

RJP 2014/1

CRJ
POTHIER

Revue Juridique Pothier

Olivia Sabard

Directrice scientifique

Carine Laurent-Boutot

Directrice éditoriale

Centre de Recherche Juridique Pothier—Université d'Orléans

www.univ-orleans.fr/crjp

Olivia Sabard, Professeur de droit privé

Carine Laurent-Boutot, Maître de conférences en droit privé

Université d'Orléans – ITP NORMATIS – CRJP

Revue **J**uridique **P**othier

UFR Collegium d'ITP Droit, Economie, Gestion

Rue de Blois – BP 26739 - 45067 Orléans cedex 2

www.univ-orleans.fr/crjp

rjp@univ-orleans.fr

Sommaire

Août 2014

Editorial p.4

Chronique de jurisprudence

Droit des obligations..... p.5

Droit des affaires et fiscalité p.43

Droit patrimonial p.81

Droit social..... p.128

Mémoire

La montée cachée de LVMH au capital d’Hermès, par Monika Moskal p.176

Débats

Regards croisés sur l’action de groupe..... p.213

La force obligatoire du contrat : entre mythe et réalité..... p.227

Brèves

Lumière sur la densification normative à la découverte d’un processus, par p.242

Sandy Lacroix-De-Sousa et Sabrina Le Normand-Caillère, Maîtres de conférences en droit privé, Université d’Orléans.

Premier semestre 2014, publications des membres du Centre de recherche juridique Pothier p.245

Editorial

C'est avec grand plaisir que j'ai l'honneur d'annoncer la publication du deuxième numéro de la Revue juridique Pothier, publiée au sein du laboratoire de droit de l'Université d'Orléans.

Les travaux des étudiants de l'École de droit à Orléans sont de nouveau mis à l'honneur à travers les chroniques de jurisprudence des cours d'appel d'Orléans et de Bourges et les mémoires qu'ils ont rédigés.

Dans ce numéro, sont publiées également les communications des conférences organisées ces six derniers mois au Centre universitaire d'études juridique de Bourges.

Enfin, ce premier semestre a été marqué par la parution de l'ouvrage intitulé *La densification normative, découverte d'un processus*, sous la direction de Catherine Thibierge, chez Mare et Martin. Ce numéro est l'occasion de livrer quelques-uns des résultats de cette belle recherche collective.

Bonne lecture !

Olivia Sabard

Chronique de jurisprudence

Droit des obligations

Bail

Cautionnement

Contrat de fourniture

Responsabilité contractuelle

Responsabilité extracontractuelle

Chronique de jurisprudence en droit des obligations

*Par les étudiants du Master 2
Carrières judiciaires et techniques contentieuses dans l'entreprise*

1) Bail

Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile, 3 février 2013, n°13/02478

Suivant acte sous seing privé du 1er août 2007, la SCI ACTINOVIS a donné à bail à la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE des locaux commerciaux sis 85 boulevard de la Salle, ZAC de Charbonnière, à SAINT JEAN DE BRAYE (45).

Les loyers ayant cessé d'être payés, la SCI ACTINOVIS a fait délivrer à la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE, suivant acte du 20 septembre 2012, un commandement de payer visant la clause résolutoire contenue au bail.

Ce dernier étant resté sans effet, elle a, par acte du 6 mars 2013, saisi le juge des référés du tribunal de grande instance d'ORLÉANS, aux fins de voir constater la résiliation du bail, de voir ordonner l'expulsion de la locataire et de la voir condamner au paiement de l'arriéré de loyers, ainsi que des indemnités d'occupation continuant à courir jusqu'à la libération des lieux.

Par ordonnance du 14 juin 2013, le juge des référés a :

- constaté la résiliation du bail,
- autorisé l'expulsion de la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE,
- condamné cette dernière à payer à la SCI ACTINOVIS une provision de 20.708,67 € à valoir sur les loyers, charges et indemnités d'occupation échus, outre une indemnité d'occupation de 2.590,55 € par mois à compter du 1er avril jusqu'à la libération des lieux et une indemnité de 800 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE aux dépens, en ce compris le coût du commandement de payer.

La S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE a interjeté appel de cette décision.

Suivant conclusions du 30 septembre 2013, elle en sollicite l'infirmité et demande à la cour de :

- prendre acte de la libération des lieux,
- faire injonction, sous astreinte, à la SCI ACTINOVIS de reprendre possession des clés entre les mains de maître François LEFEVRE, huissier de justice à ORLÉANS,
- prendre acte du virement de 7.914,56 € effectué le 27 septembre 2013, en paiement des loyers restant dus au 30 mars 2013,
- à défaut de prononcer la compensation des loyers restant dus avec le dépôt de garantie, dire que le solde des loyers s'élève à 5.022,50 € et ordonner la restitution du dépôt de garantie du même montant,
- condamner la SCI ACTINOVIS à lui payer la somme de 2.500 € à titre de dommages et intérêts et celle de 1.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- la condamner aux dépens.

La S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE soutient qu'elle a quitté les lieux le 30 mars 2013, que, par e-mail du 1er avril 2013, elle a informé la SCI ACTINOVIS de ce qu'elle se tenait à sa disposition pour l'état de lieux et la remise des clés, qu'elle a fait procéder à un constat d'huissier le 22 juillet 2013 qui confirme que les locaux étaient libres d'occupation à cette date et constate la remise des clés entre les mains de l'huissier instrumentaire, que la

demande d'expulsion était donc sans objet, que le juge des référés a omis de statuer sur la demande de délais de paiement qu'elle avait formulée, que le décompte retenu par le premier juge est erroné, qu'il ne pouvait être mis à sa charge une indemnité d'occupation à compter du 1er avril 2013 puisque les lieux étaient libérés, que le solde dû au 31/03/2013 s'élevait, déduction faite des paiements intervenus, à la somme de 12.937,06 €, dont il convient de déduire le dépôt de garantie, de sorte que la dette est en définitive de 7.914,56 €, somme réglée par un virement effectué le 27 septembre 2013.

Suivant conclusions du 16 octobre 2013, la SCI ACTINOVIS sollicite la confirmation de l'ordonnance déférée, demande qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle a repris possession des clés des locaux au 30 juillet 2013, demande à la cour de dire que la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE est redevable des indemnités d'occupation jusqu'à cette date, de débouter l'intéressée de ses demandes, de la condamner à lui payer la somme de 2.500 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de la condamner aux entiers dépens.

La SCI ACTINOVIS allègue qu'elle n'a pas été officiellement avertie par la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE de ce que celle-ci avait quitté les lieux, que la locataire ne lui a, de toutes façons, pas remis spontanément les clés, que le procès-verbal de constat qu'elle a fait dresser par maître LEFEVRE démontre qu'à cette date elle était toujours en possession des clés, que le locataire reste tenu des indemnités d'occupation jusqu'à la libération effective des lieux, soit jusqu'à la remise des clés entre les mains du bailleur, qu'elle a elle-même pris la décision d'aller chercher les clés à l'étude de l'huissier, alors qu'elle n'y était pas obligée, ce qui a été fait le 30 juillet 2013, que les indemnités d'occupation sont dues jusqu'à cette date, que le dépôt de garantie ne peut être imputé sur les sommes dues, tant qu'il n'a pas été procédé à l'état des lieux de sortie contradictoire, et que, au 30 juillet 2013, la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE était redevable de la somme de 32.301,37 €, selon décompte versé aux débats.

SUR CE, LA COUR :

Attendu que la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE ne pouvait se contenter d'adresser au bailleur un simple e-mail l'informant, du jour au lendemain, qu'elle avait quitté les lieux, sans respecter les obligations qui lui incombent en sa qualité de locataire, et notamment celle de restituer les clés après établissement d'un état des lieux de sortie ;

Que ce simple e-mail ne pouvait la délier de ses engagements ;

Qu'elle restait tenue de ses obligations jusqu'à la remise effective des clés au bailleur, celle-ci, seule, équivalent à la restitution des locaux ;

Que le procès-verbal de constat d'huissier que la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE a pris l'initiative de faire établir par maître LEFEVRE, le 22 juillet 2013, démontre que l'intéressée était toujours en possession des clés à cette date ;

Que la remise desdites clés à cet huissier ne vaut pas restitution à la SCI ACTINOVIS, dont maître LEFEVRE n'était pas le mandataire ;

Que la restitution ne peut être considérée comme intervenue qu'à la date du 30 juillet 2013, à laquelle le bailleur a effectué la démarche d'aller récupérer les clés, ce qui ne lui incombait, certes, pas ;

Que la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE reste donc tenue de ses obligations jusqu'à cette date ;

Attendu qu'il n'est pas contesté par l'appelante qu'à la date du commandement de payer du 27 novembre 2012, elle était débitrice, en principal, de la somme de 25.984,39 €, représentant les loyers impayés ;

Qu'il est tout aussi constant que l'intéressée ne s'est pas acquittée des sommes dues dans le mois du commandement ;

Que la clause résolutoire prévue au bail a, par conséquent, joué ;
Que c'est à bon droit que le premier juge a constaté la résiliation du bail et qu'il a ordonné l'expulsion de la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE, étant observé qu'à la date de sa décision (14 juin 2013) les lieux n'avaient pas encore été libérés ;
Qu'il sera toutefois observé qu'à la date du présent arrêt, la SCI ACTINOVIS a repris possession des locaux, de sorte qu'il n'y a pas lieu de confirmer la décision d'expulsion ;
Attendu qu'il résulte du dernier décompte produit qu'au 30 juillet 2013, la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE reste débitrice, déduction faite des acomptes versés (7.572,41 € au 7/02/2013 ; 6.468,00 € au 1/04/2013 ; 6.468,53 € au 29/05/2013), de la somme de 32.301,37 €, dont il convient de déduire l'indemnité de 800 € accordée par le juge des référés au titre de l'article 700 du code de procédure civile, laquelle n'a pas à figurer dans le compte locatif, soit un solde dû de 31.501,37 € ;
Que, si le dépôt de garantie, qui doit garantir le bailleur d'éventuelles réparations locatives, n'a pas à être déduit du montant des loyers tant qu'il n'a pas été procédé à l'état de lieux de sortie, force est de constater, en l'état, que la SCI ACTINOVIS, qui a récupéré les clés depuis le 30 juillet 2013, ne justifie pas qu'elle ait fait procéder, ou tenté de le faire, à un tel état des lieux, ni, par conséquent, que des réparations locatives incomberaient à la locataire ;
Que, faute pour la SCI ACTINOVIS de justifier de charges pesant sur la locataire, autres que celles visées au décompte produit, il convient d'imputer le dépôt de garantie sur le solde dû ;
Que la dette locative de la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE s'élève par conséquent à 31.501,37 € - 5.022,50 € = 26.478,87 € ;
Que l'ordonnance entreprise sera réformée, pour tenir compte des indemnités d'occupation échues postérieurement à son prononcé ;
Que la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE sera ainsi condamnée à payer à la SCI ACTINOVIS, à titre de provision, la somme de 26.478,87 €, cette condamnation étant prononcée en deniers ou quittances pour tenir compte d'éventuels règlements postérieurs, et notamment d'un règlement du 27 septembre 2013, dont se prévaut l'appelante mais dont elle ne rapporte pas la preuve indiscutable ;
Attendu que l'ordonnance déférée sera confirmée en ses autres dispositions non contestées ;
Attendu que la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE, qui succombe pour l'essentiel, sera déboutée de ses autres demandes et condamnée aux dépens, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 € pour les frais irrépétibles exposés par l'intimée en cause d'appel ;

PAR CES MOTIFS :

STATUANT publiquement, contradictoirement, en matière de référé et en dernier ressort,
CONFIRME l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a constaté la résiliation du bail et ordonné l'expulsion de la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE, décision du 03/02/2014 - RG n° 13/02478 - 6

DONNE ACTE à la SCI ACTINOVIS de ce qu'elle a repris possession des lieux et constate que la décision ordonnant expulsion est devenue sans objet,

RÉFORME la décision déférée quant au montant de la provision allouée,

STATUANT A NOUVEAU de ce chef,

CONDAMNE la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE à payer, en deniers ou quittances, à la SCI ACTINOVIS une provision de 26.478,87 €, à valoir sur les loyers, charges et indemnités d'occupation,

CONFIRME en ses autres dispositions, non contraires à celles du présent arrêt, l'ordonnance entreprise,

Y AJOUTANT,

CONDAMNE la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE à payer à la SCI ACTINOVIS la somme de MILLE CINQ CENTS EUROS (1.500 €), sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

REJETTE le surplus des demandes,

CONDAMNE la S.A.R.L. SOLAR ELECTRIC FRANCE aux dépens d'appel.

Commentaire : La remise des clés à un huissier de justice non mandaté ne décharge pas le locataire de ses obligations vis-à-vis du bailleur.

De la même manière que la mise en location d'un logement est empreinte d'un certain formalisme, la résiliation du bail d'habitation obéit à des règles rigoureuses qui sont précisées par la jurisprudence.

Suivant acte sous seing privé, une SCI a donné à bail à une SARL des locaux à usage commercial. Les loyers ayant cessé d'être payés par la SARL locataire, la SCI bailleuse a alors fait délivrer par acte du 20 septembre 2012 un commandement de payer visant la clause résolutoire contenue au bail.

Ce commandement étant resté sans effet, elle a alors saisi le juge des référés aux fins de voir constater la résiliation du bail et ordonner l'expulsion de la SARL, ainsi que de la voir condamner au paiement des indemnités d'occupation et de l'arriéré de loyers continuant à courir jusqu'à la libération effective des lieux.

Le juge des référés saisi a alors pris la décision de constater la résiliation du bail et a autorisé l'expulsion de la SARL, en plus de sa condamnation à payer au bailleur une provision de 20 708, 67 euros à valoir sur les loyers, charges et indemnités d'occupation.

Cependant, la SARL décida de faire appel de cette décision en arguant du fait qu'elle a quitté les lieux le 30 mars 2013 et qu'elle avait informé son bailleur de ce qu'elle se tenait à sa disposition pour effectuer l'état des lieux et lui remettre les clés. En outre, l'appelante soutient qu'elle a fait effectuer par un huissier de justice un constat le 22 juillet 2013 prouvant qu'elle avait quitté les lieux. L'appelante estime par ailleurs que les premiers juges n'auraient pas statué sur ses demandes de paiement et que le décompte des sommes dues est erroné. En conséquence, elle sollicite la réformation du jugement, ainsi que la prise d'acte de la libération des lieux à la date du 30 mars 2013, date à laquelle elle aurait quitté effectivement les lieux.

Le bailleur, quant à lui, soutient qu'il n'a pas été officiellement averti par le locataire de son départ des lieux et que cette dernière ne lui a pas remis les clés comme elle l'aurait dû, qu'elle n'était d'ailleurs pas obligée d'aller chercher les clés chez l'huissier de justice auprès duquel les clés ont été déposées par le locataire. Dans ces conditions, le bailleur sollicite la confirmation du jugement rendu en première instance.

Saisis de l'affaire, les juges d'appel, qui confirment le jugement, apparaissent donner raison à la SCI bailleuse. En effet, le fait pour un locataire d'adresser un e-mail informant le bailleur de ce qu'il quitte les locaux du jour au lendemain ne décharge pas le premier des obligations qui pèsent sur lui en sa qualité de locataire jusqu'à la remise effective des clés entre les mains du second, peu importe que les clés soient remises entre les mains d'un huissier de justice dès lors que ce dernier n'est pas mandaté par le bailleur.

Suivant une jurisprudence classique en la matière, il est jugé que n'a pas respecté son obligation la SARL locataire qui a remis les clés à un huissier de justice qui n'était pas expressément mandaté et dont rien ne démontre qu'il aurait reçu un tel mandat apparent permettant de pouvoir recevoir lesdites clés¹.

¹ Cass. 3^e civ., 13 nov. 1997: n° 96-11493.

Il convient alors d'estimer qu'un local d'habitation ou commercial n'est considéré comme restitué à son propriétaire que par la remise effective des clés à ce dernier ou à son mandataire. Dans le cas contraire, il faut donc considérer que le bail, bien que rompu par décision de justice, produit encore des effets, et qu'en conséquence le paiement des loyers, la réparation des dommages causés au local, et plus généralement toutes les obligations relatives au bail sont maintenus et pèsent encore sur le locataire jusqu'à ce qu'à ce que les clés soient effectivement entre les mains du bailleur².

Ce n'est donc pas tant la remise par quel que moyen que ce soit des clés au bailleur par le locataire qui compte ici mais véritablement le fait que les clés se trouvent entre les mains du premier. En effet, par cet arrêt, la Cour d'appel adopte une conception concrète, matérielle et extériorisée de la remise des clés au bailleur et non pas abstraite, subjective et intériorisée : la seule volonté du locataire de mettre fin au bail, même par un e-mail, est insuffisante et il lui appartient donc de respecter les dispositions légales inhérentes au bail qu'il a conclu et qui lui imposent notamment de donner un préavis de un à trois mois, selon la situation, à son bailleur³. Une restitution anticipée des clés par le locataire qui ne respecte pas les délais de préavis ne le libère donc pas de ses obligations s'il ne parvient pas à établir que la faute ne lui est pas imputable. C'est pourquoi, en l'espèce, le locataire n'ayant pas respecté les obligations tenant au bail et à sa fin, qui obéit à un rigoureux formalisme, la faute lui était imputable et la Cour décide logiquement de mettre à sa charge tous les loyers impayés jusqu'au 30 juillet, date à laquelle le bailleur s'est déplacé lui-même dans les locaux de l'huissier instrumentaire afin de récupérer les clés gardées par ce dernier.

La jurisprudence considère donc que la libération des lieux n'intervient qu'à la date de la remise des clés entre les mains du bailleur directement ou par un tiers mandaté, sauf dans le cas d'une remise tardive qui serait imputable au bailleur⁴. Cela est notamment le cas d'un bailleur refusant systématiquement la remise des clés de la part de son locataire, qui serait de mauvaise foi, ou encore en cas d'incapacité du locataire. En effet, la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 n'oblige pas expressément le bailleur à faire preuve de diligence pour récupérer les lieux dont il est propriétaire mais la circonstance du décès du locataire justifie naturellement qu'il appartienne au bailleur de prendre les diligences et mesures nécessaires pour faire libérer les lieux et les récupérer.

En conséquence, les juges qui confirment le jugement de première instance appliquent une jurisprudence classique en la matière : dès lors que le bailleur de bonne foi n'a pas expressément mandaté un tiers pour récupérer les clés, le locataire ne peut valablement se libérer de ses obligations en remettant les clés à ce dernier, quand bien même le bailleur en aurait eu connaissance.

Thomas GABORIT

2) Cautionnement

Cour d'appel de Bourges, chambre civile, 13 mars 2014, n°13/00304

Le 7 juin 2010, la SCI DLCS IMMO loue à Madame Nathalie KOUDJIH un appartement situé 8, rue George Sand à Châteauroux moyennant un loyer mensuel de 450 € et une provision sur charges de 10 €, avec la caution solidaire de Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH, mère de la locataire.

² CA Aix-en-Provence, 11e ch., 26 avr. 1988.

³ Article 15 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989.

⁴ CA Versailles, 1ère ch., 4 mars 2014, n° 12/08267.

Par jugement du 9 décembre 2011, le Tribunal d'instance de Châteauroux constate l'acquisition de la clause résolutoire au 8 mai 2011 et ordonne l'expulsion de la locataire et de tous occupants de son chef. Le 14 octobre 2011, un état des lieux de sortie est établi par Maître HYNDERICK, huissier, en l'absence de Madame Nathalie KOUDJIH.

Les 17 et 25 avril 2012, la SCI DLCS IMMO fait assigner Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH et Madame Nathalie KOUDJIH à comparaître devant le Tribunal d'instance de Châteauroux pour obtenir leur condamnation solidaire à lui payer la somme de 6980,50 € au titre des réparations de l'appartement et du remplacement du mobilier, après déduction du montant du dépôt de garantie de 450 €, outre la somme de 750 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par jugement du 14 décembre 2012, en l'absence de Madame Nathalie KOUDJIH, le Tribunal d'instance condamne solidairement Madame Nathalie KOUDJIH et Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH à payer à la SCI DLCS IMMO la somme de 5 839,05 € au titre de l'indemnisation des réparations locatives et autorise Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH à régler sa dette en 24 mensualités de 240 € avant le 15 de chaque mois. Il condamne Madame Nathalie KOUDJIH à payer à la SCI DLCS IMMO la moitié du coût du procès verbal d'état de sortie et la somme de 750 € en application de l'article 700 du code de procédure civile. Il met enfin les dépens solidairement à la charge de Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH et Madame Nathalie KOUDJIH. Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH relève appel de ce jugement.

Par conclusions du 3 janvier 2014, Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH invoque l'autorité de la chose jugée le 9 décembre 2011 par le jugement qui l'a condamnée à payer à titre de caution la somme de 652,27 € au titre d'un arriéré de loyers et charges à l'exclusion des autres demandes qui ont été rejetées. Elle conclut à l'infirmité du jugement du 14 décembre 2012. Par ailleurs, elle fait valoir que l'engagement de caution qu'elle a signé ne comportait pas la reproduction des mentions manuscrites précisées par les articles L 341-2 et L 341-3 du code de la consommation et qui sont prescrites à peine de nullité. Elle invoque en outre la disproportion entre la portée de son engagement et ses revenus mensuels de 829,41 € en juin 2010. Elle ajoute qu'elle n'a plus d'emploi depuis septembre 2012 et que la durée de l'engagement de caution est limitée à "la durée du bail qui est d'un an, ses reconductions tacites et renouvellements successifs dans la limite de 5 ans", soit jusqu'au 7 mai 2011. Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH demande enfin la condamnation de la SCI DLCS IMMO à lui payer la somme de 2 000 € en application de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, à Maître Aurore THUMERELLE, avocate. Par conclusions du 7 janvier 2014, la SCI DLCS conclut à la confirmation du jugement déféré, sauf à porter le montant de la condamnation contre Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH à la somme initialement demandée, soit 6 980,50 € et au rejet des délais de paiement et des autres demandes de l'appelante. Elle sollicite la condamnation de l'appelante à lui payer la somme de 2 500 € en application de l'article 700 du code de procédure civile. Madame Nathalie KOUDJIH, qui a fait l'objet de deux procès verbaux de recherches infructueuses datés des 24 septembre et 30 décembre 2013, n'a pas pu être touchée et n'a pas comparu devant la cour.

