant des transcriptions d'enregistrements clandestins qui, sans réelle surprise, avaient été déclarées irrecevables par la Cour d'appel d'Orléans ; dans la seconde (n° 21-11.330), un employeur avait licencié un salarié en se fondant sur les propos que ce dernier avait tenu sur son compte Facebook et qui lui avaient été rapportés par un autre salarié utilisant son poste informatique et, là encore, la Cour d'appel de Paris avait écarté la preuve offerte par l'employeur en soulignant que celui-ci l'avait obtenue de manière déloyale et illicite.

Dans les deux cas, se dessinait ainsi en toile de fond un conflit entre le droit à la preuve et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, ce qui a conduit la chambre sociale à renvoyer devant l'assemblée plénière l'examen des deux pourvois dirigés contre ces arrêts.

La Cour de cassation n'a cependant pas statué de la même manière sur les pourvois qui étaient ainsi formés. Si, dans la première affaire, elle a tranché le conflit opposant le droit à la preuve et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve (n° 20-20.648), il n'en a pas été de même dans la seconde (n° 21-11.330) : elle y a en effet jugé que la conversation tenue par le salarié, qui était privée et n'avait pas vocation à être rendue publique, ne constituait pas un manquement du salarié à ses obligations découlant du contrat de travail (v. déjà en ce sens, Soc. 4 oct. 2023, n° 21-25.421 P, Dalloz actualité, 13 oct. 2023, obs. A. Nivert ; D. 2023. 1751 ; RDT 2023. 694, chron. Oriane Guillemot ; 27 mars 2012, n° 10-19.915 P, Dalloz actualité, 23 avr. 2012, obs. J. Siro ; D. 2012. 1065, et les obs. ; ibid. 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2012. 525, obs. J. Mouly ; JT 2012, n° 145, p. 12, obs. L.T. ; 3 mai 2011, n° 09-67.464 P, D. 2011. 1357 ; ibid. 1568, point de vue G. Loiseau ; ibid. 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ). Eu égard à ce motif, tiré du droit substantiel du travail, le conflit entre le droit à la preuve et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve a été neutralisé : peu importe, en effet, que la preuve produite méconnaisse ou non ce principe puisqu'elle portait sur un fait qui ne pouvait fonder le licenciement ; en portant un regard probatoire sur cette solution, on dirait volontiers du fait offert en preuve qu'il n'était pas pertinent. Sans doute l'assemblée plénière aurait-elle pu statuer sur la recevabilité de l'offre de preuve avant de statuer sur le bien-fondé du licenciement (comp., Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058 P, Dalloz actualité, 21 oct. 2020, obs. M. Peyronnet ; D. 2020. 2383, note C. Golhen ; ibid. 2312, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; ibid. 2021. 207, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; JA 2021, n° 632, p. 38, étude M. Julien et J.-F. Paulin ; Dr. soc. 2021. 14, étude P. Adam ; RDT 2020. 753, obs. T. Kahn dit Cohen ; ibid. 764, obs. C. Lhomond ; Dalloz IP/IT 2021. 56, obs. G. Haas et M. Torelli ; Légipresse 2020. 528 et les obs. ; ibid. 2021. 57, étude G. Loiseau ; Rev. prat. rec. 2021. 31, chron. S. Dorol ), mais cela n'était pas absolument nécessaire pour rejeter le pourvoi.

Même si ce second arrêt n'est pas dénué de tout intérêt, seul le premier, dont les motifs sont reproduits ci-dessus, fera l'objet du présent commentaire. Car il tranche, vraisemblablement de manière définitive, le conflit opposant le droit à la preuve et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

Les forces en présence

Les forces en présence paraissaient assez considérables.

► D'un côté, on retrouvait le droit à la preuve.

Il est généralement admis à son propos qu'il recouvre deux séries de prérogatives dont sont investis les justiciables : le droit de produire des preuves, d'une part, et le droit d'en obtenir grâce aux mesures d'instruction et de production forcée de pièces ordonnées par le juge, d'autre part (v. not., G. Goubeaux, Le droit à la preuve, in C. Perelman et P. Foriers [dir.], La preuve en droit, Bruylant, 1981, p. 277, spéc. nos 3 s. ; v. égal., G. Lardeux, Le droit à la preuve : tentative de systématisation, RTD civ. 2017. 1, spéc. p. 2 s. ; A. Bergeaud, Le droit à la preuve, préf. J.-C. Saint-Pau, LGDJ, 2010, p. 184 s.).

Mais il reste bien difficile d'identifier qui, en vertu de ce droit, serait débiteur d'une quelconque obligation ; s'il est toujours possible de faire valoir qu'un droit subjectif n'a pas toujours de débiteur ou encore qu'existeraient des droits subjectifs processuels dont l'une des originalités tiendrait justement à l'absence de tout débiteur (v. à propos du droit d'agir, L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 11e éd., LexisNexis, n° 317 ; v. égal., A. Bergeaud, préc., p. 135 s.), il est aussi permis de considérer qu'il s'agit là d'un artifice car on peine à identifier l'utilité d'un droit subjectif qui n'offrirait ni une prérogative à l'égard d'une chose ni une prérogative autorisant à exiger d'autrui qu'il effectue une prestation.