DÉCISION

A) Sur la demande dirigée à l'encontre de la SCI DLCS IMMO à l'encontre de Madame Nathalie KOUDJIH

Attendu que pour limiter le montant des dommages-intérêts alloués à la SCI DLCS IMMO, le premier juge a relevé que deux postes de la demande n'étaient pas justifiés (masticage de deux portes pour 119,60 € TTC ; remplacement de bac de douche pour 1 021,85 € TTC) ;

Que cependant, en cause d'appel, la SCI DLCS IMMO produit les pièces suivantes :

- la facture n° FA0310 établie par la SARL DALYENCE pour le masticage de 2 portes en attente de remplacement, pour 100 € HT, soit, 119,60 € TTC,

- la facture n° 1924 du 17/04/2012, établie par la SARL BERRY CHAUFFAGE pour le remplacement du bac à douche, pour le montant de 444,05 € TTC ;

Que dans ces conditions, le montant justifié de la créance de la SCI DLCS IMMO à l'encontre de

Madame Nathalie KOUDJIH au titre des réparations locatives s'élève à la somme de :

montant des réparations justifiées: 6 852,70 € TTC

déduction du dépôt de garantie.....: 450,00 €

solde dû.....: 6 402,70 € TTC

Qu'en conséquence, le montant de la condamnation prononcée à l'encontre de Madame Nathalie

KOUDJIH sera rectifié et porté à 6 402,70 € TTC ;

B) Sur la demande dirigée contre Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH en sa qualité de caution solidaire de Madame Nathalie KOUDJIH

1) Sur l'autorité de la chose jugée le 9 décembre 2011

Attendu que l'article 1351 du code civil limite l'autorité de la chose jugée aux décisions rendues entre les mêmes parties et portant sur des objets et des causes identiques ;

Attendu qu'en l'espèce, le litige porté devant le Tribunal d'instance de Châteauroux et jugé le 9 décembre 2011 avait pour objet à la demande de la SCI DLCS IMMO, outre la résiliation judiciaire du bail locatif du logement situé 8, rue George SAND à Châteauroux par Madame Nathalie KOUDJIH pour défaut de paiement des loyers et charges échues malgré commandement de payer revêtu de la clause résolutoire, la condamnation de Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH en sa qualité de caution solidaire avec la locataire, Madame Nathalie KOUDJIH, des sommes dues au titre des loyers et charges échus (652,27 €), l'indemnité d'occupation jusqu'à la libération effective des lieux, et une somme sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Que l'assignation délivrée ultérieurement à la requête de la SCI DLCS IMMO à Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH et Madame Nathalie KOUDJIH les 17 et 25 avril 2012 pour comparaître devant la même juridiction, vise des faits postérieurs au prononcé du jugement du 9 décembre 2011 et porte sur la mise à la charge de la locataire et de la caution, du coût des réparations locatives après libération des lieux ;

Qu'à l'évidence, l'objet et la cause de cette instance est distincte de celle qui a donné lieu au jugement du 9 décembre 2011 ;

Attendu que la cour confirmera la décision déférée sur ce point ;

2) Sur la validité de l'engagement de la caution

Attendu que l'article L 341-2 du code de la consommation précise que : "Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même" ;

Attendu que l'article L 341-3 du code de la consommation précise que : "Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la

mention manuscrite suivante : "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X..." ;

Attendu que l'acte sous seing privé de cautionnement signé le 7 juin 2010 par Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH prote la mention manuscrite suivante : "Je soussignée Madame Angélique CHEVALIER née le 5 août 1986 à Argenteuil (Dpt 95) représente et cautionne Madame Nathalie KOUDJIH, née le 10 octobre 1962 à Paris 12ème (Dpt 75), lecture faite du texte du présent contrat dont un exemplaire m'a été remis, me porte caution solidaire en renonçant au bénéfice de discussion et de division, du paiement des loyers d'un montant de 450 € par mois payable d'avance le premier de chaque mois (...) et du paiement des charges justifiées ainsi que des frais d'indemnités et pénalités de toute nature prévus au bail que la locataire (...) Et dont j'ai une parfaite connaissance. Cet engagement vaut pour la durée du présent bail qui est de un an ses reconductions tacites et renouvellements successifs dans la limite de cinq ans de cautionnement prendra ainsi fin le 7 juin 2015. Je reconnais mesurer l'entière étendue tant en montant qu'en nature et en (?) de mon engagement et m'engage à payer au bailleur (...) Toute somme impayée due au titre du présent bail et que pour ce faire j'inscris mes biens et revenus en gage (...)" ;

Attendu que l'exigence posée par les textes légaux tend à instaurer une limite maximale du montant de l'engagement financier de la caution solidaire personnelle d'un débiteur ;
Qu'en raison de la portée d'ordre public de protection de la caution des dispositions légales susvisées, l'omission de cette mention constitue une cause de nullité de l'engagement ;
Attendu qu'en l'espèce, en dehors de la référence expresse au montant mensuel du loyer du par la locataire Madame Nathalie KOUDJIH qui est garanti par l'engagement de caution souscrit par Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH, il ne ressort de la mention manuscrite aucun montant déterminé à l'avance et constituant la limite maximale de cet engagement qui pourrait porter sur "le paiement des charges justifiées ainsi que des frais d'indemnités et pénalités de toute nature prévus au bail" ;

3) Sur la demande fondée sur l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991

Attendu que la défense de l'appelante justifie l'allocation d'une indemnité de 1 000 € ;

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Confirme le jugement concernant la condamnation à l'encontre de Madame Nathalie KOUDJIH, sauf à porter le montant à la somme de 6 402,70 € TTC ;

Le réforme pour le surplus,

Statuant à nouveau,

Déclare nul l'engagement de caution solidaire souscrit par Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH en garantie des sommes dues par Madame Nathalie KOUDJIH à la SCI DLCS IMMO au titre des réparations locatives après libération des lieux ;

Fixe à 1000 € le montant de l'indemnité due à l'avocat de Madame Angélique CHEVALIER-KOUDJIH au titre de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 ;

Condamne Madame Nathalie KOUDJIH aux entiers dépens.

Commentaire : Limiter le montant de son engagement auprès du créancier professionnel : une obligation d'ordre public pour la caution solidaire.

Les faits étaient les suivants : un contrat de bail avait été conclu entre un particulier et une société immobilière. La mère de la locataire s'était portée caution de celle-ci. L'inexécution

ou la mauvaise exécution de ce contrat a abouti à sa résolution judiciaire, la caution étant alors sollicitée pour garantir les sommes à verser, découlant de cette décision. Des dommages sont survenus dans le logement après le prononcé de cette décision. La société immobilière fait constater ces dommages par huissier, ce qui lui permet de saisir une nouvelle fois le tribunal d'instance de Châteauroux pour que soient versées des sommes, cette fois-ci, au titre de la réparation de ces derniers dommages. Le tribunal fait droit à cette demande et la caution est une nouvelle fois sollicitée pour garantir ces sommes. La caution interjetée alors appel du jugement. Elle soulève l'argument suivant : l'acte de cautionnement n'est pas valable. La raison évoquée est la rédaction de l'acte. Certes, la caution, respectant l'exigence formaliste, a bien recopié les mentions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. Certes, cette caution semble bien tout d'abord limiter le montant de son engagement mais la rédaction des mentions permet ensuite de déduire que la garantie vaut aussi pour « *des frais d'indemnités et pénalités de toute nature prévus au bail* ». La caution s'engage donc à garantir des sommes dont l'étendue est indéterminée. Cet arrêt donne l'occasion de revenir sur l'obligation posée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation et plus accessoirement sur celle posée par l'article L. 341-3 du même code, car celle-ci était également évoquée.

Il faut distinguer ces deux obligations. Notons tout d'abord que ces deux textes imposent des obligations de rédaction à la caution qui s'engage envers un créancier professionnel⁵.

La première disposition oblige la caution à recopier une formule (« *En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* »). Recopier cette formule est une exigence formelle : elle doit donc être respectée à peine de nullité de l'acte de cautionnement. Cette nullité a été précisée par la jurisprudence⁶. Il s'agit d'une nullité relative, ce qui implique qu'il s'agit d'une obligation relevant de l'ordre public de protection. La Cour le rappelle dans cet arrêt. L'article L. 341-2 du Code de la consommation est ainsi considéré comme un « *dispositif légal qui s'articule sur le besoin particulier qu'aurait la caution de voir son consentement ainsi éclairé* »⁷. Le caractère protecteur de cet article réside également en ce que les juges en ont fait une application très rigoureuse. En d'autres termes, la violation de l'obligation de rédaction était très simple à caractériser et la nullité de l'acte qui en découlait était quasi « *automatique* »⁸ mais cette interprétation littérale a eu des conséquences négatives. En effet, certaines cautions de mauvaise foi ont soulevé la nullité de leur engagement sur le fondement de différences entre la ponctuation utilisée dans le texte recopié et celle du texte de l'article de loi⁹. Cela a obligé les juges à adopter une méthode plus « *téléologique* »¹⁰ pour l'application de l'article. C'est ainsi qu'aujourd'hui, dès lors que « *la portée des mentions manuscrites* » n'est pas affectée¹¹, les juges permettent une certaine souplesse dans la rédaction de ces mentions.

⁵ La définition de la notion a été donnée dans l'arrêt suivant : Cass. 1^o civ., 9 juil. 2009 : Bull. civ. I, n^o 173. Bien que la qualification de la SCI en tant que « créancier professionnel » fasse l'objet de débats, cette question n'étant pas abordée dans le cadre de l'instance, nous partons du principe que la SCI, en l'espèce, est bien un créancier professionnel. V. sur ce débat Cass. 3^o civ., 9 mars 2011 : n^o 10-11.011 ; CA Bordeaux, ch. civ. 2, 20 oct. 2010 : n^o 08-06.409.

⁶ Cass. com., 5 février 2013 : Bull. civ. IV, n^o 20.

⁷ D. 2013, p. 1113, note V. Avena-Robardet.

⁸ Note V. Avena-Robardet, précit.

⁹ Cass. 1^o Civ., 11 septembre 2013 : n^o 12-19.094.

¹⁰ A. Aynès, Ph. Dupichot, *Chronique de droit des sûretés mai-décembre 2013 : cautionnement sous pression, porte-fort en question et hypothèque rechargeable en sursis*, Revue Droit et Patrimoine 01/02/2014, n^o 233, p. 54-70.

¹¹ Cass. 1^o civ, 22 janvier 2014 : n^o 12-29.177, Gaz. Pal. 2014, n^o 78-79, p. 12, note C. Albiges.

La seconde obligation ne s'applique que dans la mesure où la caution a choisi de renoncer au bénéfice de discussion et au bénéfice de division. Cette obligation consiste également, pour la caution, à recopier une formule. Si la caution choisit de renoncer à ces deux bénéfices, sa signature doit être précédée des formules de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, ensuite doivent suivre les mentions prévues par l'article L. 341-3 du Code de la consommation et à la fin, doit apparaître la signature de la caution. On notera cependant que la Cour de cassation est là aussi devenue moins rigoriste¹². Ainsi, une rédaction moins scrupuleuse de ces mentions n'aboutit pas à la nullité de l'acte de cautionnement mais uniquement à « *l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité* » (mais « *l'engagement souscrit par la caution demeure valable en tant que caution simple* »)¹³.

En l'espèce, bien que les parties aient respecté ces exigences légales, même si l'on peut noter un mélange dans la rédaction des dispositions à recopier (ce qui n'est cependant pas sanctionné), l'acte de cautionnement est déclaré nul. La Cour d'appel donne la raison de la nullité de l'acte : le montant pour lequel s'engageait la caution était illimité. Ce n'étaient donc pas « classiquement » les erreurs ou l'omission de rédaction des mentions prévues aux articles susvisés qui étaient en cause mais le fait que la caution s'était engagée de façon illimitée, ou en tout cas de façon indéterminée.

Cet arrêt peut d'abord prêter à confusion dans la mesure où la Cour traite les deux dispositions sur le même plan alors que, comme on a pu le voir, ces textes entretiennent une certaine indépendance, sauf volonté contraire de la caution.

Cet arrêt mérite ensuite une attention particulière dans la mesure où la solution apparaît être un changement quant à l'objet de l'obligation imposée par les textes susvisés. En effet, en affirmant que « *l'exigence posée par les textes légaux tend à instaurer une limite maximale du montant de l'engagement financier de la caution solidaire personnelle d'un débiteur* », la Cour d'appel semble réduire l'obligation de rédaction imposée par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation : la caution solidaire personnelle n'aurait désormais comme obligation que celle de mentionner un montant maximum.

Si cette solution est confirmée, elle aboutirait à deux conséquences.

La première conséquence serait que la violation des articles serait caractérisée dès lors que le contrat ne mentionne pas le montant maximal pour lequel la caution s'engage.

La Cour d'appel propose en effet de sanctionner, non l'absence de mention manuscrite, ni la mauvaise rédaction des dispositions mais l'absence de détermination d'un montant maximal de l'engagement. Bien que ce « recadrage » de l'objet de l'obligation de rédaction puisse apparaître très réducteur, il est conforme à l'esprit du texte. En effet, lors de la rédaction de ces textes protecteurs, l'esprit du législateur était d'imposer « *la rédaction par la caution d'une mention manuscrite très précise, censée garantir la conscience qu'a la caution de la teneur de son engagement, requise à peine de nullité de l'acte* »¹⁴. L'esprit de cette loi était le formalisme informatif, le but ultime étant, encore une fois, la protection de la caution. La position de la Cour d'appel, si elle était confirmée, ne remettrait pas en question l'esprit du texte. En effet, en adoptant ici une telle solution, la Cour d'appel respecte ce but de protection et plus précisément le but d'information pour la caution. La Cour ne fait que recentrer l'objet de l'information de la caution. Ce qui est important, c'est que cette dernière ait conscience de l'étendue de son engagement et le meilleur moyen pour s'en assurer est de l'obliger à déterminer clairement cette étendue.

¹² Cass. com., 5 avril. 2011 : Bull. civ. IV, n° 54, 16 octobre 2012 : Bull. civ. IV, n° 184, 4 juin 2013 : n° 12-16.611.

¹³ Cass. com., 8 mars 2011: Bull. civ. IV, n° 31.

¹⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation*, RTDcom. 2012, p. 705, spéc. n° 29.

La deuxième conséquence de l'adoption de cette solution serait la consécration d'un nouveau type de contrôle à destination des juges pour s'assurer de la protection de la caution. Ce contrôle aurait alors le mérite d'être objectif. En effet, d'après la jurisprudence récente¹⁵, la protection de la caution semble être acquise dès lors que la caution a compris la mesure de son engagement. Or, comme nous l'avons vu, les juges ne se limitent plus à la simple référence de l'exacte rédaction des mentions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation (ce qui avait au moins le mérite de constituer une référence objective) : le critère pour s'assurer de la protection de la caution est la compréhension de l'étendue de son engagement par celle-ci, ce qui ne donne pas vraiment lieu à un contrôle objectif. Le contrôle suggéré par la Cour d'appel de Bourges dans le cadre de cette instance regagnerait en objectivité, car il est plus neutre de contrôler la mention d'un montant maximal que de contrôler le niveau de compréhension de l'engagement de la caution.

La confirmation de cette nouvelle obligation, pour la caution, par les juges de cassation, serait donc la bienvenue. Elle permettrait également de savoir si une telle exigence est consacrée pour toute caution personnelle, ou si cette exigence ne vaut que lorsque la caution choisit l'option de la solidarité.

Quel que soit le réel objet de l'obligation de la caution, l'exigence posée par les textes légaux était violée selon la Cour d'appel de Bourges. Étant donné qu'il s'agit d'une obligation relevant de l'ordre public de protection, la violation de cette exigence ne pouvait qu'aboutir à la sanction de nullité. Cette solution est prévue par le texte de l'article 6 du Code civil, et plus particulièrement par l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Cette sanction restait donc inchangée.

Monique POTET

3) Contrat de fourniture

Cour d'appel de Bourges, chambre civile, 6 février 2014, n°13/00667

FAITS ET PROCÉDURE

La SARL Y, distributeur de peinture et matériel pour carrosserie industrielle, a été en relation d'affaires avec l'EURL X, spécialisée dans la carrosserie et la peinture automobiles, en 2005, 2006 et au début de l'année 2007.

Dans ce cadre, un matériel était mis à la disposition de l'EURL X ainsi qu'un stock de peintures.

A la suite de la rupture des relations contractuelles entre les deux parties la SARL Y a repris le matériel et envoyé une facture à la l'EURL X en contrepartie du stock de peinture non récupéré.

Faisant état d'un contrat de fourniture de peinture du 4 avril 2005 et de sa rupture par l'EURL X par courrier du 19 décembre 2006 mettant fin aux relations contractuelles, du non paiement d'une facture correspondant au différentiel de stock après reprise de son matériel déposé au siège du garage de l'EURL X, la SARL Y a fait assigner l'EURL X devant le

¹⁵ V. note C. Albiges, précit.

tribunal de commerce de Blois par acte d'huissier du 24 juillet 2008 en paiement des sommes de :

- 10 312,61 € TTC, outre intérêt au taux légal à compter d'une mise en demeure du 21 août 2008,*
- 3 000 € à titre de dommages intérêts pour préjudice moral né de la rupture brutale du contrat,*
- 13,80 € au titre de frais bancaires et 2 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.*

L'EURL X a soutenu en défense qu'elle n'avait pas signé de contrat avec la SARL Y et que le document du 4 avril 2005 versé aux débats relatif à un contrat de dépôt était un faux résultant du montage de photocopies pour solliciter du tribunal la désignation d'un expert aux fins d'examen du document litigieux.

Par jugement du 18 septembre 2009 le tribunal de commerce de Blois a condamné l'EURL X à payer à la SARL Y les sommes de 10 312,61 € TTC outre intérêts au taux légal à compter du 21 mai 2008 et de 1 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, avec bénéfice de l'exécution provisoire.

Sur appel interjeté de cette décision par l'EURL X la Cour d'Appel d'ORLÉANS a confirmé le jugement par arrêt du 31 mars 2011, rejetant par ailleurs les demandes en dommages intérêts formées respectivement par les parties.

Sur le pourvoi formé par l'EURL X la Cour de Cassation, par arrêt du 12 juin 2012, a cassé et annulé en toutes ses dispositions l'arrêt susvisé au visa des articles 287 et 288 du code civil, au motif que la cour d'appel pour accueillir la demande de la SARL Y avait énoncé que celle-ci produisait un contrat sur une partie duquel l'EURL X avait apposé son cachet commercial avec la signature du gérant, sans vérifier, comme il lui était demandé, l'écrit contesté, sauf possibilité de statuer sans en tenir compte.

Vu la déclaration de renvoi de cassation devant la présente Cour 25 avril 2013 et sa saisine,

Vu les dernières conclusions du 31 octobre 2013 de l'EURL X, faisant valoir d'une part que l'absence de signification simultanée de ses pièces visées par ses conclusions du 18 août 2013 devraient entraîner le rejet des débats, et d'autre part, sur le fond, l'absence de signature d'un contrat avec la SARL Y et donc l'absence de rupture brutale alléguée, et le fait qu'elle tient à la disposition de la SARL Y le stock encore en sa possession,

et tendant :

- à l'infirmerie partielle du jugement du tribunal de commerce de Blois,*
- au rejet des pièces versées aux débats par SARL Y,*
- à ce qu'il soit constaté sa mise à disposition du matériel litigieux à la SARL Y aux fins de restitution,*

- au débouté de la SARL Y de ses demandes de condamnations pécuniaires,

- à la condamnation de la SARL Y à lui payer les sommes de 3 000 € à titre de dommages intérêts et de 3 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Vu les conclusions de la SARL Y du 3 octobre 2013 faisant valoir que la signature du représentant de l'EURL X sur la première page du contrat suffit à l'engager dans le cadre d'un dépôt volontaire et d'un contrat de coopération commerciale et verse à cet égard des pièces dont elle déduit que leur signature, sauf à vérification dans les termes des articles 287 et 288 du code civil, est conforme à celle du contrat contesté,

et tendant à la confirmation du jugement rendu le 18 septembre 2009 par le tribunal de commerce de Blois en ce qu'il l'a condamnée à payer à la SAS Y les sommes de 10 312,61 € TTC en règlement de ses factures outre les intérêts et celle de 1 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, et,

y ajoutant, statuant sur sa demande reconventionnelle, à la condamnation de l'EURL X à lui payer les sommes de 3 013,80 _ en indemnisation des préjudices subis à raison de la rupture brutale du contrat, de 3 000 € sur le fondement des dispositions de l'article 32-1 du code de procédure civile et de 4 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Vu l'ordonnance de clôture du 25 novembre 2013.

SUR CE, la COUR

1) In limine :

Il doit être constaté que la demande de rejet formée par la société Y des pièces visées dans les conclusions d'appel du 18 août 2013 de l'EURL X, au demeurant régulièrement signifiées par la suite par RPVA le 25 octobre 2013, et entrées dès lors dans un principe de contradiction et de loyauté, ne fait pas l'objet dans le dispositif des dernières conclusions de la société Y d'une demande expresse de rejet ; ces pièces sont donc admises au débat.

2) Sur le fond,

Si l'existence d'un contrat qualifié de dépôt par le premier juge est remise en cause par l'appelante, qui a sollicité une mesure de vérification d'écritures en application des articles 287 et 288 du code de procédure civile, il convient auparavant de restituer aux faits et actes litigieux dans le cadre des relations commerciales des parties, sans s'arrêter à la dénomination proposée par elles, leur exacte qualification conformément aux dispositions de l'article 12 du code de procédure civile.

Or en l'espèce ces relations commerciales résultent des échanges épistolaires entre les parties versés aux débats, (par exemple courrier du 18 novembre 2005 de Monsieur X, gérant

de l'EURL X, donnant l'autorisation à la société Y de prélever chaque mois sur son compte à la Banque Populaire les lettres de change suivant relevé joint) ainsi que de documents faisant état par le carrossier de son mécontentement des produits qui lui étaient livrés qui "n'apportent pas le résultat souhaité", ainsi également que d'un courrier du 19 décembre 2006, cité dans celui du 22 février 2007, à la société Y par lequel l'EURL X lui indiquait que "à compter du 2 janvier 2007 je ne serai plus utilisateur des produits de marque RM et que je tenais à votre disposition les matériels mis en dépôt".

Les relations contractuelles, tout au moins en ce qui concerne les produits de peinture destinés à être mis en œuvre par le carrossier et régulièrement renouvelés, sont des relations commerciales habituelles entre un artisan, carrossier automobile, et son fournisseur la société Y distributeur de peintures industrielles.

Elles excluent dès lors l'application des dispositions du code civil relatives au contrat de dépôt qui est, selon les termes de l'article 1917 du code civil un contrat essentiellement gratuit et qui impose au dépositaire de rendre identiquement la chose qu'il a reçue (art. 1932), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La demande de vérification d'écriture ayant pour objet un contrat de dépôt, qui n'est pas le fondement des obligations des parties, est donc sans aucun objet, la cour statuant sur le seul fondement des obligations commerciales respectives des parties dans le cadre, s'agissant du stock de peintures, de la fourniture de marchandises destinées à être utilisées pour l'activité économique de celui à qui elles ont été confiées et donc de relations commerciales dont la preuve est libre.

Le problème de la restitution du matériel mis à disposition de société Y n'étant plus en cause, seul subsiste celui du stock de peintures non utilisées par l'EURL X qui prétend en vain les avoir tenues à la disposition de la société Y lors de la cessation des relations commerciales.

Dès lors dans le cadre des relations contractuelles de fournitures ou de distribution résiliées à la seule initiative de l'EURL X il appartenait à cette dernière d'opérer la restitution du stock restant ou de le mettre à disposition de son fournisseur.

Cette restitution n'ayant pas eu lieu, elle se résoudra en dommages intérêts du montant de la facture litigieuse alors établie sur la base du montant de la contre-valeur des fournitures livrées et non utilisées.

Enfin la demande reconventionnelle de la société Y relative à une rupture brutale n'est pas justifiée dans le cadre de relations contractuelles courtes et qui apparaissent dès l'origine dénuées de toutes relations de confiance réciproque.

Le jugement entrepris mérite ainsi entière confirmation.

Il n'est pas inéquitable de laisser aux parties la charge des frais irrépétibles qu'elles ont exposés au cours de la procédure d'appel ; leurs demandes respectives au titre de l'article 700 du code de procédure civile seront rejetées.

L'EURL X qui succombe sera condamnée aux dépens avec application de l'article 699 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La COUR,

Dit n'y avoir lieu à rejet de communication de pièces ;

Confirme le jugement du tribunal de commerce de BLOIS, sauf à fixer les intérêts au taux légal du montant de la condamnation en principal à compter de la date du présent arrêt ;

Rejette la demande indemnitaire de la société Y ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

Condamne l'EURL X aux dépens et dit que Maître A, Avocat, sera autorisé à recouvrer directement contre la partie condamnée ceux des dépens d'appel dont il a fait l'avance.

Commentaire : Exclusion de la qualification de contrat de dépôt pour la mise à disposition de matériel

En vertu de l'article 1915 du Code civil, « *Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature* ».

Le contrat de dépôt impose ainsi au dépositaire la restitution en nature et à l'identique de la chose déposée. Ce contrat peut être l'accessoire d'un contrat, par exemple, d'un contrat d'entreprise. La Cour de Cassation l'a reconnu¹⁶.

La Cour d'appel de Bourges, dans un arrêt du 6 février 2014, a été amenée à se prononcer sur la qualification des relations contractuelles existantes entre un fournisseur et son client lorsque le fournisseur met à disposition de son client un stock de marchandises.

En l'espèce, une entreprise, distributrice de peinture et de matériel pour carrosserie industrielle, est en relation d'affaires avec une autre entreprise spécialisée dans la carrosserie et la peinture automobile depuis 2005 jusqu'au début de l'année 2007. Dans le cadre de cette relation commerciale, le fournisseur a mis à la disposition de son client du matériel et un stock de peinture. Les relations commerciales entre ces deux entreprises se sont arrêtées et le fournisseur a repris le matériel et a envoyé une facture à son client en contrepartie du stock de peinture non récupéré. Cependant, le client n'a pas payé celle-ci.

Le 18 septembre 2009, le Tribunal de commerce de Blois a condamné le client à payer à son fournisseur la facture impayée correspondant au stock de peinture non récupéré en qualifiant ce contrat de contrat de dépôt. Par la suite, l'entreprise a interjeté appel de cette décision. La

¹⁶ Cass. 1^e civ., 8 oct. 2009 : n° 08-20.048.

Cour d'appel d'Orléans a confirmé le 31 mars 2011 le jugement du Tribunal de commerce de Blois. Le client a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans. Par un arrêt du 12 juin 2012¹⁷, la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans au motif que la Cour d'appel, pour accueillir la demande du fournisseur, avait énoncé qu'elle produisait un contrat sur lequel son client avait apposé son cachet commercial avec la signature du gérant, sans vérifier comme il lui était demandé l'écrit contesté. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rappelé dans cet arrêt que celui qui allègue le caractère mensonger d'un acte doit en apporter la preuve mais également que le juge doit obligatoirement vérifier l'acte litigieux avant de statuer.

L'arrêt du 6 février 2014 de la Cour d'appel de Bourges intervient sur renvoi de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Le fournisseur considérait que la signature du client sur la première page du contrat de fourniture de peinture suffisait à l'engager dans le cadre d'un dépôt volontaire et d'un contrat de coopération commerciale.

Néanmoins, la Cour d'appel de Bourges a refusé de reconnaître l'existence d'un contrat de dépôt comme l'accessoire du contrat de fourniture entre le fournisseur et son client.

En effet, il résulte de l'essence du contrat de dépôt que le dépositaire doit restituer en nature et à l'identique la chose mise en garde par le déposant et que ce contrat est essentiellement gratuit en vertu des articles 1915 et 1917 du Code civil.

Or, en l'espèce, ce stock de peinture était destiné à être utilisé par le client et à être renouvelé régulièrement par le fournisseur. Le dépositaire ne pouvait donc pas restituer en nature et à l'identique le stock de peinture mis à la disposition par le fournisseur. Cette mise à disposition n'était pas d'ailleurs gratuite. Cette mise à disposition par le fournisseur d'un stock à son client dans le cadre d'un contrat de fourniture a donc été appréciée par la Cour d'appel comme une obligation habituelle entre un client et son fournisseur intégrée dans ledit contrat.

La Cour a donc confirmé le jugement du Tribunal de commerce de Blois et condamné le client à payer la facture correspondant au stock de peinture non restitué au fournisseur. La Cour d'appel a restitué l'exacte qualification du contrat litigieux en considérant qu'il s'agissait d'un contrat de fourniture de marchandises sans s'arrêter à la dénomination proposée par les parties conformément à l'article 12 du Code de procédure civile.

En dépit de la qualification de contrat de dépôt, la conséquence est identique. Le client qui est à l'initiative de la rupture des relations contractuelles doit restituer au fournisseur le stock mis à sa disposition. À défaut de restitution, le différend se résout en dommages et intérêts du montant de la facture litigieuse.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel a refusé le dédoublement de qualification contractuelle défendu par le fournisseur en excluant la reconnaissance d'un contrat de dépôt concernant le stockage de peinture. La Cour d'appel s'est ainsi fondée sur la finalité du stockage pour exclure la qualification de contrat de dépôt et en déduire que le stockage de produits était inclus implicitement dans le contrat de fourniture et donc dans un ensemble contractuel.

La Cour d'appel n'a donc pas suivi la jurisprudence favorable au dédoublement de qualification contractuelle. En effet, elle a considéré à juste titre que les parties n'avaient pas

¹⁷ Cass. 2^e civ., 12 juin 2012 : n° 11-18.438.

donné leur consentement pour conclure un contrat de dépôt¹⁸, accessoire au contrat de fourniture, les parties s'étant entendues uniquement sur le contrat de fourniture. L'obligation de restituer le stock de marchandises a ainsi été appréciée comme l'effet de l'obligation principale initialement consentie par le client. En effet, le client s'est engagé à payer le prix des marchandises et le fournisseur à livrer les marchandises dues en vertu de ce contrat. Le client n'ayant pas payé le prix des marchandises mises à sa disposition, celui-ci a l'obligation de les restituer à son fournisseur.

Néanmoins, la Cour d'appel aurait pu qualifier la mise à disposition par le fournisseur à son client d'un stock de marchandises de contrat de dépôt. Effectivement, le fournisseur avait mis à la disposition de son client un stock de peinture gratuitement¹⁹. Cependant, les parties n'avaient pas donné leur consentement. La solution de la Cour d'appel apparaît ainsi justifiée.

Mélanie TERMEAU

4) Responsabilité contractuelle

Cour d'appel de Bourges, Chambre civile, 23 janvier 2014, n°12/01973

*Vu le jugement rendu le 23 octobre 2012 par le tribunal de grande instance de Châteauroux ;
Vu l'appel interjeté contre cette décision par la société Dessollière ;
Vu les dernières conclusions qui ont été prises devant la cour, le 20 septembre 2013 par Monsieur Jean-Marc Augras et le 30 septembre 2013 par la société Dessollière ;
Vu les demandes et moyens contenus dans ces écritures ;*

SUR CE, LA COUR

Le litige a été exposé par le premier juge en des termes exacts auxquels il convient de se référer ;

Il sera simplement rappelé que par devis acceptés les 1^{er} septembre 2005, 28 juillet et 22 novembre 2006, Monsieur Jean-Marc Augras a confié à la société Dessollière l'installation d'un bâtiment métallique à usage de stabulation en se réservant le lot terrassement et béton, et que faute d'exécution par la société Dessollière de sa prestation, Monsieur Jean-Marc Augras a sollicité une expertise puis assigné la société Dessollière devant le premier juge en résolution du contrat et paiement de dommages et intérêts ;

La société Dessollière fait grief au jugement querellé d'avoir accueilli ces demandes alors, selon elle, que si elle a refusé de poser l'ossature métallique de la stabulation, c'est en raison de la fragilité du mur de soutènement réalisé par Monsieur Jean-Marc Augras, ce qui constitue une cause étrangère exonératoire de sa responsabilité ;

En droit, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ;

Par ailleurs, le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ;

En l'espèce, le contrat liant les parties réservait à Monsieur Jean-Marc Augras les travaux de maçonnerie, comprenant notamment la réalisation d'un mur de soutènement des terres de remblais ;

¹⁸ C.civ., art. 1108.

¹⁹ C.civ., art. 1917.

S'il est établi par les pièces versées aux débats que le mur de soutènement a été édifié par Monsieur Jean-Marc Augras avec l'aide de son frère François Augras, entrepreneur en maçonnerie selon extrait d'immatriculation au répertoire des métiers du 23 janvier 2012 et publicité dans les pages jaunes de l'annuaire, rien ne permet de considérer que la société Dessollière aurait participé de quelque façon que ce soit à sa construction ;

La faiblesse du mur de soutènement est avérée au vu de l'expertise judiciaire, l'expert précisant dans son rapport que suite à une déformation du mur consécutive à la poussée des terres, il a été nécessaire de le consolider par pose de contreforts ;

Dès lors, c'est à bon droit que la société Dessollière, tenue d'une obligation de prudence devant la conduire à s'assurer de la stabilité de l'ouvrage accolé à la stabulation qu'elle devait édifier a, par courrier du 04 avril 2007, informé Monsieur Jean-Marc Augras de ce qu'elle ne débiterait les travaux qu'à réception d'une attestation de conformité et que faute d'avoir obtenu satisfaction, elle s'est refusée à poursuivre les relations contractuelles ;

La cause étrangère étant parfaitement justifiée ainsi que la bonne foi de la société Dessollière, Monsieur Jean-Marc Augras doit être débouté de toutes ses demandes ;

La décision déférée sera donc infirmée en toutes ses dispositions ;

Il ne sera pas fait application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

La cour,

Infirme la décision déférée et statuant à nouveau,

Déboute Monsieur Jean-Marc Augras de toutes ses demandes ;

Condamne Monsieur Jean-Marc Augras aux dépens de première instance et d'appel.

L'arrêt a été signé par M. GAUTIER, Président de Chambre, et par Mme MINOIS, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Commentaire : Est une cause étrangère totalement exonératoire de responsabilité un évènement non imputable au débiteur de bonne foi.

Suivant trois devis acceptés en 2005 et 2006, un entrepreneur a confié à une société l'installation d'un bâtiment métallique à usage de stabulation, tout en se réservant l'exécution d'une partie du contrat relevant du terrassement et du béton, dont les travaux devaient avoir lieu avant ceux de la société.

Après avoir exécuté la part de l'obligation qui lui incombait, l'entrepreneur s'est alors heurté au refus de la société d'honorer son engagement contractuel, cette dernière arguant du fait qu'eu égard à la fragilité de la construction de l'entrepreneur, elle ne commencerait pas les travaux faute d'attestation de conformité délivrée par ce même entrepreneur.

L'entrepreneur n'ayant pas remis ladite attestation malgré le refus d'exécution de la prestation de la société, il décide alors d'assigner cette dernière en résolution du contrat et en paiement de dommages et intérêts. Les premiers juges font alors droit aux demandes de l'entrepreneur mais la société interjette appel, faisant grief au jugement d'avoir accueilli l'entrepreneur en ses demandes alors que, selon elle, si elle n'a pas exécuté son obligation, c'est à cause de la défaillance de l'entrepreneur dans la part de l'exécution de la prestation qui lui était réservée, notamment en raison de la fragilité du mur de soutènement qu'il devait réaliser.

Dès lors, la société débitrice estime que sa volontaire inexécution est justifiée par une cause étrangère, cause ne pouvant lui être imputée et qui doit être analysée comme totalement exonératoire de sa responsabilité dans l'obligation d'achèvement des travaux qui lui incombait. A cette fin, elle sollicite la réformation de la décision de première instance, ainsi

que le rejet des arguments de l'entrepreneur, qui se fonde, quant à lui, sur la force obligatoire des conventions prévue par l'article 1134 du Code civil afin de faire condamner la société.

La question se pose pour les conseillers de la Cour d'appel de Bourges de savoir si le contractant refusant d'exécuter volontairement son obligation peut se libérer en invoquant une cause étrangère.

Saisie de cette affaire, la Cour d'appel de Bourges se montre sensible aux arguments de la société puisqu'elle vient réformer en totalité la décision rendue par les premiers juges, estimant que l'inexécution de la société n'était pas fautive dès lors qu'elle est justifiée par une cause étrangère exonératoire de toute responsabilité du débiteur. En effet, le mur de soutènement bâti par l'entrepreneur étant trop fragile, il ne supporterait pas la construction effectuée par la société, qui avait invité l'entrepreneur à délivrer une attestation de conformité afin de lever ses doutes quant à la fragilité de la construction. La société en vient ainsi à prouver sa bonne foi, laquelle est par ailleurs érigée en critère déterminant de l'exonération totale de responsabilité.

En effet, l'article 1147 du Code civil dispose que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution (...)* ». Il est ici question du principe même de la sanction de l'inexécution volontaire du débiteur. Néanmoins, l'article 1147 du Code civil ajoute une exception à ce principe en énonçant qu'il y a lieu à dommages et intérêts « *toutes les fois qu'il [le débiteur] ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée* ».

Dès lors, pour pouvoir justifier d'une exonération totale de responsabilité, il appartient ordinairement au défendeur de prouver que le dommage trouve son origine dans une cause extérieure à son propre comportement et qui présente les caractères de la force majeure. Ainsi, pour pouvoir être exonéré de toute responsabilité le défendeur doit rapporter la preuve des critères classiques de la force majeure²⁰. En effet, afin d'être perçu comme une cause étrangère exonératoire qui présente les caractères de la force majeure, l'évènement ayant conduit au dommage doit être extérieur, imprévisible et irrésistible et ces trois critères doivent classiquement se cumuler.

Pourtant, par cet arrêt, la Cour d'appel retient la cause étrangère exonératoire de responsabilité sans même vérifier les caractères de la force majeure, hormis le critère de l'extériorité :

- le critère de l'extériorité, vivement exigé de la doctrine pour caractériser la cause étrangère²¹, repose en l'espèce sur le fait que le débiteur, selon la Cour, n'avait pas encore participé « de quelque façon que ce soit » à la construction du mur bâti par le créancier. D'autre part, au vu du rapport d'expertise, la fragilité du mur est due à la déformation de celui-ci, elle-même due à une poussée des terres. Dès lors, et pour ces raisons, la cause du fait dommageable est extérieure à un quelconque fait du débiteur comme au fait du créancier.

- l'évènement est imprévisible lorsqu'il n'est pas possible de pouvoir prévoir la survenance de celui-ci, lorsqu'il n'y a aucune raison de penser qu'il pourrait se produire. En l'espèce, l'imprévisibilité de l'évènement invoqué comme étant de force majeure ne semble pas recherchée par les juges. Il s'agit donc d'un large assouplissement dans le contrôle des critères de la force majeure par rapport à ce que la Cour de cassation exige²².

- l'évènement irrésistible est celui contre lequel le débiteur ne peut se prémunir même en le prévoyant ou qui, lorsqu'il se produit, laisse ce même débiteur impuissant : l'exigence de ce critère ne fait plus de doute en jurisprudence, la Cour de cassation n'ayant pas hésité, dans sa jurisprudence antérieure, à qualifier la force majeure par le seul caractère irrésistible de

²¹ G. Viney, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, *RDC* 2011, p. 454.

²² Cass. ass. plén., 14 avril 2006 : Bull. civ., ass. plén., n° 5.

l'évènement²³. Cependant, en l'espèce, le critère de l'irrésistibilité, qui aurait dû et pu se traduire par un élément de fait rendant impossible pour le débiteur d'entreprendre la construction de l'ouvrage qui lui était réservée sans s'assurer que le mur de soutènement soit suffisamment solide, n'est pas non plus recherché des juges qui se contentent de rappeler l'obligation de prudence à laquelle était tenu le débiteur dans l'édification de l'ouvrage.

La Cour d'appel de Bourges entend donc la cause étrangère de manière très souple puisqu'elle exclut tout cumul des critères de l'imprévisibilité, de l'irrésistibilité et de l'extériorité de l'évènement ayant conduit au dommage en exigeant seulement le dernier de ceux-ci.

Dans cet arrêt, les juges qui retiennent la cause étrangère sans rechercher les critères de la force majeure qui sont classiquement attachés à celle-ci. Pourtant, la Cour de cassation se montre exigeante quant au contrôle des caractères de la force majeure : en effet, cet arrêt rompt avec l'exigence de la Haute juridiction que l'évènement présente au moins deux des trois critères cumulés de la force majeure que sont l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. Dès lors, la motivation des juges quant à l'existence d'une cause étrangère exonératoire présentant les caractères de la force majeure n'apparaît pas suffisante, d'autant plus que le critère de l'extériorité pourtant nécessaire afin de prouver un cas de force majeure est aujourd'hui en recul²⁴, bien qu'il conserve malgré tout un intérêt certain²⁵.

Cependant, la cause étrangère n'est pas le seul élément justifiant une exonération totale de responsabilité puisque l'article 1147 du Code civil termine en énonçant qu'il y a lieu à exonération « *encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi (...)* » de la part du débiteur. Dès lors, il ne suffit pas de prouver uniquement la cause étrangère non imputable, encore faut-il que le débiteur ne soit pas de mauvaise foi. Or, la bonne foi se présume dans l'attitude à vouloir se conformer à la loi, au droit.

En l'espèce, les juges d'appel retiennent ici la bonne foi du débiteur en ce que ce dernier a fait preuve de diligence en ne commençant pas les travaux sans avoir demandé puis obtenu une attestation de conformité de l'entrepreneur, attestation qu'il n'a par ailleurs pas pu obtenir. Par ses expressions, la Cour semble pourtant mêler l'exigence de bonne foi à l'obligation de prudence à laquelle était tenue la société débitrice. En effet, il semble, selon la Cour, que l'obligation de prudence du débiteur est appréciée au regard du comportement de celui-ci : en ne débutant pas les travaux eu égard à son obligation de prudence lui imposant de s'assurer de la solidité de la construction, la société démontre sa bonne foi.

En conséquence, les juges qui accueillent les moyens du débiteur en appel et qui réforment le jugement de première instance ainsi rendu consacrent la prééminence de l'exigence de la bonne foi dans l'exonération totale de responsabilité du débiteur, bonne foi qui est nécessairement indissociable d'une cause étrangère non imputable au même débiteur.

Thomas GABORIT

5) Responsabilité extracontractuelle

Cour d'appel d'Orléans, chambre civile, 24 mars 2014, n° RG 12/02132

DÉBATS :

A l'audience publique du 03 FEVRIER 2014, à laquelle ont été entendus Madame Laurence FAIVRE, Conseiller, en son rapport et les avocats des parties en leurs plaidoiries.

²³ Cass. 1^e civ., 6 nov. 2002 : n° 99-21.203.

²⁴ Cass. 1^e civ., 10 fév. 1998 : *Bull. civ. I*, n° 53.

²⁵ Cass. 3^e civ., 2 avr. 2003 : *Bull. civ. III*, n° 74.

ARRÊT :

Prononcé le 24 MARS 2014 par mise à la disposition des parties au Greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile.

Sur le rappel des faits et de la procédure

Par arrêt du 30 septembre 2013 auquel il convient de se référer pour un plus ample exposé des faits, des demandes et des moyens des parties, la cour d'appel d'Orléans a notamment:

Déclaré nul et de nul effet les contrats de vente conclus par la société LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE avec Monsieur Raoul Belhache, Monsieur Benjamin Champagne et Madame Catherine Simon, Monsieur Raphaël Chipeaux, Monsieur Eddy Huet et Madame Edith Panechou, Madame Laurence Jiminiga, Madame Marie-Florence Palluault, Monsieur Gilles Poirier, Monsieur Jean-Vincent Puga et Madame Patricia

Serra ;

Constaté que cette nullité entraîne la restitution du prix de vente aux acquéreurs et la restitution des biens vendus à la société venderesse ;

Dit que les frais de mutation des biens immobiliers résultant de cette restitution seront à la charge de la venderesse ;

Fixé au passif de la liquidation judiciaire de la sàrl LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE au titre de la restitution des prix de vente les créances déterminés par l'arrêt de Monsieur Raoul Belhache, Monsieur Benjamin Champagne et Madame Catherine Simon, Monsieur Raphaël Chipeaux, Monsieur Eddy Huet et Madame Edith Panechou, Madame Laurence Jiminiga, Madame Marie-Florence Palluault, Monsieur Gilles Poirier, Monsieur Jean-Vincent Puga et Madame Patricia Serra ; Déclaré nul et de nul effet les contrats de prêt conclus entre les acquéreurs et les banques pour financer les ventes annulées ; Condamné les acquéreurs à la restitution du montant des prêts annulés ;

Ordonné la restitution par les banques des échéances des prêts, en capital, intérêts, frais et mensualités d'assurance ;

Constaté la compensation de plein-droit entre les créances respectives des banques et des acquéreurs ;

Déclaré nuls les contrats de gérance et dit les sociétés LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE, Gestrimmonia, la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ tenus in solidum au paiement aux acquéreurs des sommes versées au titre de ces mandats ;

Dit LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE et la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ tenus in solidum envers les acquéreurs de diverses sommes correspondant aux frais d'acquisition afférents aux

actes de vente, aux charges de copropriété versées, aux avances effectuées pour la réalisation des travaux, à la perte de chance de percevoir des loyers et à la réparation du préjudice moral, les mêmes sommes étant fixées au passif de la liquidation judiciaire de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Condamné in solidum MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions à payer à la CRCAM du Languedoc, BNP Paribas et à BNP Paribas Personal Finance, le montant des intérêts contractuels ayant couru sur chacun des prêts consentis aux acquéreurs entre la date de mise à disposition des fonds et la signification de l'arrêt ;

Dit que dans leurs rapports entre-eux, MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions seront chacun tenus pour moitié des condamnations in solidum prononcées à leur encontre ;

Avant –dire-droit sur les demandes des appelants tendant à obtenir condamnation in solidum de MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et de la société Audit et solutions, d'une part à leur verser ces mêmes montants des prix de vente et à supporter les frais de mutation des biens restitués, d'autre part à voir subordonner la restitution des biens vendus à la restitution des prix de vente, ainsi que sur la demande de la CRCAM du Languedoc tendant à la condamnation de MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ à garantir le remboursement des capitaux prêtés à Monsieur Benjamin Champagne et Madame Catherine Simon, Madame Laurence Jiminiga, Monsieur Jean-Vincent Puga et Madame Patricia Serra ;

Ordonné la réouverture des débats pour permettre à ces parties de s'expliquer sur l'éventuelle insolvabilité de la venderesse et sur ses conséquences quant à la restitution du prix.

Par dernières conclusions déposées le 15 janvier 2014, les appelants Monsieur Raoul Belhache, Monsieur Benjamin Champagne et Madame Catherine Simon, Monsieur Raphaël Chipeaux, Monsieur Eddy Huet et Madame Edith Panechou, Madame Laurence Jiminiga, Madame Marie-Florence Palluault, Monsieur Gilles Poirier, Monsieur Jean-Vincent Puga et Madame Patricia Serra demandent de voir :

Juger que la SAS Audit et Solutions, LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ ont commis une faute en privant les concluant du bénéfice de l'application des ventes en l'état futur d'achèvement ;

Juger que MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions n'ont pas respecté leurs obligations d'information et de conseil ;

Juger que les concluant ont subi un préjudice du fait de l'annulation des ventes que la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ doivent réparer intégralement ;

Juger que les fautes commises par la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ ont causé un préjudice aux concluant qui du fait de l'insolvabilité de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ne peuvent recouvrer les prix de vente ;

Juger que la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ sont tenus in solidum avec LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE, du montant de la restitution du prix de vente aux acquéreurs à titre de dommages-intérêts ;

Débouter la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ de toutes leurs demandes ;

Condamner solidairement la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ à payer et fixer au passif de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE :

De Monsieur Raoul Belhache, la somme de 55 760 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Monsieur Benjamin Champagne et Madame Catherine Simon, la somme de 54 740 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Monsieur Raphaël Chipeaux, la somme de 55 760 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Monsieur Eddy Huet et Madame Edith Panechou, la somme de 34 000 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Madame Laurence Jiminiga, la somme de 31 960 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Madame Marie-Florence Palluault, la somme de 37 654 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Monsieur Gilles Poirier, la somme de 46 240 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Monsieur Jean-Vincent Puga et Madame Patricia Serra la somme de 30 600 euros à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble vendu par LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Les condamner au paiement des frais de mutation des biens restitués à titre de dommages-intérêts ;

Juger que la restitution des biens immobiliers litigieux sera subordonnée au paiement préalable et intégral par les intimés des sommes demandées ci-dessus dans le cadre de la présente instance ;

Condamner in solidum la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ au paiement de l'ensemble des sommes demandées avec intérêts au taux légal à compter de la date de conclusion des contrats de vente litigieux, avec capitalisation des intérêts conformément aux dispositions de l'article 1154 du code civil à compter de la signification des conclusions en faisant la demande (11 octobre 2012) ;

Condamner in solidum la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ à payer et fixer au passif de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE la somme de 800 euros à chacun des concluants sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamner in solidum la SAS Audit et Solutions et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ à payer et fixer au passif de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE les dépens postérieurs à l'arrêt du 30 septembre 2013 et accorder à Me Garnier le droit prévu à l'article 699 du code de procédure civile.

À l'appui de leurs demandes, les appelants font valoir que le notaire a commis une faute qui a concouru au dommage et doit être condamné in solidum avec le vendeur au paiement d'une indemnité correspondant à la restitution du prix de vente, le préjudice est certain pour eux du fait de l'insolvabilité certaine de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE.

Par dernières conclusions déposées le 17 janvier 2014, MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ conclut à voir :

Prendre acte qu'il est un tiers par-rapport aux actes de vente intervenus entre les appelants et LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Prendre acte que les droits de mutation sont accessoires au prix de vente ;

Juger qu'il ne peut être tenu aux restitutions de prix consécutives à l'annulation desdits contrats, ni à celles des droits de mutation ;

Prendre acte de ce que la procédure de liquidation judiciaire de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE est à ce jour inachevée en l'absence d'une clôture pour insuffisance d'actif ;

Juger que l'insolvabilité de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE n'est pas avérée ;

Juger que la garantie du notaire ne peut être valablement actionnée ;

Prendre acte de ce que la réintégration du foncier dans le patrimoine de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE permettra de procéder au remboursement des prix de vente tel qu'ordonnés par l'arrêt de la cour d'appel du 30 septembre 2013 ;

Rejeter la demande tenant à la subordination de la restitution des biens immobiliers à la restitution préalable et intégrale des sommes versées pour les acquérir ;

Prendre acte de ce que MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ est tiers aux contrats de prêt signés entre les appelants et les établissements bancaires ;

Prendre acte de ce que MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ n'a pas perçu les fonds prêtés ;

Juger que MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ ne peut être tenu de supporter les restitutions consécutives à l'annulation de ces contrats ;

Débouter les appelants de leurs demandes ;

Les condamner in solidum à lui payer la somme de 4 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi que les dépens initiés dans le cadre de la réouverture des débats. MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ fait valoir que la restitution consécutive à l'annulation rétroactive d'une vente ne tend qu'à rétablir le patrimoine des parties dans l'état où il se trouvait avant la conclusion de celui-ci et de ce fait, ne constitue pas un préjudice indemnisable ; par ailleurs, en application de l'article 1961 du code général des impôts, les droits perçus sont restitués directement par l'administration fiscale en cas d'annulation d'une vente ; en tout état de cause, si l'annulation de la vente est la conséquence d'une faute permettant la mise en œuvre de la garantie du notaire, cette

garantie ne peut être valablement actionnée qu'au seul cas de défaillance définitive du vendeur.