Quoiqu'il en soit, ces deux dimensions du droit à la preuve ont été consacrées par la Cour de cassation : après avoir reconnu, dans un arrêt fondateur du 5 avril 2012, l'existence d'un droit à la preuve pour permettre à une partie de produire des éléments de preuve qu'elle détenait (Civ. Ire, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 P, Dalloz actualité, 23 avr. 2012, obs. J. Marrocchella ; D. 2012. 1596, note G. Lardeux ; ibid. 2826, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; ibid. 2013. 269, obs. N. Fricero ; ibid. 457, obs. E. Dreyer ; RTD civ. 2012. 506, obs. J. Hauser ; v. égal., Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058 P, Dalloz actualité, 21 oct. 2020, obs. M. Peyronnet ; D. 2020. 2383, note C. Golhen ; ibid. 2312, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; ibid. 2021. 207, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; JA 2021, n° 632, p. 38, étude M. Julien et J.-F. Paulin ; Dr. soc. 2021. 14, étude P. Adam ; RDT 2020. 753, obs. T. Kahn dit Cohen ; ibid. 764, obs. C. Lhomond ; Dalloz IP/IT 2021. 56, obs. G. Haas et M. Torelli ; Légipresse 2020. 528 et les obs. ; ibid. 2021. 57, étude G. Loiseau ; Rev. prat. rec. 2021. 31, chron. S. Dorol ; JCP 2020. 1226, note G. Loiseau ; Civ. Ire, 5 juill. 2017, n° 16-22.183 P, Dalloz actualité, 25 juill. 2017, obs. A. Portmann ; D. 2017. 1479 ; ibid. 2019. 157, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; D. avocats 2017. 321, obs. F. Naftalski et M. Mohajri ; Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203 P, Dalloz actualité, 25 nov. 2016, obs. M. Roussel ; D. 2017. 37, obs. N. explicative de la Cour de cassation, note G. Lardeux ; ibid. 2018. 259, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; Just. & cass. 2017. 170, rapp. A. David ; ibid. 188, avis H. Liffra ; Dr. soc. 2017. 89, obs. J. Mouly ; RDT 2017. 134, obs. B. Géniaut ; RTD civ. 2017. 96, obs. J. Hauser ; Civ. Ire, 25 févr. 2016, n° 15-12.403 P, Dalloz actualité, 14 mars 2016, obs. N. Kilgus ; D. 2016. 884, note J.-C. Saint-Pau ; ibid. 2535, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; AJ pénal 2016. 326, obs. D. Aubert ; RTD civ. 2016. 320, obs. J. Hauser ; ibid. 371, obs. H. Barbier ), elle l'a étendu aux mesures d'instruction et de production forcée de pièces ordonnées par le juge, notamment sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile (Civ. Ire, 6 déc. 2023, n° 22-19.285 P, Dalloz actualité, 12 déc. 2023, obs. C. Hélaine ; D. 2023. 2197 ; Com. 28 juin 2023, n° 22-11.752 P, Dalloz actualité, 7 juill. 2023, obs. F. Expert ; Soc. 8 mars 2023, n° 21-12.492 P, D. 2023. 505 ; ibid. 1443, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Dalloz IP/IT 2023. 660, obs. G. Haas et C. Paillet ; RTD civ. 2023. 444, obs. J. Klein ; Civ. 2e, 24 mars 2022, n° 20-21.925 P, Dalloz actualité, 21 avr. 2022, obs. N. < Hoffschir ; Rev. prat. rec. 2022. 6, chron. C. Simon ; RTD civ. 2022. 971, obs. N. Cayrol ; 20 juin 2021, n° 20-13.198, inédit ; Com. 15 mai 2019, n° 18-10.491 P, Dalloz actualité, 17 juin 2019, obs. M. Kebir ; D. 2019. 1595, note H. Michelin-Brachet ; ibid. 2009, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; ibid. 2020. 170, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ).

Mais ce colosse du droit à la preuve a des pieds d'argiles. Car il est possible de douter de son utilité : il n'a naturellement pas fallu attendre la consécration du droit à la preuve pour que les justiciables disposent et usent de prérogatives destinées à produire ou à obtenir des éléments de preuve. C'est pourquoi, en dépit des apparences, le droit positif n'a sans doute guère été altéré par sa consécration (v. en ce sens, E. Jeuland, *La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve*, SSL 18 janv. 2021, p. 10).

Même le fondement de ce droit « nouveau » n'apporte peut-être pas grand-chose. À la suite d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 10 oct. 2006, L.L. c/ France, préc.) – arrêt dont la portée demeure encore discutée (v. not., X. Lagarde, *Le droit à la preuve*, D. 2023. 1526) – la Cour de cassation a déduit l'existence du droit à la preuve du droit à un procès équitable, découlant de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (v. les arrêts cités supra). Il n'est cependant pas certain que ce fondement apporte grand-chose sauf, encore que cela soit difficilement perceptible, lorsque le juge opère un contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et un droit concurrent (F. Jollec et E. de Leiris, obs. ss. Civ. 2e, 25 mars 2021, n° 20-14.309 P et 10 juin 2021, n° 20-11.987 P, D. 2021. 1194 ; *ibid.* 1795, spéc. n° 4, chron. G. Guého, O. Talabardon, F. Jollec, E. de Leiris, S. Le Fischer et T. Gauthier ; *ibid.* 2022. 431, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *ibid.* 625, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2021. 647, obs. H. Barbier). Car certains droits consacrés par la Convention européenne souffrent des dérogations qui ne trouvent pas nécessairement leur source dans la nécessité de respecter d'autres droits fondamentaux : ainsi, s'agissant du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des correspondances, qui constitue le concurrent le plus direct du droit à la preuve, une ingérence d'une autorité publique n'est pas contraire à la Convention dès lors qu'elle est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui (Conv. EDH, art. 8, § 2).

► D'un autre côté, il y avait le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, solennellement consacré à peu près en même temps que le droit à la preuve par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, nos 09-14.316 et 09-14.667 P, D. 2011. 562, obs. E. Chevrier, note F. Fourment ; *ibid.* 618, chron. V. Vigneau ; *ibid.* 2891, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; RTD civ. 2011. 127, obs. B. Fages ; *ibid.* 383, obs. P. Théry ; RTD eur. 2012. 526, obs. F. Zampini), même si ce principe est bien plus ancien et était déjà contenu en germe dans la jurisprudence de la fin du XIXe siècle (v. la fameuse dite « des décorations », Cass., ch. réun., 31 janv. 1888, S. 1889. 1. 241, obs. J.-E. L.). En tant que principe, il constitue une composante du droit objectif ; mais, parce qu'il s'agit d'un principe, il n'est porté par aucune source écrite (v. sur ce point, P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Souriou, Panthéon-Assas, 1999, spéc. nos 57-58 et 435 s.). Les contours du principe de loyauté dans l'administration de la preuve demeurent cependant assez vagues car la déloyauté constitue une notion qui mérite une interprétation : il n'est dès lors pas exclu que l'application de ce principe réponde à des préoccupations politiques et au souhait de protéger certaines catégories d'intérêts déterminés : ceux des salariés vis-à-vis des employeurs notamment (M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, Dalloz, 2003, nos 349-352).

Le conflit qu'a ainsi dû trancher la Cour de cassation opposait un droit subjectif assis sur des fondements incertains à une norme relevant du droit objectif « à géométrie variable » (G. Loiseau, note préc., citée par H. Fulchiron, rapp. aff. n° 21-11.330), il ne s'agissait ainsi ni d'une confrontation entre deux normes de droit objectif ni d'une confrontation entre deux droits subjectifs.

Le dénouement du combat

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi estimé que désormais « dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ». C'est là la clé de l'arrêt, les autres motifs ne servant, pour l'essentiel, qu'à mieux justifier sa construction.

Il est permis de former quatre séries d'observations à l'égard de ces motifs.

► En premier lieu, on ne peut qu'admettre que cet arrêt constitue bel et bien un revirement de jurisprudence. En droit judiciaire privé, l'élément de preuve recueilli au moyen d'un enregistrement clandestin est classiquement considéré comme déloyal et, comme tel, doit être déclaré irrecevable par le juge saisi (Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, préc. ; v. égal., Civ. 2e, 9 janv. 2014, n° 12-17.875, inédit ; Com. 13 oct. 2009, n° 08-19.525, inédit ; Civ. 2e, 7 oct. 2004, n° 03-12.653 P, D. 2005. 122, note P. Bonfils ; ibid. 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; AJ pénal 2005. 30, obs. C. S. Enderlin ; RTD civ. 2005. 135, obs. J. Mestre et B. Fages ). Sans paraître remettre en cause la déloyauté d'un tel procédé, l'assemblée plénière modère la sanction qui y est attachée : l'élément de preuve obtenu au moyen d'un stratagème peut être admis en justice dès lors que le juge estime que celui-ci ne porte pas une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble. Il est ainsi désormais possible d'affirmer que, en matière civile, l'élément de preuve recueilli de manière déloyale n'est pas nécessairement irrecevable.