Par dernières conclusions déposées le 14 janvier 2014, la SAS Audit et Solutions conclut à voir :

Juger que le préjudice des appelants, en lien de causalité avec les fautes reprochées à la SAS Audit et Solutions consiste en une perte de chance de ne pas avoir contracté ;

Juger que l'indemnisation de cette perte de chance ne peut s'étendre à la restitution des prix de vente des biens immobiliers ;

Juger que la SAS Audit et Solutions ne saurait être tenue à restituer les prix de vente qu'elle n'a pas perçus ;

Juger que les appelants ne justifient pas de l'insolvabilité de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ;

Juger qu'en prétendant subordonner la restitution des biens immobiliers à la restitution préalable des prix de vente, les appelants sont à l'origine du préjudice qu'ils invoquent ;

Juger que les appelants pourront obtenir la restitution des droits d'enregistrement par application de l'article 1961 du code général des impôts ;

Débouter les appelants de leurs demandes.

La SAS Audit et Solutions fait valoir que le lien de causalité entre les fautes qui lui sont reprochées et l'impossibilité d'obtenir la restitution des prix n'est pas apportée ; que l'insolvabilité de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE n'est pas établie; qu'en demandant de subordonner la restitution des biens immobiliers à la restitution du prix de vente, les appelants créent leur propre préjudice.

Par dernières conclusions déposées le 15 janvier 2014, la CRCAM du

Languedoc conclut à voir :

Donner acte de ce qu'elle s'en rapporte sur la décision que prendra la cour d'appel relativement à la demande des appelants de voir MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions condamnés à les garantir de la restitution du capital prêté en l'état de ce que les appelants ont d'ores et déjà été déboutés de leur demande tendant à voir juger que la restitution des fonds prêtés sera subordonné au paiement préalable et intégral des sommes mises à la charge de la SAS Audit et Solutions, LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ.

Pour un plus ample exposé des faits et des moyens des parties, il convient de se reporter à leurs dernières conclusions récapitulatives.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 20 janvier 2014.

MOTIFS

Sur la demande en restitution du prix de vente à titre de dommages-intérêts

En application de l'article 1382 du code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

La responsabilité civile ayant pour objet de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit, il en résulte que chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité.

En l'occurrence, il est établi que MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions ont, par les manquements à leurs obligations de conseil et d'information dans la phase préalable à l'échange des consentements entre le vendeur et les acquéreurs, conduit les appelants à consentir à une opération juridique illicite. Dans l'arrêt du 30 septembre 2013, la cour d'appel s'est déjà prononcé sur les conséquences des fautes de MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et de la SAS Audit et Solutions et quoi que prétende aujourd'hui la SAS Audit et Solutions, il ne s'agit pas pour les appelants d'une perte d'une chance de ne pas avoir conclu le contrat. (arrêt page 21). Du fait de cette opération juridique privée de ses règles protectrices dont notamment l'échelonnement des paiements à mesure de l'avancement des travaux, les appelants ont été obligés de faire des versements d'argent du montant

correspondant à la totalité du prix de vente du bien immobilier, outre divers autres paiements de frais. Ces versements d'argent devenus sans fondement constituent le préjudice matériel des appelants.

L'arrêt précité du 30 septembre 2013 a déjà évalué ce préjudice matériel et concernant les sommes d'argent versées au titre du prix de vente, a fixé son mode réparatoire dans les rapports entre les ex-cocontractants, LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE et les appelants, en constatant la restitution réciproque du bien immobilier et des prix de vente et en fixant le montant de la créance des appelants au passif de la liquidation judiciaire de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE.

Il reste aujourd'hui à déterminer le montant de l'indemnité quasi-délictuelle due par MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions en réparation du dommage matériel subi par les appelants du fait de la vente litigieuse et à vérifier que les appelants sont dans l'impossibilité certaine d'obtenir la restitution du prix de vente.

Au vu des pièces produites aux débats :

La liste des créances établies par le mandataire judiciaire le 13 janvier 2013 qui met en évidence des créances privilégiées pour un montant de 101 660 euros et des créances chirographaires dont celles des appelants pour un montant de 2 464 841,32 euros ;

La lettre du mandataire judiciaire de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE en date du 4 novembre 2013 qui indique « la restitution des prix de vente est impossible. LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE ne disposait plus d'aucune trésorerie à la date de prononcé de la liquidation judiciaire intervenue sur cessation des paiements. En l'absence d'actif, le paiement des créanciers ne pourrait se faire que sur le prix de revente des biens réintégrés. »

Il ressort que les sommes qui proviendraient de la revente des biens immobiliers restitués se répartiraient entre créances privilégiées et chirographaires et que de ce fait, LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE n'est et ne sera pas en mesure de restituer le prix de vente aux acquéreurs.

Les appelants se trouvent ainsi dans l'impossibilité certaine d'obtenir la restitution du prix de vente, il incombe donc à MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions de payer in solidum l'indemnité due au titre de la vente litigieuse. Dans la mesure où le préjudice matériel des appelants est évalué d'après le montant des sommes d'argent qu'ils ont versées, l'indemnité due par MAÎTRE

JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions à chacun des appelants au titre de la vente litigieuse est fixée ainsi qu'il suit :

Concernant Monsieur Raoul Belhache à la somme de 55 760 euros à titre de dommages-intérêts ;

Concernant Monsieur Benjamin Champagne et Madame Catherine Simon à la somme de 54 740 euros à titre de dommages-intérêts ;

Concernant Monsieur Raphaël Chipeaux à la somme de 55 760 euros à titre de dommages-intérêts ;

Concernant Monsieur Eddy Huet et Madame Edith Panechou à la somme de 34 000 euros à titre de dommages-intérêts ;

Concernant Madame Laurence Jiminiga à la somme de 31 960 euros à titre de dommages-intérêts ;

Concernant Madame Marie-Florence Palluault à la somme de 37 654 euros à titre de dommages-intérêts ;

Concernant Monsieur Gilles Poirier à la somme de 46 240 euros à titre de dommages-intérêts ;

Concernant Monsieur Jean-Vincent Puga et Madame Patricia Serra à la somme de 30 600 euros à titre de dommages-intérêts ;

S'agissant de la réparation d'un dommage quasi-délictuel, les intérêts courront sur les indemnités précitées, au taux légal à compter de la date de prononcé du présent arrêt.

Concernant la demande de fixation des indemnités précitées au passif de LA SÀRL PATRIMMONIA REPRÉSENTÉE PAR MAÎTRE BROUARD MANDATAIRE JUDICIAIRE, elle est irrecevable dans la mesure où la réparation a déjà été fixée par la cour d'appel dans son arrêt précité du 30 septembre 2013.

Sur la demande de subordination de la restitution des biens immobiliers au paiement préalable des sommes demandées à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble

La condamnation à réparation de MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions n'a pas pour cause la restitution des biens immobiliers, en conséquence, la demande formée par les appelants tendant à voir subordonner la restitution des biens immobiliers au paiement préalable des sommes demandées à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble, est rejetée.

Sur la demande de garantie de restitution du capital emprunté

En l'absence de lien contractuel entre la CRCAM du Languedoc et MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ, ce dernier n'est pas tenu de garantir la restitution des fonds empruntés par les appelants auprès de la CRCAM du Languedoc. La demande formée par cette dernière est rejetée.

Sur la demande paiement des frais de mutation des biens

En application de l'article 1961 alinéa 2 du code général des impôts, en cas d'annulation d'une vente, les droits d'enregistrement sont restituables par le Trésor public lorsque l'arrêt est passé en force de chose jugée. Il appartient aux appelants d'en faire la demande au Trésor

public qui est leur créancier. Ils sont, en conséquence, irrecevables à agir contre Maître Jacques Ruffié et la SAS Audit et Solutions.

Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

Les circonstances de fait et les solutions adoptées après l'arrêt d'appel avant-dire-droit, justifient qu'il soit fait droit à la demande d'application de l'article 700 du code de procédure civile et que MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions soient condamnés à payer à chacun des appelants la somme que l'équité commande de fixer à 800 euros.

En application de l'article 696 du code de procédure civile, MAÎTRE JACQUES RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions sont condamnés aux dépens postérieurs à l'arrêt d'appel du 30 septembre 2013.

PAR CES MOTIFS

STATUANT publiquement, par arrêt réputé contradictoire, en dernier ressort,

DIT que l'arrêt d'appel du 30 septembre 2013 a statué sur la demande de fixation au passif de LA SÀRL PATRIMMONIA représentée par Maître BROUARD mandataire judiciaire, des dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble qu'elle a vendu ;

DIT que la demande en restitution des frais d'enregistrement formée contre Maître Jacques RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions est irrecevable ;

DIT que Maître Jacques RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions sont tenus in solidum du paiement des sommes suivantes :

CONCERNANT Monsieur Raoul BELHACHE , la somme de 55 760 euros à titre de dommages-intérêts ;

CONCERNANT Monsieur Benjamin CHAMPAGNE et Madame Catherine SIMON, la somme de 54 740 euros à titre de dommages-intérêts ;

CONCERNANT Monsieur Raphaël CHIPEAUX, la somme de 55 760 euros à titre de dommages-intérêts ;

CONCERNANT Monsieur Eddy HUET et Madame Edith PANECHOU, la somme de 34 000 euros à titre de dommages-intérêts ;

CONCERNANT Madame Laurence JIMINIGA, la somme de 31 960 euros à titre de dommages-intérêts ;

CONCERNANT Madame Marie-Florence PALLUAULT, la somme de 37 654 euros à titre de dommages-intérêts ;

CONCERNANT Monsieur Gilles POIRIER, la somme de 46 240 euros à titre de dommages-intérêts ;

CONCERNANT Monsieur Jean-Vincent PUGA et Madame Patricia SERRA, la somme de 30 600 euros à titre de dommages-intérêts ;

DIT que les intérêts courront sur les indemnités précitées, au taux légal à compter de la date de prononcé du présent arrêt ;

CONDAMNE in solidum Maître Jacques RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions au paiement des sommes précitées ;

REJETTE la demande tendant à voir subordonner la restitution des biens immobiliers au paiement préalable des sommes demandées à titre de dommages-intérêts correspondant au prix de vente de l'immeuble ;

REJETTE la demande de garantie de restitution du capital emprunté formée par la CRACAM du Languedoc ;

REJETTE toutes demandes plus amples ou contraires ;

CONDAMNE in solidum Maître Jacques RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions à payer à chacun des appelants la somme respective de 800 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE Maître Jacques RUFFIÉ et la SAS Audit et Solutions aux dépens nés postérieurement à l'arrêt d'appel du 30 septembre 2013 ;

ACCORDE à Maître GARNIER, avocat, le bénéfice du droit prévu à l'article 699 du code de procédure civile.

Arrêt signé par Monsieur Michel Louis BLANC, Président de Chambre et Madame Evelyne PEIGNE, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Commentaire : Lien de causalité entre la faute d'un mandataire et le préjudice lié à l'impossible restitution du prix de vente.

La nullité d'un contrat entraîne l'anéantissement rétroactif de celui-ci. Elle implique de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le contrat. Ainsi, la nullité d'un contrat de vente implique la restitution du prix de la part de l'acheteur et la restitution du bien de la part du vendeur. Cependant, cette restitution en nature dans certaines hypothèses est impossible notamment lorsque le vendeur est insolvable.

La Cour d'appel d'Orléans, dans son arrêt du 24 mars 2014, a été amenée à se prononcer sur l'impossibilité pour les acquéreurs d'obtenir du vendeur la restitution du prix de vente et sur le montant dû aux acquéreurs du fait de l'insolvabilité du vendeur.

En l'espèce, plusieurs contrats de vente portant sur des biens immobiliers ont été conclus. Le vendeur était représenté lors du procès par un mandataire judiciaire. Des contrats de gérance

ont été également conclus entre les acquéreurs et des mandataires afin de formaliser et d'organiser ces ventes. Cependant, les mandataires n'ont pas fait bénéficier les acquéreurs du régime applicable aux ventes en l'état futur d'achèvement alors que ceux-ci pouvaient en profiter. La Cour d'appel d'Orléans s'était déjà prononcée sur les responsabilités contractuelle et délictuelle des mandataires dans un arrêt en date du 30 septembre 2013. Elle avait reconnu leur responsabilité en raison de manquements à leurs obligations d'information et de conseil. La Cour d'appel avait ainsi notamment déclaré nuls les contrats de ventes susmentionnés et avait ordonné la restitution du prix de vente aux acquéreurs et la restitution des biens à la société venderesse. La Cour d'appel avait également déclaré nuls les contrats de gérance entre la société venderesse et les mandataires et les avait condamnés solidairement au paiement des sommes versées au titre du mandat donné.

La Cour d'appel avait ordonné la réouverture des débats afin que les acquéreurs puissent s'expliquer sur l'éventuelle insolvabilité de la société venderesse et les conséquences sur la restitution du prix.

Aujourd'hui, dans cette affaire, les acheteurs soutiennent que la société venderesse a commis une faute en les privant du bénéfice du régime des ventes en l'état futur d'achèvement et qu'ils ont subi un préjudice lié au fait que les mandataires n'ont pas respecté leurs obligations d'information et de conseil. Les acquéreurs demandent donc à ce que les mandataires soient condamnés *in solidum* à payer des dommages et intérêts au titre du prix de vente non restitué par le vendeur du fait de l'insolvabilité de celui-ci.

Les mandataires soutiennent, quant à eux, que l'insolvabilité de la société venderesse n'est pas avérée, qu'ils sont des tiers aux contrats de vente et que le lien de causalité entre les fautes qui leurs sont reprochées et l'impossibilité pour les acquéreurs d'obtenir la restitution du prix dû vendeur n'est pas établi.

La deuxième chambre civile de la Cour d'appel d'Orléans dans son arrêt du 24 mars 2014 s'est fondée sur l'article 1382 du Code civil pour rappeler qu'il est établi que les mandataires ont par leurs manquements à leurs obligations de conseil et d'information dans la phase préalable à l'échange du consentement entre les acheteurs et le vendeur conduit les acheteurs à consentir à une opération juridique illicite. Par conséquent, les acheteurs, étant obligés de verser des sommes correspondant au prix de vente et aux frais annexes, ont été privés des règles protectrices, dont notamment l'échelonnement des paiements à mesure de l'avancement des travaux.

La Cour d'appel s'est appuyée sur plusieurs pièces versées aux débats pour en déduire que la société venderesse était dans l'impossibilité de restituer le prix et qu'il incombait donc aux mandataires de payer solidairement l'indemnité due aux acquéreurs au titre des ventes litigieuses.

La nullité du contrat de vente implique la restitution du prix de vente et des biens immobiliers mais en l'espèce, la société venderesse est dans l'impossibilité certaine de restituer le prix aux acquéreurs du fait de son insolvabilité. La Cour d'appel s'est ainsi fondée sur l'article 1382 du Code civil pour condamner les mandataires à payer les indemnités dues aux acquéreurs en raison de l'impossibilité d'obtenir de la part du vendeur la restitution du prix. En effet, les fautes des mandataires sont à l'origine de l'annulation de la vente, laquelle a engendré une créance de restitution du prix par les vendeurs aux acquéreurs. Or, les vendeurs étant

insolvables, les mandataires ont été condamnés à garantir cette restitution du prix et doivent donc prendre en charge cette restitution.

La solution de la Cour d'appel est une solution classique adoptée par la Cour de cassation qui considère que les mandataires qui ont commis des fautes lors d'une vente sont les garants de la restitution du prix lorsque l'insolvabilité du vendeur est avérée²⁶

Une telle solution suppose que le préjudice des acquéreurs soit certain et actuel. En l'espèce, l'insolvabilité de la société venderesse est avérée et la restitution du prix est impossible, les créances des acquéreurs étant des créances chirographaires, rarement remboursées par une société en liquidation judiciaire.

Le préjudice indemnisable est ici constitué par les conséquences dommageables de l'annulation de vente et non par l'impossibilité d'obtenir la restitution du prix. En effet, les mandataires ayant commis des fautes, l'annulation de la vente a été prononcée, ce qui a entraîné une obligation pour le vendeur de restituer le prix de vente. Le préjudice des acquéreurs est né lorsqu'il est acquis que le prix ne pourra être restitué par le vendeur insolvable. Il résulte ainsi des conséquences dommageables de l'annulation de la vente. Le lien de causalité entre la faute des mandataires et le préjudice résultant de l'annulation de la vente est donc établi.

Cependant, le préjudice indemnisable est implicitement cette impossibilité d'obtenir la restitution du prix puisque les mandataires sont appelés à garantir cette restitution lorsque le vendeur est insolvable. La responsabilité des mandataires est mise en jeu uniquement du fait de cette insolvabilité et non pas de l'annulation de la vente. Cette responsabilité n'est pas mise en œuvre lorsque le vendeur n'est pas insolvable et que celui-ci peut restituer le prix de vente. Les mandataires sont des garants de la restitution du prix de vente uniquement lorsque le vendeur est dans l'incapacité financière d'effectuer cette restitution.

La solution de la Cour d'appel apparaît néanmoins justifiée, car elle permet aux acquéreurs d'obtenir la restitution du prix auprès des mandataires. Elle répond ainsi à l'objectif d'indemnisation de la responsabilité civile mais elle reste contestable car la responsabilité des mandataires est actionnée seulement dans l'hypothèse où les vendeurs sont dans l'impossibilité avérée de restituer le prix de vente alors que ceux-ci ont commis une faute.

De ce fait, la responsabilité des mandataires dépend de la solvabilité future de la société venderesse alors que l'insolvabilité de celle-ci est plus ou moins prévisible. Cette solution n'est pas ainsi sécurisante juridiquement pour les mandataires.

Cette solution classique consacrée par la jurisprudence de la Haute juridiction est un exemple dans lequel le droit à réparation doit être respecté « à tout prix », même si les conditions de la responsabilité ne sont pas parfaitement réunies.

Mélanie TERMEAU

6) Responsabilité extracontractuelle

²⁶ Cass. 1^e civ., 10 juillet 2013 : n°12-23.746 ; 1^{er} juin 1999 : n°97-14.063, 17 juillet 2001 : n° 98-20.916.

Cour d'appel d'Orléans, chambre civile, 17 mars 2014, n°13/01215

La SARL PRODITRANS EXPRESS avait recruté Dame BATAILLE en 2004 en qualité d'agent d'exploitation plus spécialement chargée de la gestion des affrètements internationaux auprès de sa clientèle ; cette personne quittait la société le 30 septembre 2010, et était embauchée par la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS.

Prétendant subir depuis octobre 2010 une baisse très importante de son chiffre d'affaires, la SARL

PRODITRANS EXPRESS suspectait alors la SARL MERCIER d'avoir débauché sa salariée, puis d'avoir détourné sa clientèle. Elle saisissait le président du Tribunal de Commerce d'ORLÉANS, statuant en référé, aux fins d'obtenir la cessation sous astreinte des actes de concurrence déloyale incriminés, ainsi que le versement d'une provision à valoir sur la réparation du préjudice qu'elle invoquait.

Par une ordonnance en date du 19 mai 2011, ce magistrat disait n'y avoir lieu à référé et renvoyait les parties à se pourvoir au fond.

La SARL PRODITRANS EXPRESS ayant interjeté appel de cette ordonnance, la chambre commerciale de la Cour d'Appel de céans, par un arrêt en date du 26 janvier 2012, infirmait cette décision et condamnait la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS à payer à la SARL PRODITRANS EXPRESS la somme de 20 000 € à titre de provision sur dommages-intérêts et la somme de 3000 € sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure civile.

La Cour d'appel retenait que 9 anciens clients de la SARL PRODITRANS EXPRESS suivis par Dame BATAILLE ont été repris par la société MERCIER à compter du 1^{er} octobre 2010, qu'en particulier, une société de droit espagnol, qui avait passé le 20 septembre 2010 auprès de la SARL PRODITRANS EXPRESS un ordre d'enlèvement à effectuer pour le 4 octobre 2010, a annulé sans motif son ordre le lendemain du départ de Madame BATAILLE et a immédiatement confié l'enlèvement de ces marchandises à la société MERCIER selon bon de commande du même jour, pour en déduire que le détournement de clientèle est manifeste, Madame BATAILLE, destinataire des deux ordres d'enlèvement pour le compte de ses deux employeurs successifs, ayant agi comme si la clientèle de la SARL PRODITRANS EXPRESS était la sienne propre et pouvait donc être transférée de sa propre initiative à son nouvel employeur.

Par un arrêt en date du 19 mars 2013, la Cour de Cassation cassait l'arrêt dont s'agit, renvoyait la cause et les parties devant cette Cour autrement composée, et condamnait la SARL PRODITRANS EXPRESS à payer à la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS la somme de 2500 € sur le fondement de l'Article 700 du Code de Procédure civile.

La Cour Suprême estimait que les motifs de la Cour d'appel étaient impropres à caractériser un détournement déloyal de clientèle.

La SARL PRODITRANS EXPRESS, par ses dernières conclusions du 22 juillet 2013, prétend que les éléments qu'elle apporte sont de nature à démontrer l'accomplissement d'actes déloyaux, consistant notamment en l'annulation d'une commande et le transfert du client concerné au profit du nouvel employeur de la salariée débauchée.

Elle demande à la Cour la réformation de la décision critiquée, estimant que la preuve de la faute commise par Madame BATAILLE et la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS est rapportée, la salariée ayant, selon elle, systématiquement invité la clientèle à la suivre chez son nouvel employeur alors qu'elle était encore au service de l'ancien. Elle prétend que la preuve de l'arrêt immédiat des relations commerciales de sa clientèle et le détournement du chiffre d'affaires au profit de la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS serait rapportée et qu'elle résulte des déclarations mêmes des intéressés.

Invoquant le trouble manifestement illicite causé par l'attitude déloyale de la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS, la SARL PRODITRANS EXPRESS demande à la Cour de lui interdire de démarcher et de commercer avec l'ensemble de ses clients, sous astreinte de 2000 € par jour et par violation constatée ; elle sollicite l'allocation de la somme provisionnelle de 45000 € à valoir sur dommages-intérêts, et de la somme de 5000 € par application de l'article 700 du Code de Procédure civile

La SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS, dans ses dernières écritures du 28 juin 2013, conclut à la confirmation de l'ordonnance de référé du Président du Tribunal de Commerce d'ORLÉANS, et sollicite l'allocation de la somme de 10 000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et de la somme de 6000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure civile. Elle considère en particulier qu'en droit, le simple fait qu'un salarié ou une partie du personnel d'une société ait été embauché par un concurrent ne caractérise nullement un acte engageant la responsabilité civile de ce dernier, et qu'il est nécessaire pour le demandeur d'apporter la preuve que le concurrent a procédé à un véritable débauchage, à savoir l'existence d'actes positifs et incitatifs tendant à ce qu'il soit mis fin à la relation salariale entre la société s'estimant victime de concurrence déloyale et le ou les salariés.

La partie intimée déclare qu'aucun acte de dénigrement ou de débauchage ne serait à lui imputer, et précise que Madame BATAILLE n'était liée par aucune clause de non-concurrence.

L'ordonnance de clôture était rendue le 14 novembre 2013 par le Conseiller de la mise en état.