► L'office du juge confronté à un élément de preuve illicite ou déloyale paraît dual. Il doit rechercher s'il est porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble en mettant en balance le droit à la preuve, d'un côté, et les droits antinomiques en présence, de l'autre. La formule démontre une nouvelle fois que le droit à la preuve constitue une composante ou un prolongement du droit à un procès équitable. Mais il faut encore l'approfondir : lorsqu'un élément de preuve est obtenu de manière déloyale, le juge doit toujours apprécier si la procédure revêt un caractère équitable dans son ensemble et ce, à l'égard tant de l'auteur de la production litigieuse que de celui auquel elle est opposée.

À l'égard de l'auteur de la production litigieuse, le juge ne peut déclarer irrecevable l'élément de preuve sans, au préalable, s'être assuré du caractère équitable de la procédure : il lui appartient ainsi de s'assurer que le plaideur a bénéficié d'une possibilité raisonnable de faire valoir ses droits et que les restrictions apportées à l'admissibilité des modes de preuve ne conduisent pas à faire peser sur lui une charge disproportionnée (comp., CEDH 31 mai 2016, Tence c/ Slovenia, n° 37242/14, §§ 35-38, Dalloz actualité, 1er juin 2016, obs. A. Portmann). C'est dans le prolongement de cette idée que s'inscrit la Cour de cassation lorsqu'elle souligne que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ne doit pas conduire à priver une partie de toute possibilité de rapporter la preuve qui lui incombe.

En revanche, le juge ne peut déclarer recevable un élément de preuve recueilli de manière déloyale sans veiller à ce que les droits de la défense de l'ensemble des parties aient bien été respectés, ce qui implique, notamment, que toutes aient bien pu discuter de l'élément litigieux : la Cour européenne des droits de l'homme l'a énoncé de manière formelle dans l'arrêt López Ribalda (CEDH 17 oct. 2019, López Ribalda et autres c/ Espagne, nos 1874/13 et 8567/13, § 150, AJDA 2020. 160, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2019. 2039, et les obs. ; ibid. 2021. 207, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; AJ pénal 2019. 604, obs. P. Buffon ; Dr. soc. 2021. 503, étude J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RDT 2020. 122, obs. B. Dabosville ; Légipresse 2020. 64, étude G. Loiseau ; RTD civ. 2019. 815, obs. J.-P. Marguénaud ), qui, sur ce point, n'a fait que transposer à la matière civile, des principes énoncés dans le champ pénal (v. par ex., CEDH

25 nov. 2021, Sassi et Benchellali c/ France, nos 10917/15 et 10941/15, § 86, Dalloz actualité, 3 déc. 2021, obs. S. Lavric ; AJ pénal 2021. 600 et les obs. ; 11 juill. 2006, Jalloh c/ Allemagne, n° 54810/00, § 95, AJDA 2006. 1709, chron. J.-F. Flauss ). Ce second aspect ne doit pas être négligé, même s'il n'est pas mentionné dans l'arrêt commenté.

► L'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est en effet bornée à préciser comment, lorsque cela leur est demandé (et uniquement en ce cas, v. en ce sens, G. Loiseau, préc., n° 8), les juges du fond doivent apprécier le caractère équitable de la procédure dans son ensemble avant de déclarer irrecevable un élément de preuve recueilli de manière déloyale. Alors même que le conflit opposait le droit à la preuve et une norme relevant du droit objectif, l'assemblée plénière a procédé à une « subjectivisation » de celui-ci ; en somme elle paraît avoir appréhendé le conflit comme s'il opposait deux droits subjectifs susceptibles de se heurter. Cela est manifeste lorsqu'elle préconise de mettre en balance le droit à la preuve et les « droits antinomiques en présence » (les caractères en italique sont ajoutés) ou lorsqu'elle souligne que le droit à la preuve peut justifier « la production d'éléments portant atteintes à d'autres droits » (les caractères en italique sont ajoutés). Le communiqué diffusé par la Cour de cassation s'inscrit dans le prolongement de cette appréhension du problème en soulignant que le revirement de jurisprudence « répond à la nécessité de ne pas priver un justiciable de la possibilité de faire la preuve de ses droits, lorsque la seule preuve disponible pour lui suppose, pour son obtention, une atteinte aux droits de la partie adverse » (les caractères en italique sont ajoutés).

Même s'il n'est naturellement pas exclu qu'un principe donne naissance à un droit subjectif (P. Morvan, préc., n° 58), on a cependant du mal à dessiner les contours d'un droit à la loyauté de la preuve qui découlerait du principe de loyauté dans l'administration de la preuve : le principe de loyauté dans l'administration de la preuve apparaît comme une norme de droit objectif qui ne fait qu'encadrer, voire limiter l'exercice du droit à la preuve sans elle-même créer un nouveau droit subjectif au profit des adversaires. Lorsque la recevabilité d'une preuve recueillie de manière déloyale est en jeu, on comprend dès lors assez mal l'invitation adressée aux juges du fond de concilier le droit à la preuve avec d'autres droits.

Même si ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation procède à une « subjectivisation » (Soc. 25 nov. 2020, n° 17-19.523 P, D. 2021. 117, note G. Loiseau ; ibid. 1152, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; ibid. 2022. 431, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; Dr. soc. 2021. 21, étude N. Trassoudaine-Verger ; ibid. 170, étude R. Salomon ; ibid. 503, étude J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RDT 2021. 199, obs. S. Mraouahi ; Dalloz IP/IT 2020. 655, obs. C. Crichton ; ibid. 2021. 356, obs. G. Péronne ; Légipresse 2021. 8 et les obs. ; RTD civ. 2021. 413, obs. H. Barbier), cette voie n'en demeure pas moins critiquable (v. V. Fourment, Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation. L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité, thèse, 2022, nos 286 s.). D'une part, car le conflit qui oppose deux droits subjectifs garantis par la Convention européenne ne doit pas nécessairement être résolu de la même manière que celui qui oppose un droit garanti par la Convention à une norme de droit interne. D'autre part, car la formule employée par la Cour de cassation devient difficile à interpréter.

► Dès lors comment comprendre la formule de l'assemblée plénière ? Il est vraisemblable que l'assemblée plénière de la Cour de cassation invite le juge à une opération assez simple s'il estime que la preuve est illicite ou déloyale : après avoir constaté l'illicéité de la preuve ou la déloyauté auxquelles il a été recouru lors de son obtention, il doit toujours rechercher si la production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et, le cas échéant, procéder à une mise en balance entre, d'un côté, le droit à la preuve et, de l'autre, les autres intérêts en présence.

Lorsque le juge recherche si la production d'un élément de preuve est indispensable à l'exercice du droit à la preuve, il doit, selon nous, procéder à un double contrôle.

Déjà, comme cela est fréquemment souligné, il lui appartient naturellement de rechercher si la preuve pourrait être rapportée autrement que par l'élément litigieux : si les autres éléments du dossier suffisent à emporter sa conviction, il faut considérer que la production de la preuve n'est pas indispensable (v. en ce sens, G. Loiseau, *Le droit de la preuve illicite*, JCP S 2023. 1095, spéc. n° 8). Cela revient finalement à admettre que la preuve illicite ou déloyale est recevable dès lors qu'elle est pertinente puisque, sans elle, la conviction du juge ne serait pas établie (v. sur cet aspect de la notion de pertinence, J. Chevallier, *Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve*, D. 1956. Chron. IX, p. 37 s., spéc. p. 39) : en somme, cela revient à cantonner le jeu de la déloyauté aux seules preuves dénuées de pertinence et il est naturellement possible de regretter que le juge à apprécie la crédibilité de la preuve avant de statuer sur sa recevabilité... Mais, pour que la preuve soit considérée comme indispensable, le juge doit, selon nous, procéder à un second contrôle : il lui appartient en effet de rechercher que la preuve produite constitue l'unique élément de preuve que le justiciable a pu recueillir ; en somme, à l'image de la carence dans l'administration de la preuve (C. pr. civ., art. 146), on ne doit pas pouvoir reprocher au justiciable de ne pas avoir constitué d'autres éléments de preuve. Le juge est alors amené à porter son attention sur le passé pour rechercher s'il était loisible au particulier de se ménager d'autres éléments de preuve (v. en ce sens, G. Lardeux, préc., p. 4-7). Ce second contrôle est nécessaire si on souhaite éviter de remettre en cause l'ensemble des dispositions qui réglementent la recevabilité des éléments de preuve : sans celui-ci, en effet, un particulier pourrait, au nom de son droit à la preuve, demander à ce que n'importe laquelle des restrictions légales ne joue pas dès lors qu'il ne dispose d'aucun élément de preuve pour prouver son droit si ce n'est celui qu'il a constitué en méconnaissance des dispositions de la loi.

Si la preuve est indispensable à l'exercice du droit à la preuve, le juge ne peut cependant la déclarer recevable qu'après avoir mis en balance celui-ci avec les droits antinomiques en présence : il peut s'agit du droit au respect dû à la vie privée, mais aussi, selon nous – et même si cela peut toujours être débattu au regard de la formule employée par la Cour de cassation –, du respect de la dignité et de la crédibilité de la justice. Même s'il ne s'agit pas de droits subjectifs à proprement parler, toute autre interprétation conduirait à faire toujours prévaloir le droit à la preuve sur le principe de loyauté dans l'administration de la preuve dès lors qu'il n'en résulte aucune atteinte aux droits des parties adverses, ce qui condamnerait pour une large part le principe de loyauté.

Finalement, la Cour de cassation concilie le droit à la preuve et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, conciliation qui avait été annoncée par une partie de la doctrine (G. Lardeux, préc., spéc. p. 15-16).

#### Les raisons du revirement

Outre l'autorité des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'interprétation peut être discutée (v. not., X. Lagarde, préc.), le revirement opéré dans l'arrêt commenté est assis sur un certain nombre de justifications que la Cour de cassation a pris le soin de mentionner et dont il convient de dire un mot.