SUR QUOI :

Attendu que l'action en concurrence déloyale suppose, pour être fondée, la preuve de l'existence d'une faute ; que le principe de la liberté de la concurrence ne peut trouver de limites qu'en présence de comportements de nature à en fausser le jeu ; que le fondement d'une telle action ne peut être celui de l'article 1384 du Code civil, la déloyauté et la réalité d'actes malveillants ne se présument pas ;

Attendu que pour que le juge des référés, juge de l'évidence, puisse faire droit à une telle demande sans excéder ses pouvoirs, il était nécessaire que la SARL PRODITRANS EXPRESS rapportât non seulement la preuve de l'existence d'un préjudice consistant en une perte de clientèle, mais encore que fût établie la réalité de l'accomplissement d'un ou plusieurs actes positifs de nature à fausser les règles de fonctionnement normal du marché ;

Attendu que Dame BRINON épouse BATAILLE n'avait conclu avec son ancien employeur aucune clause de non-concurrence ;

Attendu que le fait que cette personne a été embauchée par une société concurrente et que son ancien employeur a perdu divers contrats ne suffit pas à caractériser un comportement fautif à l'origine d'un trouble manifestement illicite dont la cessation pouvait être obtenue de la part du juge des référés, pas plus qu'elle n'entraîne l'existence d'une obligation non sérieusement contestable dont l'exécution s'imposerait, ou de nature à justifier en référé l'allocation d'une provision ;

Attendu que ce magistrat, en l'absence de preuves évidentes de l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil et des textes régissant le marché, ne pouvait que prononcer comme il l'a fait en considérant que le litige ne pouvait relever que de la compétence du juge du fond et en renvoyant les parties à mieux se pourvoir ;

Attendu qu'il y a lieu de confirmer la décision entreprise ;

*Attendu que la partie intimée ne rapporte pas la preuve de ce que le comportement de son adversaire serait de nature à constituer un abus de nature à permettre l'allocation de la somme qu'elle réclame à titre de dommages-intérêts ; que les conditions requises pour qu'il soit fait droit à une telle demande ne sont pas réunies ;
Attendu qu'aucune considération d'équité ne justifie qu'il soit fait application de l'article 700 du Code de Procédure civile;*

PAR CES MOTIFS :

*STATUANT publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,
CONFIRME l'ordonnance rendue entre les parties le 19 mai 2011 par le président du Tribunal de Commerce d'ORLÉANS,
DÉBOUTE la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS de sa demande de dommages-intérêts,
DIT n'y avoir lieu de faire application de l'Article 700 du Code de Procédure civile,
CONDAMNE la SARL PRODIRANS EXPRESS aux dépens.*

Commentaire : L'action en responsabilité pour fait de concurrence déloyale est une action en responsabilité pour faute prouvée.

L'article 1382 du Code civil permet d'engager la responsabilité de celui dont le fait personnel a entraîné un préjudice en vue d'en obtenir réparation. La force de cet article est d'être d'application universelle : il peut être invoqué dans tous les domaines lorsqu'il n'existe pas de disposition légale contraire. Plus particulièrement, il est possible d'engager la responsabilité d'un acteur économique sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en invoquant un comportement fautif spécifique dans le monde des affaires : la concurrence déloyale.

En l'espèce, une salariée, dont le contrat de travail ne comportait aucune clause de non concurrence, avait été embauchée par une société concurrente à celle pour laquelle elle travaillait jusqu'ici. Peu de temps après cette embauche, l'ancien employeur suspecte la société concurrente d'avoir procédé à un débauchage de la salariée et d'avoir ensuite détourné sa clientèle. L'ancien employeur assigne alors la société concurrente en référé²⁷, pour obtenir « la cessation sous astreinte des actes de concurrence déloyale incriminés, ainsi que le versement d'une provision à valoir sur la réparation du préjudice qu'elle invoquait ».

Le Président du Tribunal de Commerce d'Orléans ne fera pas droit à cette demande et renvoie les parties au fond. L'affaire est portée devant la Cour d'appel d'Orléans, puis devant la Cour de cassation. La discussion devant les juridictions se concentre sur la qualification ou non de faute de concurrence déloyale et plus précisément sur la qualification d'un fait de détournement déloyal de clientèle. La Cour de cassation ne retient pas cette qualification. En effet, selon la haute juridiction « en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le démarchage de la clientèle d'autrui, fût-ce par un ancien salarié de celui-ci, est libre, dès lors que ce démarchage ne s'accompagne pas d'un acte déloyal »²⁸. Puisque n'est démontré aucun élément de déloyauté, le démarchage de clientèle effectué par la salariée, pour le compte de son nouvel employeur, ne constitue pas une faute de concurrence déloyale. La haute juridiction renvoie les parties devant la Cour d'appel d'Orléans, autrement composée. Celle-ci prend position à l'occasion de cet arrêt du 17 mars 2014.

Elle se prononce d'une part, sur l'ordonnance rendue entre les parties le 19 mai 2011 par le Président du Tribunal de Commerce d'Orléans, et d'autre part, sur un nouveau moyen invoqué au fond par l'ancien employeur. Ce dernier engage en effet une action en responsabilité contre la société concurrente sur le fondement, on le suppose, de l'article 1384 al. 5 du Code civil.

²⁷ CPC, art. 873.

²⁸ Cass. com., 19 mars 2013 : n°12-16.936.

La Cour se prononce donc sur ces deux points.

Pour ce qui concerne la réponse de la Cour d'appel au fond et pour comprendre cette position, il faut revenir sur le droit positif actuel, relatif à l'action en responsabilité pour fait de concurrence déloyale. La concurrence déloyale est considérée comme un abus de droit. Comme tout abus de droit, il est punissable sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁹, qui consacrent le régime de responsabilité du fait personnel, évoqué plus haut. L'abus de droit se caractérise sans intention de nuire³⁰. Ainsi, l'action en concurrence déloyale ne nécessite pas de démontrer un comportement intentionnel³¹. Aussi, lorsque la Cour énonce que l'action en concurrence déloyale exige que soit démontré « *un comportement de nature à fausser le libre jeu de la concurrence* », on entend un comportement objectivement fautif : ce comportement ne nécessite pas d'élément intentionnel. C'est une faute simple qui doit être démontrée c'est-à-dire la faute civile de l'article 1382 du Code civil. Tout cet état du droit positif est clair et stable. Pourquoi le requérant fonde-t-il alors son action sur le fondement de l'article 1384, al. 5 du Code civil et non sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ?

Il ressort des conclusions de l'ancien employeur que celui-ci soulevait la faute de la salariée et de la société concurrente pour justifier son action (la société appelante « *demande à la Cour la réformation de la décision critiquée, estimant que la preuve de la faute commise par Madame BATAILLE et la SARL TRANSPORTS MERCIER ET FILS est rapportée* »). Bien qu'il évoque la faute de la salariée et de la société concurrente, l'ancien employeur souhaite engager la responsabilité de la société concurrente pour fait de concurrence déloyale. Il fonde alors son action sur l'article 1384, al. 5 du Code civil, car cela lui offre des avantages probatoires par rapport à une action intentée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. En effet, la responsabilité de l'employeur est relativement simple à mettre en œuvre dans le cadre de l'article 1384, al. 5 du Code civil, car le requérant n'a qu'à établir les conditions suivantes : le lien de préposition unissant le préposé au commettant, la faute du préposé, le dommage et le lien de causalité entre le dommage et la faute du préposé. L'avantage du système de responsabilité établi par l'article 1384, al. 5 du Code civil est donc, pour l'ancien employeur, qu'il n'a pas à prouver la faute de la société concurrente. Cette disposition consacre un régime de responsabilité sans faute. Celui-ci met en place un scénario à trois personnes : la victime, le réel auteur du dommage qui est seul à avoir commis une faute et un civilement responsable c'est-à-dire celui dont la faute n'a pas à être prouvée. Agir sur le fondement de cet article permet d'engager la responsabilité du civilement responsable sans qu'ait à être démontrée sa faute. Les effets de cette responsabilité sont en outre juridiquement conséquents pour le civilement responsable : le civilement responsable ne pourra s'exonérer de cette responsabilité en démontrant qu'il n'a pas commis de faute. Les seules causes d'exonération sont la faute de la victime et l'abus de fonctions. Dans le cadre de l'article 1384, al. 5, l'auteur réel de la faute est le préposé, c'est-à-dire le salarié et le civilement responsable est le commettant, c'est-à-dire l'employeur. L'article 1384, al. 5 permet donc d'engager la responsabilité de l'employeur, cela au titre de la faute commise par son salarié (sous réserve de remplir les autres conditions de responsabilité précitées).

La Cour d'appel rejette l'action en responsabilité intentée. Elle justifie ce rejet de façon claire : « *le fondement d'une telle action ne peut être celui de l'article 1384 du Code civil, la déloyauté et la réalité d'actes malveillants ne se présument pas* ». Cette position peut être expliquée par deux raisons. La première raison est qu'en l'espèce, l'appelant soulevait dans ses conclusions une faute de l'employeur. Ce faisant, il soulevait un élément qui, d'ores et déjà, n'avait pas à l'être s'il fondait son action sur l'article 1384, al. 5 du Code civil puisque, comme

²⁹ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2012/2013, p. 6843, n° 6863 et s.

³⁰ Cass. 2° civ., 11 déc. 2008 : n° 07-18.483

³¹ Cass. com., 3 mai 2000 : n° 97-20.888, 16 janv. 2001 : n° 98-23.101, 3 juil. 2001 : n°99-19.632, 12 mai 2004 : Bull. civ. IV, n°88, 19 sept. 2006 : n° 03-20.511

on l'a expliqué, aucune faute du commettant n'est exigée. On se situait dans une configuration probatoire autre que celle de l'article 1384, al. 5, ce qui peut en partie expliquer pourquoi la Cour d'appel ne peut accueillir une action en responsabilité sur ce fondement.

La deuxième raison justifiant la position de la Cour d'appel est que la faute que l'appelant reprochait à la salariée, comme à l'employeur, était une faute de concurrence déloyale. Évoquer une telle faute aboutirait forcément à l'exclusion de l'article 1384 du Code civil comme fondement de l'action intentée dans la mesure où la faute de concurrence déloyale est une faute qui relève de l'article 1382 du Code civil : c'est une faute personnelle et qui doit être prouvée. La Cour d'appel ne fait qu'appliquer le droit positif. Ainsi, puisque l'ancien employeur évoquait la faute de concurrence déloyale de sa concurrente, il fallait prouver « *la déloyauté et les actes de malveillance* », soit « *les actes positifs* » de la société concurrente, car ces actes « *ne se présument pas* ». Il fallait prouver la faute personnelle du commettant. On sortait donc complètement de la configuration probatoire de l'article 1384 al. 5, et surtout le seul fondement pertinent pour engager la responsabilité de la société concurrente était l'article 1382 du Code civil parce que la faute de concurrence déloyale est une faute personnelle et qui doit être prouvée. C'est pourquoi le fondement de l'article 1382 du Code civil prime sur le fondement de l'article 1384, al. 5 du Code civil.

Il ressort de cette décision deux apports. D'une part, l'article 1382 du Code civil est bien le seul et unique fondement pour engager une action en responsabilité pour faute de concurrence déloyale. D'autre part et conséquemment, il n'est pas question de permettre à une victime, qui a subi le fait de concurrence déloyale d'un employeur concurrent, d'engager la responsabilité de cet employeur sur un autre fondement que celui de l'article 1382 du Code civil. Notamment, cette victime ne peut engager la responsabilité de cet employeur sur le fondement du fait d'autrui, lequel permet à la victime de ne pas avoir à prouver la faute de l'employeur.

La question que l'on peut se poser est la suivante : la décision de la Cour d'appel aurait-elle été la même si aucune faute de l'employeur n'avait été soulevée par l'appelant ? Quelle aurait été, alors, sa position si, en plus, les conditions probatoires de l'article 1384 avaient été effectivement remplies (une faute de la salarié prouvée, un dommage caractérisé, un lien de causalité établi et un lien de préposition avéré) ?

Pour ce qui concerne l'action en référé, la Cour confirme l'ordonnance prise par le Président du Tribunal de Commerce d'Orléans. En effet, ni le « *trouble manifestement illicite* », ni « *l'obligation sérieusement contestable* » fondant le juge des référés à intervenir n'étaient établis et cela notamment parce que « *la réalité de l'accomplissement d'un ou plusieurs actes positifs de nature à fausser les règles de fonctionnement normal du marché* » et plus précisément des « *preuves évidentes de l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil* » n'étaient pas démontrées. C'est cette dernière considération qui permet de déterminer définitivement le fondement de l'action en responsabilité pour fait de concurrence déloyale au fond (article 1382 du Code civil), l'action en référé impliquant en plus de démontrer ces « *preuves évidentes* ». On en conclura que la solution la plus simple pour se prémunir de la concurrence déloyale du fait d'un salarié est le choix de la clause de non concurrence.

Monique POTET

Chronique de jurisprudence

Droit des affaires et fiscalité

Convention règlementée

Compétence

Rétablissement personnel

Responsabilité de l'établissement de crédit

Procédures collectives et mesures d'exécution forcée

Astreinte

Procédure de surendettement

Cessions d'actions

Chronique de jurisprudence en droit des affaires et fiscalité

*Par les étudiants du Master 2
Droit des affaires et fiscalité*

1) Convention réglementée

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 12/02955

Par acte du 23 décembre 2002, la société X. a cédé à Monsieur M, administrateur et directeur général délégué, 279 parts de la SCI Le Château de N. moyennant un prix de 37.000 euros. Prétendant que l'opération n'avait pas été conclue dans des conditions régulières, faute d'autorisation préalable du conseil d'administration, Madame R., actionnaire de la société X., après expertise ordonnée en référé, a assigné, par actes des 2, 10, et 11 mars 2010, Monsieur PM., président du conseil d'administration et directeur général de la société X., Monsieur M, MG administrateur, la société X. représentée par un mandataire ad hoc, la Selarl MMG & associés et Mesdames W et G, en leur qualité d'administratrices légales des deux filles mineures de Monsieur M, décédé en 2006, en demandant leur condamnation au paiement de dommages et intérêts en réparation des préjudices subis, tant par la société X. au titre de l'action sociale ut singuli, qu'à titre personnel.

Par jugement du 21 septembre 2012, assorti de l'exécution provisoire, le tribunal de commerce de TOURS a déclaré irrecevable la demande relative à la prescription triennale, et condamné solidairement Messieurs M, MG et Mesdames W et G à payer à la société X. la somme de 153.445,40 euros avec intérêts à compter du 10 mars 2010 et à Madame R. la somme de 18.229,06 euros correspondant aux frais d'expertise et a rejeté les demandes en dommages et intérêts propres à Madame R. et les appels en garantie de Mesdames W et G à l'encontre de Monsieur M.

Monsieur PM. a relevé appel et soulève la prescription triennale de l'action de Madame R. Il affirme que le prix de cession a bien été réglé et que la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs de la société X. ne saurait procéder du seul écart de valeur des parts de la SCI Le Château de N. allégué par Madame R. Il conteste la valorisation de ces parts par l'expert judiciaire, l'écart entre leur valeur et le prix versé étant inférieur à 100.000 euros. Il prie la cour de rejeter les autres prétentions de Madame R.

Monsieur M. demande le rejet de toutes les prétentions de Madame R. et subsidiairement la garantie de Monsieur M.

La Selarl MMG & associés conclut à la confirmation du jugement.

Madame W soulève, à titre principal, la prescription des articles L. 225-42 et L. 225-254 du code de commerce. A titre subsidiaire, elle sollicite la garantie à 98 % de Monsieur M s'agissant de l'action ut singuli en faisant observer que le préjudice de la société X. ne saurait excéder 165.500 euros, et en totalité en ce qui concerne les frais d'expertise.

Madame R. demande de rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription dès lors qu'elle a été victime d'une dissimulation fautive, que l'acte de cession du 23 décembre 2002 ne lui a été révélé que par un courrier d'un notaire du 14 janvier 2008 et que le rapport spécial du commissaire aux comptes qui lui a été adressé en vue de l'assemblée générale du 13 juin 2003 ne faisait pas état de la convention de cession des parts, l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration, obligatoire pour une convention réglementée, résultant, en outre, de la coopération des trois administrateurs concernés. Elle doute du versement de la somme de 37.000 euros et soutient que le prix des parts a été sous-évalué et

que le manque à gagner s'élève à 268.677 euros avec intérêts à compter du 23 décembre 2003 et capitalisation. Elle sollicite, à titre personnel, l'allocation de la somme de 30.000 euros en réparation de la privation de son droit d'information et de contrôle sur la gestion de la société X., ainsi que le remboursement des frais d'expertise.

Madame G a été assignée à sa personne mais n'a pas constitué avocat. Le présent arrêt sera, par conséquent, réputé contradictoire par application des dispositions de l'article 474 du code de procédure civile ;

Pour l'exposé complet des faits, de la procédure, ainsi que des prétentions et moyens des parties, qui seront analysés en même temps que leur discussion dans les motifs qui suivent, il est expressément renvoyé à la décision entreprise et aux dernières conclusions signifiées les 15 mars 2013 (Monsieur PM.), 13 mars 2013 (Monsieur M), 13 février 2013 (Selarl MMG & associés), Madame W (4 juin 2013) et 28 juin 2013 (Madame R.).

SUR QUOI

Attendu que, dans un premier temps, Madame R. a agi sur le fondement de l'article L. 225-42 du code de commerce qui dispose que sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société ; qu'elle n'a pas poursuivi la nullité de la cession par la société X. à Monsieur M des parts de la SCI Le Château de N. dans la mesure où, en cours de procédure, la liquidation amiable de cette société civile est intervenue ; qu'elle recherche, par contre, la responsabilité des administrateurs et de leurs ayants-droit à raison de cette vente dont elle dénonce à la fois le caractère volontairement dissimulé et l'irrégularité au regard de la procédure régissant les conventions réglementées ;

Attendu que l'action en responsabilité tant sociale qu'individuelle engagée contre des administrateurs ou le directeur général auxquels est imputé le bénéfice de conventions non autorisées n'est pas soumise à la prescription applicable à l'action en nullité desdites conventions mais se prescrit, conformément à l'article L. 225-254 du code de commerce, par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, à compter de sa révélation ; Que pour déclarer irrecevable le moyen tiré de la prescription, le tribunal a retenu que celui-ci n'avait pas été présenté in limine litis ; que, toutefois, selon l'article 123 du code de procédure civile, les fins de non-recevoir, telle la prescription, peuvent être proposées en tout état de cause, de sorte que le jugement sera infirmé de ce chef ;

Attendu qu'il ressort des pièces versées aux débats que par acte sous seing privé du 23 décembre 2002, la société X. a cédé à Monsieur M 279 parts sociales de la de la SCI Le Château de N. moyennant un prix de 37.000 euros ; que cette cession a été autorisée par le conseil d'administration de la société X., non pas préalablement, mais le 27 décembre 2002 ; que la convocation adressée aux actionnaires pour l'assemblée générale de la société X. du 13 juin 2003 mentionne l'examen du rapport spécial du commissaire aux comptes sur les conventions visées à l'article 225-38 du code de commerce, et le procès-verbal de cette assemblée indique que la troisième résolution selon laquelle l'assemblée approuve les opérations intervenues entre la société et Monsieur M, administrateur, telles qu'elles résultent du rapport spécial du commissaire aux comptes a été adoptée par 13.770 voix pour et 12 voix contre (celles de Madame R. qui avait voté par correspondance) ; que le commissaire aux comptes de la société X., Monsieur P, atteste qu'il était présent lors de l'assemblée et a donné lecture de son rapport spécial lequel comporte, dans la rubrique « conventions conclues au cours de l'exercice » l'indication suivante : « votre société a cédé à Monsieur M 279 parts de la SCI Château de N, soit 30 % du capital, pour un montant de 37.000 euros » ;

Que, néanmoins, dans la version du rapport spécial adressée à Madame R. avant l'assemblée, le commissaire aux comptes informe les actionnaires qu'il ne lui a été donné avis d'aucune

convention visée à l'article L. 225-38 du code de commerce et ne fait état que d'une avance en compte courant accordée par Monsieur M ; que dans une lettre adressée à l'expert judiciaire, Monsieur P explique qu'il avait transmis à l'expert-comptable de la société X. une première version du rapport spécial et que celui-ci l'avait informé de l'existence de la convention litigieuse portant sur les parts de la SCI Le Château de N., d'où l'établissement de la version rectifiée qui, par suite d'une erreur de secrétariat, n'a pas été envoyée à Madame R. ;

Attendu que s'il y a eu volonté de dissimulation, ce qui n'est pas formellement établi en l'espèce puisque la cession litigieuse a fait l'objet d'une information aux actionnaires de la société X. et que Madame R. aurait pu en prendre connaissance si elle avait assisté à l'assemblée générale du 13 juin 2013, il n'en reste pas moins que la révélation de l'opération contestée s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action et qu'il résulte de conclusions de Madame R. prises en vue d'une audience du 15 septembre 2004 de la chambre civile de la présente cour, dans l'un des nombreux litiges l'opposant à son ex-mari Monsieur PM. pour la liquidation de leur régime matrimonial, qu'elle connaissait déjà la situation puisqu'à « la lecture du bilan de X. avant l'assemblée générale du 13 juin 2003, elle avait constaté que les participations dont X. disposait dans la SCI Château de N. à hauteur de 30 % avaient disparu et que cette opération effectuée sans information ni accord de l'assemblée générale des actionnaires démontrait que Monsieur P. M était libre d'agir à sa guise et pouvait modifier à tout moment la consistance de l'actif de X. » ; qu'il convient de relever que Madame R. avait été directrice générale de la société X. jusqu'à sa révocation le 21 avril 1992, jour également fixé judiciairement pour la date d'effet du divorce, et que du fait de cette ancienne fonction, elle était particulièrement qualifiée pour analyser et contrôler le bilan du 31 décembre 2002 qui fait effectivement apparaître une cession d'immobilisation pour 37.000 euros ainsi que la suppression des parts de la SCI dans le détail des participations ;

Qu'il s'ensuit que la prescription de l'action en responsabilité tant sociale qu'individuelle a commencé à courir le 13 juin 2003, jour de l'assemblée générale ayant approuvé les comptes au 31 décembre 2002 de la société X. dans lesquels figuraient la cession des parts de la SCI Le Château de N, étant observé que l'éventuel fait dommageable réside dans la cession des titres et non dans la détermination ultérieure du montant du préjudice ; que la prescription triennale est donc acquise depuis le 13 juin 2006, de sorte que formée par assignation en référé du 20 février 2008 en vue de la désignation d'un expert, la demande est tardive ;
Attendu que Madame R. supportera les dépens de première instance et d'appel et versera les sommes de 6.000 euros à Monsieur M, 4.000 euros à Madame W, 2.000 euros à Monsieur M et 1.500 euros à la Selarl MMG & associés, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

La cour,

Statuant publiquement, par arrêt réputé contradictoire et en dernier ressort ;

INFIRME le jugement entrepris ;

Et statuant à nouveau ;

DÉCLARE irrecevable comme prescrite l'action en responsabilité engagée par Madame R. ;
CONDAMNE Madame R. aux dépens de première instance et d'appel et à payer les sommes de 6.000 euros à Monsieur M, 4.000 euros à Madame W, 2.000 euros à Monsieur M et 1.500 euros à la Selarl MMG & associés, au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
ACCORDE à la SCP DM, avocat de Monsieur M, Maître GARNIER, avocat de Madame W, la SCP CORNU-SADANIA, avocat de Monsieur M, et la Selarl RENARD-PIERNE, avocat de la Selarl MMG & associés, le droit prévu par l'article 699 du même code ;

Commentaire : La révélation d'une convention réglementée s'apprécie au regard de la personne qui exerce l'action.

En cas de conclusion d'une convention réglementée sans autorisation préalable du conseil d'administration dans une société anonyme, il existe un palliatif pour éviter la nullité prévue par l'article L. 225-42 du code de commerce. L'assemblée des actionnaires peut, sur rapport spécial du commissaire au compte exposant les raisons qui ont amené le non-respect de la procédure, couvrir la convention par son vote. Le bénéficiaire de la convention qui ne l'a pas dissimulé peut également voir la prescription de trois ans jouer en sa faveur et éviter la remise en cause de la convention une fois la prescription entièrement courue. Si la convention a été dissimulée c'est à partir de sa couverture que la prescription commencera à courir.

Mais en l'espèce, en l'absence de nullité de la convention ayant pu causer un dommage à la société, l'actionnaire agit sur le fondement de l'article L. 225-251 du code de commerce pour rechercher la responsabilité civile d'un dirigeant ; pour le compte de la société, via l'action *ut singuli* et pour réparer un préjudice personnel via une action individuelle. Cet article dispose : *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ».

Pour que l'action soit recevable il faut que la prescription de trois ans de l'article 225-254 n'ait pas commencé à courir. De ce fait la demanderesse devait prouver que la convention lui avait été dissimulée. Or suivant la Cour de cassation le caractère dissimulé ou non de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action « *s'il y a eu volonté de dissimulation* »³². Le présent arrêt s'inscrit dans un revirement de jurisprudence initié par l'arrêt précité qui dans un attendu de principe prend explicitement le contre pied de la jurisprudence précédente initiée par un arrêt de 1976³³.