► En premier lieu, l'assemblée plénière a mis en avant le risque de contournement de l'irrecevabilité des éléments de preuve obtenues de manière déloyale par le recours au juge répressif. Il est vrai que, sans condamner l'application du principe de loyauté dans l'administration de la preuve en matière pénale, la chambre criminelle cantonne son champ d'application et refuse qu'il produise un quelconque effet à l'égard des particuliers : tantôt elle le justifie en soulignant qu'« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale » (Crim. 11 juill. 2023, n° 23-82.682, inédit, AJ pénal 2023. 465, obs. C. Le Corre ; 1er déc. 2020, n° 20-82.078 P, Dalloz actualité, 11 déc. 2020, obs. S. Hasnaoui-Dufrenne ; D. 2021. 774 , note L. Saenko ; ibid. 379, chron. M. Fouquet, A.-L. Méano, A.-S. de

Lamarzelle, C. Carbonaro et L. Ascensi ; *ibid.* 1564, obs. J.-B. Perrier ; *AJ pénal* 2021. 102, obs. C. Ambroise-Castérot ; *Légipresse* 2020. 654 et les obs. ; *RSC* 2021. 117, obs. P.-J. Delage ; 9 mars 2010, n° 08-88.501, inédit ; 7 déc. 2011, n° 11-80.224, inédit ; 6 avr. 1994, n° 93-82.717 P, D. 1994. 155 ; *RSC* 1994. 776, obs. G. Giudicelli-Delage ) ; tantôt elle fonde cette limitation en soulignant que les éléments de preuve produits par les particuliers ne constituent pas des actes susceptibles d'annulation (*Crim.* 31 janv. 2012, n° 11-85.464 P, *Dalloz actualité*, 7 févr. 2012, obs. M. Léna ; D. 2012. 440, obs. M. Léna ; *ibid.* 914, note F. Fourment ; *ibid.* 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 224, note E. Daoud et P.-P. Boutron-Marmion ; *RSC* 2012. 401, obs. X. Salvat ; 23 juill. 1992, n° 92-82.721 P, D. 1993. 206, obs. J. Pradel ; *RTD civ.* 1993. 101, obs. J. Hauser ). Aucune de ces raisons n'est véritablement convaincante : le propre d'un principe est de produire des effets en marge des dispositions textuelles (v. supra) et aucune raison sérieuse ne justifie de limiter son application aux particuliers (S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 16e éd., LexisNexis, 2023, n° 588). Il faut en réalité sans doute voir dans cette jurisprudence une volonté « politique » de la chambre criminelle de ne pas priver les juridictions répressives des éléments de preuve qu'ont pu réunir les particuliers.

Même critiquable, cette jurisprudence a pour conséquence de permettre à la personne qui exerce une action civile devant le juge répressif plutôt que devant le juge civil de contourner les effets du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. L'arrêt commenté permet, comme cela est souligné dans celui-ci, de rapprocher les jurisprudences des chambres civiles et criminelle de la Cour de cassation puisque, après les juridictions pénales, les effets du principe de loyauté dans l'administration de la preuve sont à leur tour limités devant les juridictions civiles (v. supra). Le rapprochement ne devrait cependant pas conduire à une confusion des solutions dès lors que l'on admet encore que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve joue encore en matière civile à l'égard des particuliers. En revanche, devant les juridictions répressives, la solution retenue par l'assemblée plénière, ne devrait pas s'appliquer dès lors qu'est visé le seul article 9 du code de procédure civile dans l'arrêt commenté.

► En second lieu, l'assemblée plénière justifie son revirement au regard de la difficulté qui existe de dissocier la preuve illicite et la preuve déloyale. Cette seconde raison, purement pratique, n'est pas parfaitement convaincante. Sans doute existe-t-il des cas où l'obtention d'un élément de preuve peut tout à la fois être le fruit d'un stratagème et, par conséquent, heurter le principe de loyauté dans l'administration de la preuve et être illicite car elle porte atteinte au droit subjectif d'une partie. Mais il faut admettre que ces exigences ne se situent pas sur le « même plan » (v. par ex., P. Adam, note ss. *Soc.* 10 nov. 2021, n° 20-12.263 P, D. 2021. 2093 ; *Dr. soc.* 2022. 81, obs. P. Adam ; *Dalloz IP/IT* 2022. 157, obs. E. Daoud et I. Bello ) : « le principe de loyauté dans l'administration de la preuve est une question qui se pose en amont » (M. Mekki, *Preuve et vérité en France*, in *La preuve. Travaux de l'association Henri Capitant – Journée Pays-Bas/Belgique*, Bruylant, 2015, p. 813 et s., n° 41).

Finalement, cet arrêt laisse une impression mitigée. Car pour résoudre le conflit opposant le droit à la preuve et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'assemblée plénière a appréhendé ce dernier comme un droit subjectif. La portée de règles relevant du droit objectif est ainsi modelée par le droit à la preuve : il n'est pourtant pas évident qu'il était nécessaire, pour respecter les termes de la Convention européenne, de mener ainsi un contrôle de proportionnalité in concreto passant une subjectivisation du conflit...

## **Fiche 10. Séance de révision**

*Le thème de la séance est à la libre appréciation du chargé de travaux dirigés. Les étudiants doivent réviser, en vue de la séance, l'ensemble du cours magistral et des séances de travaux dirigés (ainsi que les explications méthodologiques fournies dans les fiches 2, 3 et 7).*

*Vous pouvez également vous entraîner en réalisant le sujet d'examen de l'année précédente, reproduit ci-dessous :*

### **Sujet 1. Dissertation (sujet de juin 2024)**

La distinction entre les personnes et les choses

### **Sujet 2. Dissertation (sujet de décembre 2024)**

L'organisation des droits patrimoniaux de la personne

## TABLE DES MATIERES

<b>Propos introductifs</b> .....	<b>1</b>
<b>Fiche 1. Définir le Droit</b> .....	<b>5</b>
Doc. 1 : Discours préliminaire de Portalis sur le premier projet de Code civil.....	6
Doc. 2 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 3 oct. 2006, <i>Bull. civ. I</i> , n° 428 .....	11
Doc. 2 bis : J. Hauser, obs. sur Civ. 1 <sup>re</sup> , 3 oct. 2006, <i>RTD civ.</i> 2007, p. 98.....	11
Doc. 2 ter : J-J. Ansault, obs. sur Civ. 1 <sup>re</sup> , 3 oct. 2006, <i>RLDC</i> 2006, n° 33, p. 43-44.....	13
Doc. 3 : Civ. 3e, 26 janv. 2022, n° 20-23.436 .....	14
Doc. 4 : TGI Lille, 4 janv. 2000, et obs. P. Labbé, <i>D.</i> 2001, p. 1503.....	17
Doc. 5 : S. de La Touanne, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières », <i>Dalloz. Actu.</i> , 14 avr. 2021 .....	21
<b>Fiche 2. Diviser le Droit</b> .....	<b>29</b>
Doc. 1 : S. Coursoux-Bruyère, « La personne : une notion au cœur de la <i>summa divisio</i> droit public-droit privé », <i>Dr. fam.</i> 2013, n° 12, doss. 42.....	30
Doc. 2 : J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile » .....	34
Doc. 3 : Apprendre à faire une fiche d'arrêt .....	52
Doc. 4. : Civ. 1 <sup>re</sup> , 8 nov. 1982, <i>Bull. civ. I</i> , n° 321 .....	54
Doc. 5 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 3 févr. 1999, <i>Bull. civ. I</i> , n° 43.....	55
Doc. 6 : Ass. Plén., 29 oct. 2004, <i>Bull. civ. I</i> , n° 12 et <i>D.</i> 2004, p. 3175, obs. Vigneau...	56
Doc. 6 bis : Civ. 1 <sup>re</sup> , 25 janv. 2005, n° 96-19.878.....	58
Doc. 7: Civ. 1re, 16 déc. 2020, n° 19-19.387 .....	60
Doc. 8 : O. Dufour, « Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation », <i>Deffrénois</i> , mai 2019, p. 13 .....	64

<b>Fiche 3. Les sources principales du Droit .....</b>	<b>67</b>
Doc. 1 : Cass. mixte, 24 mai 1975, <i>Bull. Mixte</i> , n° 4 (arrêt « Jacques Vabre »).....	68
Doc. 1 bis : CE, 20 oct. 1989, <i>Rec. Lebon</i> , p. 191 (arrêt « Nicolo ») .....	71
Doc. 2 : Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, <i>Bull. AP</i> , n° 4 (arrêt « Fraisse »).....	72
Doc. 3 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 4 déc. 2013, <i>Bull. civ. I</i> , n° 234.....	73
Doc. 4 : Soc., 1 <sup>er</sup> juin 2023, n° 22-13.238 et <i>D. 2023</i> , p. 1123 .....	74
Doc. 5 : G. Bolard, « L’impartialité du juge », <i>D. 2024</i> , P. 605.....	79
Doc. 6 : C. const., déc. 2016-611 (QPC), 10 févr. 2017, <i>JORF</i> 12 févr. 2017, n° 46.....	85
Doc. 7 : Méthodologie de la dissertation .....	88
<b>Fiche 4. Les sources complémentaires. Interrogation.....</b>	<b>91</b>
Doc. 1 : M.-C. Rondeau-Rivier, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », <i>RTD civ.</i> 1993, p. 89 .....	92
Doc. 2 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 11 juin 2009 (2 arrêts), <i>Bull. civ. I</i> , n° 124.....	95
Doc. 2 bis : X. Lagarde, « L’exigence de sécurité juridique dans l’hypothèse d’un revirement de jurisprudence », note sous Civ. 1 <sup>re</sup> , 11 juin 2009, <i>JCP G</i> 2009, 237 .....	96
Doc. 3 : Civ. 2 <sup>e</sup> , 14 sept. 2006, <i>Bull. civ. II</i> , n° 222.....	99
Doc. 4 : Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, <i>Bull. AP</i> n° 4.....	100
Doc. 5 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 6 avril 2011, n° 09-66.486 .....	101
Doc. 6 : Civ. 2 <sup>e</sup> , 30 nov. 2023, n° 22-10.559 .....	104
Doc. 7 : Méthodologie du cas pratique .....	109
<b>Fiche 5. Appliquer le Droit .....</b>	<b>111</b>
Doc. 1 : Com., 11 oct. 1988, <i>Bull. civ. IV</i> , n° 274.....	112
Doc. 2 : Civ. 3 <sup>e</sup> , 3 juin 2021, n° 20-12.353.....	113
Doc. 3 : Civ 3 <sup>e</sup> , 9 févr. 2017, n° 16-10.350.....	115