En l'espèce, c'est tout d'abord la présence d'une telle volonté de dissimulation de la convention portant sur la cession de parts de SCI qui faisait débat. Lors de l'assemblée générale ordinaire qui a suivi la signature de la convention litigieuse, le 13 juin 2003 la demandeuse avait voté contre une résolution qui approuvait la cession des parts de la SCI. Elle n'avait certes pas assisté personnellement à l'assemblée mais avait exprimé son vote négatif par correspondance. De plus la version du rapport reçu par la demandeuse ne faisait nulle mention de la convention objet du litige, c'est la version rectifiée qui la mentionnait. Celle-ci n'a pas été transmise à la demanderesse du fait d'une erreur de secrétariat comme le relève la Cour.

Cependant les juges orléanais relèvent qu'elle avait bien eu sous les yeux le bilan de la société mentionnant la sortie des parts de SCI de l'actif. En effet au cours d'une autre instance en 2004 elle avait argué de la disparition des parts de SCI cédées à l'administrateur de l'actif de la société pour affirmer que le cessionnaire pouvait modifier à sa guise la composition de l'actif.

Les juges orléanais vont plus loin que la Cour de cassation en relevant que la demanderesse avait été directeur général. On apprécie donc le caractère dissimulé au regard de la demanderesse.

En substance, l'arrêt se résume aux quelques lignes suivantes : la révélation de l'opération contestée s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action. Par conséquent, une

³² Cass. com., 8 fév. 2011 : n° 10-11896.

³³ Cass. com., 24 fév. 1976 : n° 74-15242.

éventuelle action en responsabilité, sociale ou individuelle, se prescrit à compter de l'assemblée générale ayant constaté le prétendu fait dommageable.

M. BOUARICH et É. BLEMONT-MOUREN

2) Compétence

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 février 2014, n° 13/03668

Monsieur X est le gérant de la société à responsabilité limitée Y, immatriculée le 28 mai 2013 au registre du commerce et des sociétés (RCS) tenu au greffe du tribunal de commerce d'Orléans.

Par ordonnance en date du 17 octobre 2013, le président de ce tribunal a, en sa qualité de juge commis à la surveillance du RCS, constaté que le bulletin numéro 2 du casier judiciaire de Monsieur X portait mention de ce qu'une interdiction d'exercer le commerce pendant une durée de 10 années avait été prononcée à son encontre le 22 mars 2004 par le tribunal de commerce de Meaux, ordonné l'inscription de cette mention au RCS, et enjoint à la société Y d'effectuer la modification de gérant dans un délai d'un mois suivant la notification de sa décision.

Monsieur X a interjeté appel, le 8 novembre 2013, de cette ordonnance qui lui avait été notifiée le 28 octobre précédent.

Lors de l'audience devant la cour, Monsieur X a fait valoir que l'interdiction d'exercer dont il fait l'objet sera prochainement levée, et a demandé qu'elle lui soit accordée "une mesure de clémence".

Le ministère public a conclu à la confirmation de la décision déférée.

CELA ETANT EXPOSE, LA COUR,

Attendu que l'appel, interjeté par lettre recommandée dans le délai de 15 jours de la notification de l'ordonnance déférée, est recevable ;

Attendu que la décision du tribunal de commerce de Meaux en date du 22 mars 2004 a été signifiée à Monsieur X le 16 avril 2004 et que l'interdiction qu'elle prononçait pendant une durée de dix ans ne prendra donc fin que le 16 avril 2014 ;

Que Monsieur X a indiqué devant la cour qu'il n'a pas saisi le tribunal de commerce de Meaux d'une demande tendant à obtenir le relèvement de l'incapacité d'exercer le commerce prononcée à son encontre ;

Que la loi ne permet pas à cette cour, investie par l'effet dévolutif de l'appel des seuls pouvoirs du juge chargé de la surveillance du RCS, de réduire la durée de l'incapacité prononcée, et qu'il ne peut qu'être constaté que Monsieur X ne peut exercer les fonctions de gérant de société ;

Que la décision déférée sera donc entièrement confirmée ;

PARCES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort :

CONFIRME la décision entreprise,

Y AJOUTANT,

CONDAMNE Monsieur X aux dépens d'appel

Commentaire : Compétence du tribunal en matière de relevé de déchéance d'interdiction de gérer

Dans la cadre de sa qualité de juge commis à la surveillance du registre des commerces et des sociétés, le président du tribunal de commerce d'Orléans a constaté, le 17 octobre 2013, que le dirigeant d'une société immatriculée dans son greffe était frappé d'une interdiction de gérer de dix ans prononcée à son égard en 2004 par le tribunal de commerce de Meaux.

L'interdiction de gérer constitue une sanction fréquente contre une personne coupable des infractions au droit des sociétés prévues aux articles L. 241-1 à L. 248-1 du Code de commerce (abus de biens sociaux, présentation de comptes infidèles, défaut d'établissement des comptes annuels...). Elle peut être prononcée directement par le tribunal ou résulter de la prononciation d'une condamnation de faillite personnelle. En effet, cette dernière provoque de plein droit l'interdiction de gérer une entreprise³⁴. Cette peine dont la durée est laissée à l'appréciation du juge ne peut être supérieure à une durée de 15 ans³⁵. Ainsi, la Cour d'appel de Rouen a prononcé le relèvement d'une mesure de faillite personnelle qui avait été prononcé pour une durée de 20 ans à l'encontre d'un dirigeant.³⁶

En l'espèce, l'interdiction de gérer du gérant n'étant pas arrivée à son terme, le président du tribunal de commerce d'Orléans a ordonné à la société de procéder au changement du gérant en place. Ce dernier faisant appel de cette ordonnance a sollicité du tribunal de commerce d'Orléans, une mesure de clémence au motif que la peine prononcée à son égard allait être prochainement levée.

C'est de l'incompétence du juge commis à la surveillance du Registre des Commerces et des sociétés quant au relevé de la déchéance prononcée par un autre tribunal de commerce dont il est question dans cet arrêt. En effet, la Cour d'appel d'Orléans par son arrêt en date du 6 février 2014 rappelle son incompétence pour statuer sur la réduction de la déchéance qu'elle n'a pas elle-même prononcé à l'égard d'un ancien dirigeant.

Cette solution n'est ni nouvelle, ni étonnante. En effet, les textes prévoient la possibilité pour l'ancien dirigeant de se faire relever de sa déchéance dans trois hypothèses limitativement énumérées dont deux sont automatiques, alors que la troisième est laissée à l'appréciation du juge. D'une part, les déchéances, et les interdictions cessent de plein droit au terme fixé par le tribunal, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement le prononce³⁷. D'autre part, le jugement de clôture pour extinction du passif rétablit les dirigeants de la personne morale dans tous leurs droits et les relève de toutes les déchéances³⁸.

Enfin, dernier cas de relevé laissé à l'appréciation du juge, l'intéressé peut demander au tribunal lorsque la durée de la sanction n'a pas expiré de le relever, en tout ou partie, des déchéances et interdictions, s'il a apporté une contribution suffisante au paiement du passif³⁹. Le juge apprécie à la fois l'ampleur et l'effectivité de la contribution au passif. L'étendue du relèvement peut-être total ou partiel. Cela dit, selon la Cour d'appel de Douai, il n'est pas nécessaire que tous les créanciers aient été désintéressés.⁴⁰ Lorsque l'intéressé demande d'être relevé d'une interdiction de gérer, il doit également présenter des garanties démontrant sa capacité à diriger ou contrôler une ou plusieurs entreprises, ces garanties peuvent consister en une formation professionnelle⁴¹.

Cette possibilité pour le dirigeant condamné à l'interdiction de gérer d'être relevé de ses déchéances et interdictions est issue de la loi 2005-845 du 26 juillet 2004. Cependant toute demande en relevé des

³⁴ C. com., art. L. 653-2.

³⁵ C. com., art. L. 653-11, al 1.

³⁶ CA Caen, 1ère ch.23 avril 2009.

³⁷ C. com., art. L. 653-11, al 1.

³⁸ C. com., art. L. 653-11, al 2.

³⁹ Article L 653-11 al 3 Code de commerce.

⁴⁰ CA de Douai, 2ème ch.15 fév. 2001.

⁴¹ Article L 653-11 al 4 Code de commerce.

déchéances, interdictions et incapacités doit être adressée par requête devant la juridiction qui les a prononcées⁴².

Ainsi, l'ancien dirigeant d'une société, qui avait été condamné à une peine d'interdiction de gérer pour une durée de quinze ans doit présenter sa demande de réduction au tribunal qui l'a condamné, lequel est seul compétent pour relever la sanction.

Force est de constater l'incompétence de la Cour d'appel d'Orléans pour statuer sur le relevé d'une interdiction de gérer prononcée à l'encontre d'un dirigeant par le tribunal de commerce de Meaux.

U. Ashgar et D.-L. Kiala

3) Rétablissement personnel

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 13/01734

Le 27 septembre 2012, la commission de surendettement des particuliers d'Indre et Loire a déclaré recevable la demande de M.X. visant à bénéficier de la procédure de traitement des situations de surendettement.

Le 14 février 2013, elle a recommandé une mesure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire.

Cette proposition a été contestée le 20 février 2013 par M. Y., créancier de M.X. au titre de loyers et charges impayés.

Selon jugement du 13 mai 2013, le tribunal d'instance de Tours a rejeté le recours et prononcé au profit de M. X. une mesure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire en rappelant qu'elle entraînait l'effacement des dettes de l'intéressé.

M. Y. a relevé appel.

L'appelant, M. X. et tous les créanciers, ont été convoqués aux soins du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour l'audience du 5 décembre 2013 à laquelle seuls ont comparu M. Y. et M. X. Les services fiscaux d'Amboise et la société DIAC ont indiqué par courrier à la cour qu'ils ne comparaitraient pas.

M. Y. fait valoir que M. X. s'est maintenu longtemps alors qu'il savait ne pas pouvoir payer le loyer, qu'il a laissé les lieux dans un état déplorable lorsqu'il a fini par les libérer, et sans restituer le deuxième jeu de clés. Il indique que sa créance dépasse 5.000 euros, considère que les charges invoquées pourraient être moindres, et n'admet pas que la dette soit effacée.

M. X. se déclare désolé du tort qu'il a causé au bailleur. Il reconnaît avoir laissé l'appartement dans un état lamentable. Il explique qu'il a perdu son emploi, qu'il a dû restituer son véhicule de fonctions, qu'il a vite retrouvé un travail mais sensiblement moins bien rémunéré. Il indique subir un prélèvement de la Caf pour apurer un arriéré de pension alimentaire, rembourser un prêt accordé en urgence par son employeur pour faire face aux frais de réinstallation, ne pas percevoir d'APL et n'avoir pour vivre que 400 euros en définitive.

MOTIFS DE L'ARRÊT :

Attendu que la bonne foi du débiteur n'est pas en cause, et n'est pas réfutée ; que les impayés sont imputables à la dérive qu'il a subie lorsqu'il a perdu son emploi et rencontré d'importants problèmes personnels ;

Attendu que M. X. justifie percevoir des revenus mensuels de 1.270 euros, avec lesquels il doit faire face à des charges mensuelles de l'ordre de 1.420 euros détaillées par le premier juge

⁴² Article R 653-4 code de commerce.

en des termes qui demeurent pertinents ; qu'il est âgé de 60 ans, et ne dispose pas de perspectives concrètes d'évolution professionnelle sensiblement plus favorables ;

Qu'avec un endettement de plus de 25.000 euros, et une capacité réelle de remboursement négative, il se trouve dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes et présente une situation irrémédiablement compromise, au sens de l'article L.330-1, alinéa 3 du code de la consommation, ainsi que l'a retenu le premier juge, dont la décision sera donc confirmée ;

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, par arrêt réputé contradictoire et en dernier ressort :

CONFIRME le jugement entrepris

DIT que le présent arrêt sera notifié aux soins du greffe à Monsieur Y. appelant, au débiteur, ainsi qu'aux services fiscaux d'Amboise et à la DIAC, créanciers intéressés, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et que la commission de surendettement d'Indre et Loire en sera avisée par lettre simple.

LAISSE les dépens à la charge du Trésor Public.

Commentaire :

La Commission de surendettement d'Indre et Loire des particuliers a déclaré recevable la demande de Monsieur X. visant à bénéficier d'une procédure de traitement des situations de surendettement. La Commission a recommandé auprès de Monsieur X. une mesure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire.

La proposition fut contestée par Monsieur Y., créancier de Monsieur X., au titre de loyers et charges impayés. Le juge a rejeté le recours et a prononcé au profit du débiteur une mesure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire en rappelant qu'elle entraînait l'effacement des dettes antérieures. Monsieur Y. interjette appel devant la Cour d'appel d'Orléans en ce qu'il estime que « le débiteur s'est maintenu trop longtemps dans l'appartement alors qu'il savait qu'il ne pouvait plus payer les loyers, et qu'il a laissé les lieux dans un état déplorable ». A ce titre, il demande à la Cour que les loyers et charges restés impayés pour un montant de 5 000,00 euros ne soient pas intégrés au sein de la procédure de surendettement.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans, ici commenté, soulève une question quant à l'admission des débiteurs à la procédure subsidiaire de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire.

La Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain lorsqu'elle effectue ses recommandations et apprécie à la fois la situation personnelle et la capacité de remboursement du débiteur. La situation de surendettement est « caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir⁴³ ». À défaut d'avoir déterminé un seuil de surendettement, l'impossibilité manifeste de faire face à ses dettes constitue ainsi une question de fait laissée au pouvoir souverain des juges du fond qui l'apprécient *in concreto*⁴⁴. Habituellement les éléments d'actif englobent les revenus proprement dits du débiteur, c'est-à-dire les traitements et les salaires et la totalité de ses ressources et de ses biens, autrement dit son capital. Toutes les ressources doivent être appréhendées, qu'elles soient présentes ou futures, sans tenir compte de leur origine. Les éléments du passif sont également à prendre en compte. La situation de surendettement s'apprécie au regard des seules dettes non professionnelles, sans

43 C. conso., art. L. 330-1.

44 Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991 : *Bull. civ. I*, n° 278.

que la présence de dettes professionnelles soit de nature à exclure la recevabilité de la demande d'ouverture d'une procédure de surendettement, dès lors que la situation de surendettement se trouve caractérisée⁴⁵. Le passif ne concerne pas uniquement les dettes échues mais aussi les dettes à échoir dans un avenir assez proche.

Ainsi, le législateur a une volonté réelle d'anticiper la situation de surendettement ou de l'atténuer par des mesures préventives. De surcroît, les recommandations de la Commission de surendettement sont dépourvues d'autorité de chose jugée donc il appartient au juge du fond de vérifier ultérieurement la validité et le montant des titres de créance quand il est saisi d'une contestation relative aux mesures recommandées.

En l'espèce le débiteur justifie percevoir des revenus mensuels de 1.270 euros, avec lesquels il doit faire face à des charges mensuelles de l'ordre de 1.420 euros détaillées par le premier juge ; qu'il est âgé de 60 ans, et ne dispose pas de perspectives concrètes d'évolution professionnelle sensiblement plus favorables. Ainsi, il est clairement établi que la situation extrêmement fragile du débiteur n'est pas propice à un éventuel remboursement de ses dettes échues ou à échoir.

La procédure dite du rétablissement personnel a été mise en place dans le cadre de la Loi Borloo du 1^{er} août 2003⁴⁶. Cette procédure vise à traiter les situations de surendettement les plus délicates en permettant au débiteur d'effacer ses dettes non professionnelles après la réalisation judiciaire de ses actifs. Depuis la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation⁴⁷, cette procédure est scindée : d'un côté le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, de l'autre le rétablissement sans liquidation judiciaire, dont a ici bénéficié Monsieur X. La procédure de rétablissement sans liquidation judiciaire dédiée aux situations de surendettement les plus obérées, peut être ouverte si la commission constate que le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle⁴⁸. En l'espèce, le débiteur explique qu'il a « perdu son emploi, qu'il a dû restituer son véhicule de fonctions, qu'il a vite retrouvé un travail mais sensiblement moins bien rémunéré ». On aperçoit très distinctement dans cette affaire que l'appréciation du juge de la situation financière et personnelle du débiteur est faite *in concreto* et que le débiteur ne dispose, effectivement, que de biens meubles nécessaires à sa vie courante. C'est pourquoi le choix de la Commission de surendettement s'est porté sur la procédure spécifique du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. La procédure de rétablissement personnel apparaît alors comme la seule issue à la situation de surendettement du débiteur puisqu'il ne pourrait ni honorer un échelonnement de ses dettes ni se faire déposséder de biens dont la vente contribuerait à apurer son passif. Il répond donc bien aux critères de la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, se trouvant dans une situation irrémédiablement des plus obérée.

L. BOUHAJRA et N. MARZAIS

4) Responsabilité de l'établissement de crédit

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 13/00079

45 Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1995 : *Bull. civ. I*, n° 119.

46 L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003 « d'orientation et de programmation pour la ville ».

47 L. n° 2010-737, 1^{er} juil. 2010 « portant réforme du crédit à la consommation ».

48 C. com., art. L. 330-1.

Prononcé le 06 FÉVRIER 2014 par mise à la disposition des parties au Greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile.

Une banque a consenti le 21 février 2007 à une société H un prêt d'investissement de 100.000 euros ainsi qu'un crédit de TVA de 85.000 euros, destinés à financer la création d'un magasin de décoration sous franchise A, ces deux concours étant garantis par le cautionnement solidaire de Monsieur S. à hauteur respectivement de 130.000 euros et 110.500 euros. Monsieur S. s'est également porté caution solidaire le 6 décembre 2007 de tous les engagements de la société H dont il était gérant, à concurrence de 78.000 euros. La société cautionnée ayant été mise en redressement puis liquidation judiciaires, l'établissement de crédit a déclaré ses créances et assigné la caution, par acte du 17 septembre 2008, en exécution de ses engagements. Monsieur S. et son épouse ont alors engagé le 12 novembre 2008 une action en responsabilité à l'encontre de la banque devant le tribunal de grande instance de PARIS.

Par jugement du 4 octobre 2012, le tribunal de commerce d'ORLÉANS a pris acte de ce que le tribunal de grande instance puis la cour d'appel de PARIS avaient déjà statué avec autorité de chose jugée sur l'action en responsabilité de Monsieur S. à l'égard de la banque et l'en avaient débouté, a rejeté la demande de délais de paiement et a condamné la caution à payer à la banque, avec capitalisation des intérêts, les sommes de :

- 95.746,82 euros avec intérêts au taux de 8.75 % au titre du prêt de 100.000 euros,*
- 15.036,24 euros avec intérêts au taux euribor un mois plus un point au titre du crédit de TVA,*
- 78.000 euros avec intérêts au taux légal à raison du solde débiteur du compte courant, les intérêts courant à compter du 8 septembre 2008.*

Monsieur S. a relevé appel.

Par conclusions signifiées le 8 avril 2013, il prétend que le fondement de ses prétentions devant la présente cour n'est pas le même que dans le cadre de l'action engagée devant le tribunal de grande instance de PARIS qui concernait le non-respect des engagements de la banque envers lui. Il fait valoir que la banque a multiplié les fautes à son égard en sa qualité de caution en accordant à la société H un concours insuffisant, en manquant à son obligation de conseil, notamment sur la situation du groupe A, en lui faisant souscrire un emprunt à titre personnel, en opérant des prélèvements illégaux sur ses comptes et en facturant des frais abusifs et en lui faisant signer trois cautionnements manifestement disproportionnés à ses ressources. Il sollicite l'allocation d'une somme de 263.133,63 euros à titre de dommages et intérêts, outre 100.000 euros en réparation de son préjudice moral. Subsidiairement, il demande l'octroi de délais de grâce.

Par ses écritures du 5 juin 2013, la banque relève que l'essentiel de l'argumentation de l'appelant se réduit à une série d'affirmations et d'accusations dénuées de preuves. Elle invoque l'autorité de chose jugée des décisions des juridictions parisiennes devant lesquelles les moyens de Monsieur S. étaient identiques à ceux présentés dans la présente instance et qui ont tous été écartés. Elle conclut à la confirmation du jugement, sauf à fixer au 29 février 2008, date de mise en demeure, le point de départ des intérêts au taux légal sur la somme de 78.000 euros et à la condamnation de l'intéressé à lui payer la somme de 5.000 euros pour appel abusif.

SUR QUOI

Attendu que par arrêt irrévocable du 12 avril 2012, la cour d'appel de PARIS, par confirmation du jugement du 19 mai 2010 du tribunal de grande instance de PARIS a, comme le relève la banque, procédé à une analyse minutieuse des griefs présentés par Monsieur S. et

a estimé que la responsabilité de la banque ne pouvait être engagée ; qu'en effet, la juridiction parisienne a retenu que les demandes de Monsieur S. étaient relatives aux cautionnements consentis par lui, qu'il ne démontrait pas que la banque lui avait donné un accord de principe pour un prêt de 200.000 euros, ou avait commis des manœuvres dolosives, qu'il était une caution avertie exonérant la banque de son devoir de mise en garde sur les risques de l'opération ou la situation du groupe Atmosphère, qu'il n'établissait pas avoir subi des pressions pour l'inciter à emprunter à titre personnel une somme de 50.000 euros, qu'il ne rapportait pas la preuve de la disproportion de ses engagements, et qu'il n'avait jamais contesté les virements et frais comptabilisés sur ses comptes ;

Que, comme la demande originale, la présente demande est formée entre les mêmes parties, est fondée sur la même cause et tend à obtenir paiement de dommages et intérêts en raison des fautes alléguées de la banque relativement aux mêmes cautionnements ; que la demande se heurte donc à la chose précédemment jugée relativement aux mêmes contestations et est irrecevable par application des articles 480 du code de procédure civile et 1351 du code civil ;

Et attendu que la caution ne contestant pas le montant des sommes réclamées, le jugement sera confirmé de ce chef, sauf à fixer au 29 février 2008, date de mise en demeure, le point de départ des intérêts au taux légal sur la somme de 78.000 euros ;

Attendu que Monsieur S. a déjà bénéficié, par le déroulement normal de la procédure et l'exercice des voies de recours, de délais de paiement depuis près de cinq ans ; qu'il ne justifie d'aucune façon de sa situation financière, et qu'il ne saurait donc lui être accordé de nouveaux délais ;

Que l'acharnement procédural de Monsieur S. à reprendre les mêmes faits et arguments au mépris de l'autorité de chose jugée sur laquelle il était suffisamment éclairé par les motifs parfaitement clair du jugement déféré, justifie sa condamnation, pour appel abusif et dilatoire, à payer, en vertu de l'article 559 du code de procédure civile, à la banque, la somme de 1.000 euros à titre de dommages intérêts, et au Trésor Public, une amende civile dont le montant sera fixé à 1.000 euros ;

Attendu que Monsieur S. supportera les dépens d'appel et versera la somme de 1.500 euros à la banque sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

La cour,

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort ;

CONFIRME le jugement entrepris en toutes ses dispositions, sauf à fixer au 29 février 2008 le point de départ des intérêts au taux légal sur la somme de 78.000 euros ;

CONDAMNE Monsieur S. à payer à la banque la somme de 1.000 euros à titre de dommages intérêts pour appel abusif et dilatoire, et au Trésor Public, une amende civile de 1.000 euros, sur le fondement de l'article 559 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE ;

LE CONDAMNE aux dépens d'appel et à verser la somme de 1.500 euros à la banque au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

ACCORDE à la Selarl L, avocat, le droit prévu par l'article 699 du même code ;

Commentaire :

L'article 2288 du Code Civil dispose que « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ». Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'engage à l'égard d'un créancier à payer la dette d'un débiteur principal, au cas où celui-ci serait

défaillant. Pourtant, la mise en œuvre des engagements de la caution est parfois source de difficulté notamment lorsque cette dernière, pour se soustraire à ses obligations, recherche la responsabilité civile du dispensateur de crédit. C'est ce qu'illustre un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 6 février 2014.

Une banque a consenti à la société H, un prêt d'investissement de 100 000 euros ainsi qu'un crédit de TVA de 85 000 euros destinés à financer la création d'un magasin sous franchise A. Ces deux concours bancaires sont garantis par le cautionnement solidaire du gérant de la société à hauteur de 130 000 euros et de 110 500 euros. Ce dernier s'est également porté caution solidaire, de tous les engagements de la société à concurrence de 78 000 euros.

La société cautionnée ayant été mise en redressement, puis en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a déclaré ses créances puis a assigné la caution en exécution de ses engagements. La caution dirigeante, a alors engagé une action en responsabilité à l'encontre de la banque devant le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris.

Le Tribunal de Commerce d'Orléans a pris acte de ce que le TGI puis la Cour d'appel de Paris avaient déjà statué avec autorité de chose jugée sur ladite action en responsabilité du gérant à l'égard de l'établissement bancaire et l'en avaient débouté. Le Tribunal de Commerce d'Orléans a par conséquent rejeté la demande de délais de paiement et condamné la caution à payer la banque. C'est la raison pour laquelle la caution a relevé appel.

La caution estime que le fondement de ses prétentions devant la Cour d'appel d'Orléans n'est pas le même que dans le cadre de l'action engagée devant le TGI de Paris laquelle concernait le non-respect des engagements de la banque envers lui. Elle avance les fautes de l'établissement de crédit à son égard en sa qualité de caution. Celles-ci seraient constituées par une insuffisance du concours, un manquement à l'obligation de mise en garde, un dol et une disproportion des cautionnements par rapport aux ressources du gérant. La banque quant à elle, invoque l'autorité de la chose jugée des décisions parisiennes.

L'autorité de chose jugée peut-elle être valablement avancée par la banque ?

La Cour d'appel d'Orléans, par son arrêt du 6 février 2014, oppose à l'appelant l'autorité de la chose jugée tout en se bornant à reprendre les motivations de la Cour d'appel de Paris.

Avant de rappeler les modalités classiques de mise en œuvre de la responsabilité du dispensateur de crédit par la caution, qui en l'espèce, n'a pas été retenue, nous nous attacherons à étudier l'opposition par la Cour d'appel d'Orléans, de l'autorité de la chose jugée à l'encontre des prétentions de l'appelant.

I- L'opposition de l'autorité de la chose jugée à la caution

En rejetant les prétentions de l'appelant, la Cour d'appel d'Orléans lui oppose l'autorité de chose jugée. En exerçant son activité juridictionnelle, le juge remplit une fonction de pacification des rapports sociaux. L'autorité de la chose jugée peut être définie comme « *un attribut conféré par la loi aux actes juridictionnels afin d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle et d'interdire le renouvellement des procès* »⁴⁹. La conception classique est celle du Code Civil traitant de l'autorité de la chose jugée comme d'une présomption. La chose jugée est présumée correspondre à la vérité, et cette présomption est irréfragable. En ce sens, l'article 1350 alinéa 3 du Code de Procédure Civile (CPC) dispose que « *la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont (...) l'autorité que la loi attribue à la chose jugée* ».

En vertu de l'article 1351 du Code Civil, une conception négative de l'autorité de chose jugée interdit que soit soumis à un nouveau tribunal, ce qui a été jugé dès lors qu'il existe une

49 G. Wiederkehr, *Sens, signification et signification de la chose jugée, Justice et droits fondamentaux*, Études offertes à J. Normand : Litec 2003, p. 507

identité des parties, d'objet, et de cause⁵⁰. Ces trois conditions sont cumulatives et l'absence d'un seul ou de deux de ces trois éléments empêche la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée.⁵¹ La Cour d'appel d'Orléans estime que « *comme la demande originaire, la présente demande est formée entre les mêmes parties, est fondée sur la même cause, et tend à obtenir paiement de dommages et intérêts en raison de fautes alléguées de la banque relativement aux mêmes cautionnements* ». Les juges du fond, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, affirment de façon lapidaire, sans aucun argument autre que la référence aux conditions légales, l'autorité de chose jugée des décisions parisiennes. S'il est évident que les conditions d'identité des parties et d'objet ne posent aucune difficulté dans l'affaire présentée, arrêtons-nous sur la condition d'identité de cause.

L'un des arguments de l'appelant est que « *le fondement de ses prétentions devant la cour n'est pas le même (...)* ». Cet argument ramène à la problématique de savoir si le changement de fondement est de nature à constituer un changement de cause rendant la demande recevable.

La Cour de Cassation, a estimé qu'il y a effectivement identité de cause lorsque les demandes successives auprès du même tribunal tendent aux mêmes fins, ont le même objet, et que seul diffère le moyen juridique invoqué⁵². Cette décision sévère a un effet pervers : celui d'aboutir à une obligation de concentrer les moyens de nature à fonder une demande. Si la Cour d'appel d'Orléans ne se borne qu'à prononcer l'identité de cause, il est clair, et, à juste titre, qu'elle se prononce ainsi sur le fondement de ce mouvement jurisprudentiel.

Quoiqu'il en soit, cet arrêt ne présente aucune nouveauté et très classiquement, l'autorité de la chose jugée est valablement opposée aux prétentions de l'appelant. Néanmoins, bien que la Cour d'appel d'Orléans, par son arrêt du 6 février 2014, ne reprenne que les arguments des juridictions parisiennes, il apparaît nécessaire de les commenter et d'en préciser la teneur.

II- L'irresponsabilité de l'établissement de crédit

Dans cet arrêt se pose également la question de la responsabilité de la banque envers la caution. Lorsqu'un crédit est accordé à une entreprise et que cette dernière se trouve ensuite en difficulté, le risque de l'opération est supporté par les cautions.

Aujourd'hui la caution poursuivie en paiement invoque très souvent la faute du banquier ayant accordé un crédit au débiteur.

Pour convaincre une caution à s'engager, la banque peut avoir une réticence à révéler à la caution une information relative à la situation économique et financière de l'entreprise. Cette réticence constitue une faute entraînant la nullité du cautionnement ou l'allocation de dommages et intérêts.

En l'espèce, la caution, Monsieur S., a souhaité invoquer le dol et engager la responsabilité de la banque. Elle voulait se prévaloir d'une faute commise directement envers elle. Selon elle, la banque avait commis des manœuvres dolosives et n'avait pas rempli son obligation de mise en garde sur les risques de l'opération ou la situation du groupe de l'entreprise.

Mais la Cour rappelle que dans cette affaire la caution était avertie. La banque était donc exonérée de son devoir de mise en garde. En effet, comme l'emprunteur, la caution avertie ne peut se prévaloir du devoir de mise en garde. Ainsi la distinction entre cautions non averties et cautions averties est tout aussi essentielle que celle opposant emprunteurs non avertis et avertis.

Cette solution n'est ni nouvelle, ni étonnante. En effet, la jurisprudence est déjà bien établie en la matière. Un arrêt récent a rappelé le principe selon lequel la caution avertie ne peut ni

⁵⁰ Cass. 1re civ., 16 juill. 1971 : Bull. civ. 1971, I, n° 239 ; D. 1972, p. 115

⁵¹ Cass. 3e civ., 30 mai 1972 : Bull. civ. 1972, III, n° 343 ; Rev. loyers 1972, p. 482

⁵² Cass. Ass. Plen. 7 juill. 2006, RTD civ. 2006, 825, obs. R. Perrot

invoquer le dol ni la responsabilité contractuelle ou délictuelle de la banque bénéficiaire du cautionnement⁵³.

Pour qualifier les cautions, les mêmes critères que pour les emprunteurs sont appliqués. Sont considérés comme « avertis », les dirigeants, cautions de leur société, qu'ils soient dirigeants de fait ou de droit⁵⁴. Les dirigeants cautions sont le plus souvent considérés comme informés et connaissent les risques en apportant cette garantie⁵⁵. Cependant certains dirigeants peuvent être qualifiés de cautions non averties. Le dirigeant non effectif peut être considéré comme non averti. En effet, il doit être démontré que la caution est engagée dans la gestion de la société cautionnée⁵⁶.

En l'espèce, Monsieur S., gérant de la société emprunteuse, s'est porté caution solidaire des prêts consentis à la société. La caution dirigeante de l'entreprise débitrice ne peut en principe prétendre avoir été trompée par la banque dans la mesure où elle est elle-même raisonnablement dans la capacité d'évaluer les risques qu'elle prend en apportant sa garantie à l'opération. En effet, Monsieur S. a accompagné sa demande de prêt d'une présentation détaillée de son projet avec notamment, une étude économique et d'un prévisionnel.

Les juges du fond ont donc considéré que le devoir de mise en garde ne pouvait pas s'appliquer dans ce cas. Ils suivent donc une jurisprudence constante sur ce point.

En outre, l'appelant allègue une disproportion entre ses ressources financières au moment de la conclusion des cautionnements, et le montant de ses engagements. L'article L. 313-10 du Code de la Consommation lequel ne protège que les consommateurs personnes physiques est le premier article à avoir introduit l'exigence de proportionnalité. C'est ensuite par le biais de la responsabilité civile que cette exigence est entrée dans le droit commun du cautionnement⁵⁷. Toutefois, l'arrêt Nahoum⁵⁸ est venu marquer une inflexion de cette jurisprudence en énonçant, concernant les cautions averties, que la sanction de la disproportion manifeste est soumise à la preuve que le créancier bénéficiaire de leur garantie, aurait eu sur les facultés de remboursement de la caution, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées. Cette preuve impossible en pratique, exclura souvent l'application de la solution de l'arrêt Macron aux dirigeants cautions.

La loi Dutreil n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 a réintroduit la portée de l'arrêt Macron en créant un article L. 341-4 du Code de la Consommation lequel énonce un principe général de respect de l'exigence de proportionnalité.

Il a été jugé que le gérant d'une société mise en liquidation judiciaire peut ainsi invoquer le caractère manifestement disproportionné de son engagement de caution pour obtenir sa libération totale⁵⁹. L'appréciation de ce caractère, qui relève du pouvoir souverain des juges du fond, se fait au regard des biens déclarés par la caution, et, le créancier n'est pas tenu de vérifier l'exactitude de ces faits en dehors de toute anomalie apparente⁶⁰.

L'appelant invoque une disproportion entre le montant de ses engagements et ses ressources. Toutefois, la Cour d'appel d'Orléans ne se prononce pas sur cette question et se contente à juste titre, de relever que la caution n'a pas apporté la preuve d'une telle disproportion devant les juridictions parisiennes.

En ouverture, relevons qu'il est surprenant que le dirigeant caution n'ait pas fondé ses prétentions sur une responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du Code de

53 Cass. com., 28 janv. 2014 : n° 12-27.703.

54 Cass. com., 17 févr. 2009 : n° 07-20.935 et n° 08-15.324, *JCP G* 2009, I, 150, n° 6, obs. Ph. Simler ; CA Rennes, 3 févr. 2012, n° 09/00136, *JCP G* 2012, 1184, obs. S. Le Normand.

55 CA Orléans, ch. com. éco. fin., 11 mai 2006 : Juris-Data n° 2006-303313.

56 Cass. com., 31 janv. 2012 : n° 10-24.694, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 50, obs D. L.

57 Cass. com., 17 juin 1997 : n° 95-14.105, *JCP E* 1997, II, 1077, note D. Legeais.

58 Cass. com., 8 oct. 2002 : *Bull. civ.* IV, n° 136.

59 Cass. com., 22 juin 2010 : n° 09-67.814, *JCP E* 2010, 1678, note D. Legeais.

60 Cass. com., 14 déc. 2010 : n° 09-69.807, *JCP E* 2011, 1117, note D. Legeais.

Commerce⁶¹. Cet article instaure, au contraire du régime antérieur, une présomption réfragable d'irresponsabilité des établissements de crédit⁶². Pour cela, en plus de rapporter l'existence d'une fraude, d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou d'une garantie disproportionnée au regard du montant des concours concernés, le débiteur doit apporter la preuve que l'établissement de crédit a consenti des concours en eux-mêmes fautifs⁶³. Nous pensons plus particulièrement dans le cadre de cet arrêt, à l'hypothèse d'une disproportion des garanties prises par le créancier en contrepartie des concours qu'il a accordés. Enfin, si cette question n'a pas été abordée dans le cadre de cette affaire, rappelons que la disproportion visée par l'article L. 650-1 dont le domaine de l'octroi abusif de crédit, est en relation avec les concours consentis par le créancier et non avec les capacités financières des garants.

A. GALLOPIN, M. MERZOUK et R. DEHOUX

5) Procédures collectives et mesures d'exécution forcée

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 12/01970

La présente décision fait suite à l'arrêt prononcé par cette cour le 6 mars 2013, auquel il y a lieu de se reporter pour plus ample exposé.

Il sera simplement rappelé ici que X. ayant été définitivement condamné le 29 janvier 2010 par le tribunal d'instance d'Orléans à payer le solde d'un prêt personnel à la banque, celle-ci a pratiqué le 12 janvier 2012 une saisie-vente à hauteur de 16.194,58 euros en vertu de ce jugement ; qu'il a fait assigner la banque le 21 février 2012 devant le juge de l'exécution en sollicitant la nullité de cette saisie et l'arrêt des poursuites au motif qu'elle n'avait pas déclaré sa créance alors qu'il était en redressement judiciaire depuis le 13 septembre 2007 et en liquidation judiciaire depuis le 13 novembre 2008 ; qu'il a été débouté de ces prétentions par le jugement entrepris, prononcé le 18 juin 2012, au motif qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge de l'exécution d'annuler, d'écarter ou de modifier le jugement servant de fondement aux poursuites ; et que la cour, dans son arrêt du 6 mars 2013, a ordonné la réouverture des débats et invité les parties à s'expliquer

-sur l'application à la cause des dispositions de la loi du 26 juillet 2005 et leur incidence sur le sort de la créance non déclarée de la banque

-et sur la validité du jugement de condamnation du 29 janvier 2010 et sur celle du procès-verbal de saisie-vente du 12 janvier 2012 au regard du principe de l'interdiction absolue des poursuites individuelles et voies d'exécution à l'encontre d'un débiteur en liquidation.

Monsieur S. T fait valoir que l'article L. 622-21 du code de commerce, qui est d'ordre public, édicte une interdiction générale et absolue des poursuites à l'encontre du débiteur en procédure collective. Il ajoute que si sa liquidation judiciaire a certes été depuis clôturée pour insuffisance d'actif le 1^{er} mars 2012, la banque ne se trouve pas pour autant dans l'un des cas où l'article L. 643-11 prévoit que les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle, dès lors qu'elle n'avait pas déclaré sa créance. Il conteste avoir recouru à des manœuvres pour échapper à son créancier en expliquant avoir déménagé plusieurs fois parce qu'il recherchait un emploi salarié et ne pouvait plus assumer les frais de son logement. Il sollicite, par infirmation du jugement entrepris, la nullité de l'assignation en paiement du 12

⁶¹ V. P. Hoang, « Risque d'entreprise et risque indemnitaire des partenaires externes de l'entreprise en difficulté », LPA 10 juill. 2013, n° 137, p. 6-15.

⁶² Cass. com., 16 oct. 2012 : n° 11-22.993.

⁶³ Cass. com., 27 mars 2012 : n° 10-20.077.

novembre 2009, celle du jugement du 29 janvier 2010, et celle du procès-verbal de saisie-vente du 12 janvier 2012.

La banque affirme que M. X. est un débiteur de mauvaise foi qui n'a eu de cesse d'échapper à ses obligations et qui n'a pas révélé sa dette au mandataire judiciaire alors même qu'elle relevait du passif privilégié puisque le prêt était garanti par une clause de réserve de propriété sur le véhicule financé. Elle explique avoir tout ignoré de sa procédure collective jusqu'à la présente instance, et ne plus pouvoir prétendre aujourd'hui à être relevée de forclusion pour déclarer sa créance. Elle fait valoir qu'une créance non déclarée n'est pas éteinte depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, affirme qu'elle pourra saisir le tribunal de la procédure collective sur le fondement de l'article L. 643-11 du code de commerce pour se faire autoriser à reprendre l'exercice de ses actions individuelles du fait de la fraude de son débiteur, qui n'a pas déclaré sa dette aux organes de la procédure collective. Elle se dit consciente que pour autant, les poursuites individuelles sont arrêtées, et indique s'en remettre à justice sur la validité du jugement du 29 janvier 2010 et celle du procès-verbal de saisie-vente, tout en sollicitant la confirmation du jugement. Elle demande en tout état de cause à ne subir aucune condamnation, fût-ce aux dépens, et réclame au contraire 3.000 euros d'indemnité de procédure au vu de la mauvaise foi du débiteur.

Il est référé pour le surplus aux dernières conclusions récapitulatives des parties.

L'instruction a été clôturée par une ordonnance du 24 octobre 2013, ainsi que les avocats des parties en ont été avisés.

MOTIFS DE L'ARRÊT :

Attendu que M. X., qui exploitait une auto-école, a été placée en redressement judiciaire le 13 septembre 2007 ; que la procédure a ensuite été convertie en liquidation judiciaire par jugement du 13 novembre 2008 ;

Attendu qu'aux termes de l'article L. 622-21 du code de commerce en sa rédaction issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, applicable en la cause, le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part des créanciers dont la créance n'est pas mentionnée à l'article L. 622-17 tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, et il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers;

Qu'aux termes de l'article L. 622-22, les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur, dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant ;

Attendu que la banque a fait pratiquer une saisie-vente au préjudice de M. X. le 12 janvier 2012, alors que la procédure collective était toujours ouverte, pour obtenir paiement d'une créance résultant d'un prêt du 26 mars 2007 et qui n'entre pas dans celles mentionnées à l'article L. 622-17 du code de commerce ;

Que sa saisie-vente se heurte ainsi à l'interdiction des procédures d'exécution légalement instituée en pareil cas, laquelle est d'ordre public et fait obstacle à la validation de la saisie-vente litigieuse, quand bien même elle est pratiquée en vertu d'un titre exécutoire constitué par une décision de justice définitive ;

Qu'il y a donc lieu, par infirmation du jugement entrepris, de faire droit à la contestation et d'ordonner la main-levée de cette saisie-vente ;

Qu'en application de l'article R. 121-1 du code des procédures civiles d'exécution, le juge de l'exécution n'a en revanche pas le pouvoir de prononcer l'annulation du jugement du 29 janvier 2010 fondant ces poursuites, comme le demande l'appelant (cf Cass Civ 2° 25.03.1998 n° 95-16913);

Attendu que M. X., assigné par acte délivré à sa personne devant le tribunal d'instance alors qu'il était en liquidation judiciaire, n'y est pas venu faire état de sa procédure collective ; que de son côté, le créancier ne s'est pas avisé de cette procédure, qui avait pourtant fait l'objet des publicités légales ; que chaque partie conservera donc la charge de ses dépens de première instance et d'appel, sans indemnité de procédure ;

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort en suite de son arrêt avant dire droit du 6 mars 2013 :

INFIRME le jugement entrepris et statuant à nouveau :

CONSTATE que Monsieur X. était en liquidation judiciaire lorsque la banque a pratiqué à son encontre le 12 janvier 2012 une saisie-vente pour obtenir paiement d'une créance non visée à l'article L. 622-17 du code de commerce

ORDONNE la main-levée de cette saisie-vente

DÉBOUTE les parties du surplus de leurs prétentions

LAISSE chaque partie conserver la charge de ses dépens de première instance et d'appel, sans indemnité de procédure.

Commentaire :

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 est venue modifier les dispositions relatives aux procédures collectives mais reprend les dispositions antérieures prévoyant que le jugement d'ouverture de la procédure collective interrompt ou interdit toute action en justice de la part des créanciers ainsi que toute procédure d'exécution⁶⁴.

En l'espèce, M. X. exploite une auto-école sous la forme d'une entreprise individuelle et est titulaire d'un prêt personnel auprès de sa banque. Par jugement en date du 13 novembre 2008, le Tribunal de Commerce d'Orléans a prononcé la liquidation judiciaire sur conversion du redressement judiciaire de M. X. Par la suite, celui-ci est condamné au paiement du solde du prêt personnel par le Tribunal d'Instance d'Orléans. Ce paiement n'ayant pas été réalisé, la banque a fait pratiquer une saisie-vente sur le patrimoine du débiteur. M. X. sollicite alors la nullité de la procédure de saisie-vente intervenue au cours de la procédure collective. Par jugement du 18 juin 2012, M. X est débouté de ses prétentions « au motif qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge de l'exécution d'annuler, d'écarter ou de modifier le jugement servant de fondement aux poursuites ».

Par ailleurs, le 1^{er} mars 2012, la liquidation judiciaire du débiteur a été clôturée pour insuffisance d'actif par le Tribunal de Commerce d'Orléans.

Le présent arrêt de la Cour d'Appel d'Orléans statue sur la validité, vis-à-vis du principe d'interdiction des procédures d'exécution, d'une saisie-vente intervenue au cours de la procédure collective du débiteur, suite au non-paiement du solde d'un prêt personnel ; créance non déclarée au passif dudit débiteur.

A titre liminaire, il convient de préciser le bien-fondé de la décision du juge de l'exécution saisi en premier lieu mais qui s'est déclaré incompétent. Aux termes de l'article R. 121-1 du code des procédures civiles d'exécution, il est compétent pour interpréter le jugement dont l'exécution est en cause mais ne peut ni modifier, ni suspendre la décision qui sert de fondement à la mesure d'exécution. En conséquence, le juge de l'exécution ne peut prononcer la nullité de la saisie-vente ; cela reviendrait à remettre en cause le jugement initial⁶⁵.

⁶⁴ Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2012/2013, 6e éd., n°621.09.

⁶⁵ Cass. 2^e civ. 13 sept. 2007: n° 06-13.672, D. 2007, AJ 2395, obs. V. Avena-Robardet.

Par ailleurs, le caractère personnel du prêt, créance visée par la procédure d'exécution, ne soulève pas de difficulté. En effet, le débiteur exerçant en nom propre son activité professionnelle, le patrimoine professionnel est dit « intégré » dans le patrimoine personnel, selon le principe d'unicité de patrimoine, et aucune distinction concernant la nature du créancier, personnel ou professionnel, ne doit être faite.

La question de droit posée à la Cour est relative à une procédure d'exécution intervenue au cours d'une procédure collective. En vertu de l'article L. 622-21 du Code de Commerce, le jugement ouvrant une procédure collective interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17, c'est-à-dire les créances postérieures nées pour les besoins de la procédure, y compris les procédures d'exécution de la part de ces créanciers.

En l'espèce, une saisie-vente pratiquée par un créancier est intervenue le 12 janvier 2012 alors même qu'une procédure de liquidation judiciaire était ouverte à l'égard du débiteur. C'est donc à bon droit que la Cour a ordonné la main-levée de la saisie-vente, se fondant sur l'interdiction des procédures d'exécution précisée d'ordre public, ce qui avait déjà été affirmé par la Cour de Cassation avant la réforme de 2005⁶⁶ puis confirmé par un arrêt de principe en 2009⁶⁷. Elle suit ainsi la voie tracée par la Cour de Cassation en admettant que « l'arrêt des voies d'exécution implique la mainlevée d'une procédure de saisie-vente lorsque, à la date du jugement d'ouverture, cette procédure d'exécution n'a pas, par la vente, produit ses effets »⁶⁸.

Cette solution peut être reprise en l'espèce puisque la procédure d'exécution n'avait pas produit ses effets à la date du jugement d'ouverture, sans que l'existence d'un titre exécutoire constitué par une décision de justice ne puisse modifier le sens de la décision.

Toutefois, le créancier invoque la mauvaise foi du débiteur pour justifier la procédure d'exécution en cours de procédure collective puisque le débiteur n'avait pas inscrit la banque sur la liste des créanciers transmise au mandataire judiciaire. L'article L 643-11 IV du Code de Commerce prévoit que « en cas de fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers, le tribunal autorise la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur » dont la liquidation judiciaire a été clôturée pour insuffisance d'actif. Une telle fraude a été retenue contre un débiteur qui, n'ayant pas inscrit une banque sur la liste des créanciers et n'ayant pas fait état de sa procédure collective lors des procédures menées par la banque à son encontre⁶⁹, ou ayant simplement omis le demandeur sur la liste des créanciers⁷⁰, a été considéré de mauvaise foi. Toutefois, il est également précisé que le tribunal statue lors de la clôture de la procédure, ce que les juges n'ont pas fait en l'espèce.

Les juges ont déjà eu à se prononcer sur une telle situation et ont précisé que les créanciers recouvrent leurs droits de poursuite individuelle à la condition que la créance ait été admise au passif de la liquidation judiciaire⁷¹. Cette solution certaine sous l'empire de la loi de 1985, qui prévoyait l'extinction des créances non déclarées, pourrait être remise en cause avec la substitution de l'inopposabilité à l'extinction. La conséquence pourrait en être que la reprise des poursuites est possible après la clôture en présence d'une fraude du débiteur, même pour les créances non déclarées.

En l'espèce, la créance de la banque n'avait pas été déclarée au passif de la liquidation judiciaire du débiteur. En tout état de cause, la Cour n'a pas statué sur cette difficulté et s'est

⁶⁶ Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995: *D. Affaires* 1996. 241.

⁶⁷ Civ. 1^{re}, 6 mai 2009 : *Bull. civ.* I, n° 86, *D.* 2009. AJ 1422, obs. X. Delpech.