Doc. 3 bis : Civ 3 <sup>e</sup> , 7 sept. 2023, n° 21-14-279 et obs. X. Delpech, <i>Juris Tourisme</i> 2023, p. 9.....	116
Doc. 4 : Extrait de l'étude <i>Le temps</i> , rapport annuel de la Cour de cassation, 2014..	120
Doc. 5 : Crim., 12 févr. 1979, <i>Bull. crim.</i> n° 60 .....	126
Doc. 6 : Soc., 18 avr. 1991, <i>Bull. civ.</i> V, n° 213.....	127
<b>Fiche 6. Identifier les titulaires de droits.....</b>	<b>129</b>
Doc. 1 : Crim., 4 sept. 2007, <i>Bull. crim.</i> n° 191 .....	130
Doc. 2 : Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, <i>Bull. AP</i> n° 165 .....	132
Doc. 3 : Crim., 20 nov. 2018, n° 17-86.661 .....	133
Doc. 4 : Com., 31 janv. 2006, n° 05-10.116.....	137
Doc. 5 : Article 515-14 du Code civil .....	141
Doc. 5 bis : Ph. Malinvaud, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », <i>D.</i> 2015, p. 87.....	141
Doc. 6 : A. Bensamoun, « Du droit et des robots... », <i>Dalloz IP/IT</i> 2016, p. 281 .....	144
<b>Fiche 7. Identifier les droits subjectifs.....</b>	<b>151</b>
Doc. 1 : L'affaire Perruche.....	152
Cass. Ass. Plén., 17 nov. 2000, <i>Bull. AP</i> , n° 9.....	152
Loi du 4 mars 2002, article 1 <sup>er</sup> .....	152
Civ. 1 <sup>re</sup> , 24 janv. 2006, <i>Bull. civ.</i> I, n° 136.....	153
M.-C. De Montecler, « Nouvelle condamnation de la France par la CEDH du fait de la loi "anti-Perruche", <i>Dalloz actu.</i> , 9 févr. 2022 .....	154
Doc. 2 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 29 oct. 2014, <i>Bull. civ.</i> I, n° 178 .....	157
Doc. 3 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 17 mars 2016, <i>Bull. civ.</i> I, n° 268.....	158
Doc. 4 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 23 nov. 2022, n° 22-19.200 .....	159
<b>Fiche 8. Les sources des droits .....</b>	<b>161</b>

Doc. 1 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 30 oct. 2013, n° 11-27.353 .....	162
Doc. 2 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 12 janv. 2012, <i>Bull. civ. I</i> , n° 38.....	163
Doc. 3 : Civ. 29 févr. 1951 .....	164
Doc. 4 : Soc., 15 nov. 2023, n° 22-17.733 et obs. F. Gabroy, <i>Dalloz. Actu</i> , nov. 2023 .	165
<b>Fiche 9. La preuve des droits.....</b>	<b>175</b>
Doc. 1 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 17 juin 2009, <i>Bull. civ. I</i> , n° 292.....	176
Doc. 2 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 26 oct. 2011, n° 10-27.872 .....	177
Doc. 3 : Civ. 3 <sup>e</sup> , 14 janv. 2014, n° 12-28.777 .....	178
Doc. 4 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 29 oct. 1994, n° 13-25.080 .....	179
Doc. 5 : Civ. 1 <sup>re</sup> , 24 sept. 2009, <i>Bull. civ. I</i> , n° 880 .....	180
Doc. 6 : E. Vergès, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », <i>JCP G</i> 2016, 486.....	181
Doc. 7 : N. Hoffschir, « Périclisse le principe de loyauté plutôt que le droit à la preuve », <i>Dalloz actu.</i> , janv. 2024 .....	186
<b>Fiche 10. Séance de révision .....</b>	<b>193</b>