⁶⁸ Com. 27 mars 2012 : *Bull. civ.* IV, n° 69, *D.* 2012. Actu. 942, obs. A. Lienhard.

⁶⁹ Com, 5 déc. 2006 : n° 05-17.598.

⁷⁰ Com, 16 nov.1993 : n° 91-18.576, *D.* 1994, p. 157.

⁷¹ Paris, 26 févr. 1999 : *Dr. sociétés* 1999, n° 165, obs. Chapat ; Com., 12 juil. 2011, n° 10-21.726, *RJC* 2012, n°1, p.72-74, obs. Sortait.

tenue à appliquer simplement et justement, selon notre point de vue, le principe d'interdiction des procédures d'exécution d'ordre public du fait de l'ouverture de la procédure collective jusqu'à la déclaration de créance par les créanciers ; les procédures étant alors reprises de plein droit par le mandataire judiciaire uniquement aux fins de constater les créances et à en fixer leur montant.

L. HERMOUET et C. PEPIN

6) Astreinte

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 13/00595

Le groupement d'intérêt économique W. (le GIE), dont la moitié des parts est détenue par l'hôpital de G. et l'autre moitié par la SCM X., a sollicité en 2002 auprès de l'agence régionale hospitalière (ARH) du Centre l'autorisation d'installer un scanographe sur le site du centre hospitalier de G., qui lui a d'abord été refusée au motif qu'il n'incluait pas les autres établissements privés du secteur, à savoir en effet la SCM Z., dont les associés étaient alors les docteurs Y. et N. Au vu d'un protocole d'accord signé le 27 août 2002 entre les deux SCM pour exploiter les 50% de la part libérale du scanographe s'il était implanté et pour fusionner leur activité conventionnelle, cette autorisation d'installation a en définitive été accordée au GIE le 26 juin 2003.

Faisant valoir que la fusion prévue au protocole d'accord de 2002 n'avait pas abouti en définitive, selon eux du fait de l'obstruction adverse, et affirmant qu'ils n'avaient toujours pas personnellement accès au scanographe pour la part libérale de leur activité, les docteurs Y. et N. ont fait assigner le GIE et la SCM X. devant le tribunal de grande instance de Montargis, où le Centre Hospitalier de G. est intervenu volontairement. Le tribunal a d'abord sursis à statuer dans l'attente d'une décision de la juridiction administrative sur l'interprétation de la décision de l'ARH, puis a, par jugement du 16 septembre 2009, notamment,

- fait injonction au GIE d'ouvrir l'accès du scanographe aux docteurs Y. et N., soit par le biais d'une convention, soit par l'intégration du GIE selon les règles statutaires, et ce sous astreinte de 800 euros par jour de retard passé le délai d'un mois à compter de la signification du jugement et pour une première période de six mois à l'issue de laquelle l'astreinte pourrait être liquidée par le juge compétent

- rejeté la demande d'indemnisation formée par les docteurs Y. et N. au titre de l'absence d'aboutissement du protocole d'accord

- condamné le GIE à verser 150.000 euros aux docteurs Y. et N. à titre de dommages et intérêts réparant la perte de chance de pratiquer des scanners et d'accroître leur patientèle privée consécutive à ses pratiques anti concurrentielles

- donné acte à ceux ci de ce qu'ils se réservaient la possibilité de demander réparation du préjudice subi postérieurement au 30 avril 2009.

Ce jugement, signifié le 15 octobre 2009, est définitif.

Les docteurs Y. et N. ont sollicité, par assignation du 16 mars 2010, la liquidation de l'astreinte assortissant cette décision. Par jugement du 9 septembre 2010, le juge de l'exécution de Montargis, retenant qu'ils n'avaient toujours pas accès au scanographe, a liquidé à 137.600 euros l'astreinte prononcée par le tribunal le 16 septembre 2009, sur la base de 172 jours à 800 euros, condamné le GIE à leur payer ladite somme, et assorti le jugement du 16 septembre 2009 d'une astreinte définitive de 1.600 euros par jour de retard passé un mois. Cette décision a été confirmée par la cour de céans dans un arrêt du 13 avril 2011 précisant que la nouvelle astreinte commencerait à courir un mois après la signification

de l'arrêt. Le GIE et la SCM X. ont chacun formé contre cet arrêt un pourvoi en cassation qui a fait l'objet d'une décision de non admission le 7 juin 2012.

Par acte du 26 janvier 2012, le GIE a fait assigner les docteurs Y. et N. devant le juge de l'exécution pour voir ordonner la main levée de l'astreinte mise à sa charge, en soutenant au visa de l'article 36, alinéa 3, de la loi du 9 juillet 1991 qu'il avait présenté aux deux médecins, et même à leur nouvel associé le docteur B., des conventions et une proposition d'intégration au GIE strictement conformes au jugement du 9 septembre 2010, et que l'exécution de son obligation ne pouvait pas aboutir en raison du comportement réfractaire des docteurs Y. et N., qui déclinent toute proposition pour battre monnaie tant l'astreinte leur est profitable. La Selarl C. – constituée le 12 septembre 2009 entre les docteurs Y., N. et B. – et le docteur B. sont volontairement intervenus à l'instance.

Par jugement du 5 février 2013, rectifié le 5 mars 2013, le juge de l'exécution de Montargis a déclaré recevable l'intervention volontaire de la Selarl C. et du docteur B., débouté le GIE de tous ses chefs de prétentions et liquidé à 294.000 euros sur la base de 184 jours à 1.600 euros l'astreinte instituée par l'arrêt confirmatif du 13 avril 2011.

Le GIE W. a relevé appel.

Il indique justifier de l'autorisation donnée à son administrateur pour ester en justice. Après avoir relaté l'historique du litige opposant les parties et excipé de son bon droit, il affirme qu'à la suite de la fixation de la nouvelle astreinte, celle ci définitive, il a ouvert dès le 29 octobre 2010 sans contrepartie aucune l'accès du scanographe aux deux médecins pour leur activité libérale, modifiant en conséquence le planning et leur réservant des plages horaires spécialement dédiées à leur activité externe à hauteur de la moitié des plages privées, mais que les intéressés n'en ont utilisé qu'une petite partie et au seul bénéfice des patients hospitaliers, et qu'ils n'ont jamais accepté d'accord, laissant d'abord sans réponse ses propositions, puis posant des exigences non prévues par le jugement, et inacceptables. Il estime conforme au jugement, loyale et satisfaisante sa proposition, transmise le 22 mai 2011 sur les propres bases des exigences adverses, de laisser un tiers des vacations aux docteurs Y. et N., ce qui assurait l'égalité entre les trois cabinets intervenants sur les vacations libérales alors même que persistait une inégalité des vacations publiques exploitées à titre libéral. Il fait valoir que les prétentions non retenues des intimés n'étaient pas conformes aux statuts du GIE, lequel ne dispose d'aucun personnel et verse les rémunérations sur appel de fonds de son administrateur. Il proteste de sa bonne volonté en indiquant avoir ensuite accepté que le bénéfice du jugement profite à la Selarl C. dans laquelle les docteurs Y. et N. exercent désormais avec le docteur B. bien qu'elle ne fût pas partie au procès, et il précise avoir ainsi laissé à la Selarl C. le tiers des plages d'horaires d'accès au scanner pour son activité libérale et extérieure, sans charge ni redevance. Il indique avoir même proposé à cette Selarl C. d'intégrer le GIE par voie d'augmentation du capital, et s'être heurté à un refus dissimulé derrière des exigences illégitimes de changer son objet même, son règlement, ses règles de fonctionnement et de décision. Il indique que le désaccord portait aussi sur les frais de gestion des forfaits techniques, à propos duquel il défend sa position en rappelant que le GIE réalise un travail administratif de contrôle et de vérification pour calculer la somme revenant au praticien, et que les intimés avaient eux mêmes exigé que la rémunération des vacations utilisées par le praticien pour son activité privée fût partiellement fondée sur un forfait technique. Il indique que les parties se sont enfin accordées en 2013, pour exploiter le nouveau scanographe dont vient d'être doté l'hôpital de Gien dans le cadre d'un nouveau GIE, dont le capital est réparti entre elles de façon égalitaire et dont chaque membre dispose de plages horaires d'accès proportionnelles aux droits de ses membres. Il demande la suppression de l'astreinte en faisant valoir que ses propositions étaient satisfaisantes, et que l'inexécution du jugement résulte d'une cause étrangère imputable au créancier, en ce que les docteurs Y. et N. n'ont pas effectué les démarches administratives obligatoires et qu'ils ont

malicieusement refusé toutes ses propositions, exigeant la création d'un GCS, une rémunération exorbitante et refusant toute concession sur le remboursement partiel des astreintes perçues indûment à titre personnel par les deux médecins alors qu'ils exercent en société depuis 2009.

Les docteurs Y. et N. et la Selarl C. assurent que le GIE s'est évertué à faire échouer leurs discussions, revenant sur son engagement de constituer un GCS avec eux et les autres cabinets de radiologie privée du giennois, formulant des propositions non conformes au jugement de 2009, et exigeant des deux médecins qu'ils renoncent au bénéfice des décisions de justice prononcées en leur faveur et remboursent les sommes perçues à ce titre. Ils justifient leur position sur les points de désaccord persistants tels la nécessaire modification d'objet, de statuts et de règles du GIE, le forfait technique ou la clé de répartition des plages d'accès au scanographe. Ils considèrent comme indu le refus du GIE d'admettre que leur confrère B. bénéficie du même accès au scanographe au travers de la Selarl C. dans laquelle tous trois sont associés, et leur mise à l'écart du récent choix d'un nouvel appareil. Ils sollicitent la confirmation du jugement entrepris sauf, y ajoutant, à voir expressément prononcer condamnation du GIE à payer aux deux médecins la somme de 294.400 euros à laquelle la nouvelle astreinte a été liquidée, avec intérêts depuis le jugement et anatocisme, et ils demandent à la cour d'ordonner une nouvelle astreinte définitive de même montant que celle fixée dans l'arrêt du 13 avril 2011, passé quinze jours après la signification de l'arrêt à intervenir.

Le docteur B. conclut à la confirmation du jugement déféré sauf à prononcer expressément condamnation au paiement de l'astreinte et à dire qu'elle doit être versée non pas aux docteurs Y. et N. mais à la Selarl C. à laquelle ceux ci ont cédé leur patientèle ainsi que tous les contrats en cours dont était titulaire la SCM Z., parmi lesquels figurait le protocole d'accord du 27 août 2002 dont l'inexécution a conduit à la privation d'accès des radiologues au scanographe et aux condamnations ensuite prononcées sous astreinte.

Il est référé pour le surplus aux dernières conclusions récapitulatives des parties.

L'instruction a été clôturée par une ordonnance du 24 septembre 2013, ainsi que les avocats des parties en ont été avisés.

Les docteurs Y. et N. et la Selarl C. ont sollicité par conclusions des 25 septembre puis 2 décembre 2013 le rejet des débats des conclusions et pièces signifiées par l'appelant le jour de la clôture, ou subsidiairement la révocation de la clôture et la réouverture des débats

MOTIFS DE L'ARRÊT :

Attendu que les conclusions et pièces déposées et transmises par l'appelant le 24 septembre 2013 l'ont été avant que l'ordonnance de clôture n'intervienne ; que les écritures sont purement réitératives et responsives, et ne contiennent rien qui appelle nécessairement réplique; que les pièces portent sur la poursuite des discussions maintenues entre les parties pour participer ensemble à l'exploitation du nouveau scanographe dont l'hôpital de Gien a été doté en 2013 et sont parfaitement connues des intimés ; qu'ainsi, aucune atteinte au principe de la contradiction ni à la loyauté des débats n'est démontrée, et il n'y a pas lieu de les écarter ;

Attendu que l'appelant soutient dans certains passages des motifs de ses conclusions que le jugement déféré encourrait l'annulation pour avoir méconnu le principe de la contradiction, mais il n'en demande pas la nullité dans leur dispositif qui seules saisissent valablement la cour, y sollicitant sa confirmation et son infirmation partielles ; qu'ainsi, la cour n'a pas à statuer sur une telle prétention, conformément à l'article 954, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Attendu que le GIE W. justifie par sa pièce n°24 de l'autorisation donnée à son administrateur pour ester en justice ;

Attendu qu'il est vain, pour les parties, d'exprimer leurs griefs quant à l'absence de mise en œuvre du protocole du 27 août 2002, sur l'imputabilité de laquelle le tribunal de grande instance de Montargis s'est déjà prononcé dans son jugement, définitif, du 16 septembre 2009;

Attendu que l'obligation assortie de l'astreinte litigieuse est celle mise à la charge du GIE W. par ce jugement du 16 septembre 2009, d'ouvrir l'accès du scanographe aux docteurs Y. et N. H., soit par le biais d'une convention, soit par l'intégration du GIE selon les règles statutaires ;

Attendu que si cette cour a confirmé la première astreinte, dans son arrêt du 13 avril 2011, c'était après avoir constaté que le GIE avait continué d'empêcher les docteurs Y. et N. d'accéder au scanographe en formulant des propositions de convention ou d'intégration qui n'étaient pas conformes aux termes du jugement, notamment en raison de l'exigence illégitime et vexatoire qu'ils justifient de leur compétence à utiliser l'appareil, et de l'insertion, dans les projets de convention, de clauses discriminatoires notamment afférentes au modalités d'exercice dans une autre structure, au régime d'exclusion d'un membre du groupement et à la faculté de remettre unilatéralement en cause l'accord au terme d'un délai de six mois ;

Attendu qu'il se vérifie à la lecture des productions que sitôt intervenue la signification de l'arrêt fixant l'astreinte définitive, soit le 26 avril 2011, le GIE a effectivement proposé aux docteurs Y. et N. des plages horaires d'accès au scanographe pour leur activité libérale, ainsi que d'intégrer le GIE par le biais d'une augmentation de capital ;

Qu'il ressort du procès verbal de constat dressé les 14 et 20 août 2012 par un huissier de justice qui a examiné le tableau de bord d'utilisation du scanographe du premier trimestre 2011 au deuxième trimestre 2012 (pièce n° 28 de l'appelant) d'une part, que des plages de vacations en nombre et proportion significatifs, par rapport à ceux des autres utilisateurs et à ce stade des discussions, avaient été laissées à la disposition du docteur Y., du docteur N. et d'ailleurs du docteur B., non personnellement partie à l'instance ayant abouti au jugement du 16 septembre 2009- et d'autre part, que cette faculté d'utiliser l'appareil a été utilisée, mais faiblement, par les intimés ;

Qu'il résulte des productions (pièces n° 18 à 21 de l'appelant) que ces plages horaires avaient été préalablement proposées et notifiées aux intéressés, lesquels admettent (page 18 de leurs conclusions) y avoir recouru, même s'ils assortissent cette reconnaissance d'affirmations, contestées, non étayées de preuve, et au demeurant difficilement vérifiables, afférentes à l'incidence de situations d'urgence dans les soins dus à leur patientèle privée et hospitalière ;

Attendu que s'agissant des discussions en vue de la convention ou de l'intégration exigées par le jugement assorti de l'astreinte, leur réalité est attestée par les productions, tant échanges de correspondances que procès verbaux de réunions et projets d'acte ;

Qu'il n'est pas démontré que les propositions alors émises, particulièrement par le GIE, aient été, cette fois ci, non conformes aux prescriptions du jugement du 16 septembre 2009 ;

Qu'il ressort, en fait, des productions, que les discussions réellement engagées ont achoppé sur des questions qui n'étaient réglées ni explicitement ni implicitement, par ce jugement, et sur lesquelles les parties n'avaient au demeurant pas demandé au tribunal de statuer, tenant aux conditions de la convention à conclure ou de l'intégration à opérer, alors même que les docteurs Y. et N., s'ils étaient certes les bénéficiaires du jugement et les créanciers de l'obligation consacrée en justice, ne peuvent être pour autant regardés comme ayant reçu la faculté potestative d'obtenir un accès au scanographe ou une intégration au GIE aux conditions qu'ils auraient fixées unilatéralement ;

Attendu qu'au demeurant, le conseil du GIE avait écrit au juge de l'exécution le 24 décembre 2011 pour mettre en lumière cette difficulté (cf pièce n° 26), et chacune des parties a admis,

de même que l'ARH, la complexité des problèmes à régler pour aboutir à l'accord requis (ainsi pièces n° 20 et 26 des intimés ; pièce n° 31 de l'appelant) ;

Que les discussions ont ainsi buté sur le forfait technique, qui n'est perçu que par le détenteur de l'autorisation d'exploiter le scanographe soit donc par le GIE (sa pièce n° 3), dont les docteurs Y. et N. n'étaient pas membres et auquel leur intégration ne constituait que l'un des deux termes de l'alternative prévue par le jugement du tribunal de grande instance de Montargis ; que les parties, chacune soucieuse de son intérêt, se sont ainsi opposées sur les modes de reversement par le GIE d'une partie de ce forfait, ainsi que sur la question, qui n'était pas posée abusivement par le GIE, d'une éventuelle facturation de frais au titre du coût de cette gestion, ou de celle, posée par le docteur Y. (pièce n° 17 de l'appelant) de la nécessité d'un secrétariat, à laquelle le GIE a objecté qu'il n'employait pas lui-même de personnel ;

Attendu que s'agissant de l'intégration des intimés au GIE, celui-ci l'avait proposée (ainsi sa pièce n° 32) dès 2011, soit par le biais d'une augmentation de capital qui constitue en effet une modalité usuelle d'ouverture, soit par la voie d'un rachat de parts, certains associés offrant de leur céder celles dont ils étaient détenteurs ; qu'il n'est pas prouvé que ces offres aient été formulées avec duplicité, et les longs échanges qui ont suivi témoignent seulement de l'importance et de la complexité des modalités d'une telle intégration, notamment en ce qu'elle peut induire de modifications de l'objet du groupement, des statuts ou encore des règles de majorité, sans qu'à ce stade, il soit démontré que le GIE ait eu un comportement fautif dans la recherche d'un accord, ses propositions contenant des concessions dont la sincérité n'est pas utilement niée, étant rappelé que le jugement du 16 septembre 2009 prévoyait l'intégration au GIE selon les règles statutaires ;

Qu'à la proposition d'intégrer le GIE, les docteurs Y. et N. ont déclaré préférer celle de constituer avec le GIE un GCS (cf. leur pièce n° 24), ce qui a nourri d'autres discussions ;

Que les discussions ont aussi été prolongées (cf. pièce 20 des intimés et 39 de l'appelant) par la question de leur participation au choix du nouveau scanographe qu'entendait commander un GIE dont ils n'étaient pas membres et qu'ils déclaraient ainsi ne pas nécessairement vouloir intégrer ;

Qu'elles l'ont également été par la question, juridiquement plus complexe que les deux praticiens intimés affectent de le considérer, de l'incidence de leur mode d'exercice professionnel ;

Attendu, en effet, que deux jours après la reddition du jugement du 16 septembre 2009, lequel n'était donc pas même définitif, le docteur Y. et le docteur N. ont l'un et l'autre cédé leur patientèle à la Selarl C., qui n'était pas partie à l'instance, et dans laquelle ils se sont associés avec le docteur B., qui ne l'avait pas non plus été ; que s'il est certain, comme ils l'objectent, que le principe d'accès au scanographe de tous les radiologues du giennois qui avait présidé aux différentes décisions de l'ARH et de la justice administrative confirmant la pertinence de leur prétention à y avoir accès impliquait aussi que cet accès fût ouvert à cette structure professionnelle dans laquelle ils exerçaient désormais, il n'en reste pas moins que le présent litige porte sur une astreinte qui n'est prononcée qu'à leur profit personnel, et qui assortit une obligation dont ils sont judiciairement seuls créanciers ; qu'ainsi, leur exigence attestée par les productions et maintenue dans leurs écritures judiciaires de voir le GIE considérer la Selarl et/ou le docteur B. comme parties aux suites du litige, s'est heurtée à des contestations qui n'étaient pas abusives ;

Qu'à cet égard, l'arrêt rendu le 13 avril 2011 par cette cour entre les parties n'énonce (cf page 8) que la structure professionnelle sociétale mise en place par les deux radiologues après le jugement est indifférente, que pour dire (cf page 9), en réponse à un moyen, que l'astreinte litigieuse peut être considérée au regard de l'accès personnel au scanographe des docteurs Y. et N. parce qu'ils tiraient des statuts modifiés de la Selarl le droit de cumuler une

activité personnelle avec leur activité d'associés, conformément à l'article R. 4113 du code de la santé publique, mais cet arrêt ne saurait être regardé comme ayant retenu que le bénéficiaire du jugement du 16 septembre 2009 profiterait à d'autres que les docteurs Y. et N. personnellement ;

Qu'au demeurant, les productions démontrent qu'après avoir d'abord dénié à la Selarl et au docteur B. toute qualité à discuter de la convention et/ou de l'intégration visées dans le jugement auquel ils n'étaient pas partie, le GIE a rapidement accepté de les inclure dans le périmètre des discussions, de sorte qu'à ce titre non plus, il n'est pas démontré d'obstruction;

Attendu que de même, la prétention incluse par le GIE dans le champ de ces discussions et dont la présente instance n'a pas pour objet de trancher la pertinence d'obtenir remboursement d'une partie des sommes versées au titre de l'astreinte liquidée ne peut être regardée comme fautive, dès lors qu'elle s'est nourrie de la question de la persistance de la qualité à agir de radiologues qui avaient cédé à une personne morale leur patientèle personnelle, et dont l'un, le docteur N., a maintenu sa position et réclame une nouvelle astreinte alors qu'il indique (cf p. 2 de ses conclusions d'intimé) ne plus exercer à Gien depuis le mois de septembre 2012, étant au demeurant observé qu'à un stade des discussions, les docteurs Y. et N. s'étaient d'ailleurs déclarés disposés à renoncer à l'astreinte ordonnée par la cour de céans dans son arrêt du 13 avril 2011 (cf pièce n° 38 de l'appelant) ;

Et attendu que ces difficultés, notamment juridiques, qui ont longtemps fait obstacle à l'exécution de l'injonction contenue dans le jugement assorti de l'astreinte litigieuse, ont trouvé leur issue dans la constitution, récente, d'un groupement dans lequel les parties exploitent enfin ensemble le nouveau scanographe du centre hospitalier de G. ;

Attendu que le GIE est ainsi fondé à obtenir, par application de l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution, la suppression de l'astreinte définitive instituée par l'arrêt confirmatif du 13 avril 2011, puisqu'il est démontré que le retard dans l'exécution de cette injonction provient d'une cause étrangère au débiteur de l'astreinte ;

Attendu qu'il s'en évince le rejet de la demande de liquidation de cette astreinte ; qu'il n'y a pas lieu d'instituer une nouvelle astreinte ; que les prétentions du docteur B. se trouvent sans objet ;

Qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la prétention, inopérante, du GIE, à faire constater qu'il se réserve la possibilité d'ester en justice pour faire valoir ses droits ;

Attendu que la Selarl C. étant partie à la présente instance, il n'est nul besoin de lui déclarer l'arrêt commun et opposable ;

Attendu que chaque partie conservera la charge de ses dépens de première instance et d'appel, sans indemnité de procédure ;

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort :

DIT n'y avoir lieu d'écarter des débats les conclusions et pièces déposées et transmises le 24 septembre 2013 par le GIE W.

INFIRME le jugement entrepris sauf en ce qu'il a jugé recevable l'action du GIE W., et recevables l'intervention volontaire de la Selarl C. et du docteur B.

et statuant à nouveau :

Vu l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution :

SUPPRIME l'astreinte définitive instituée par l'arrêt confirmatif du 13 avril 2011

REJETTE en conséquence la demande en liquidation de cette astreinte

DIT n'y avoir lieu à fixation d'une nouvelle astreinte

DIT que chaque partie conservera la charge de ses dépens de première instance et d'appel, sans indemnité de procédure.

Commentaire : Suppression de l'astreinte et comportement du créancier.

Une Cour d'appel, juge du fond, des faits, n'a pas, par principe, pour vocation de révolutionner le droit positif, mais sa saisine n'est pour autant pas dénuée d'intérêt ; elle peut, par son interprétation, prêter main forte à l'œuvre législative parfois incomplète et ainsi permettre une compréhension plus aisée de celle-ci. L'intérêt principal de l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans, le 6 février 2014, est de répondre positivement à la question suivante : le comportement du créancier peut-il faire partie des causes de suppression d'une astreinte judiciaire visées à l'article L. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution ?

En l'espèce, un groupement d'intérêt économique (GIE), détenu également par un hôpital et une société civile de moyens regroupant des radiologues (SCM X), est partie au litige. La formation d'un groupement d'intérêt économique présente, généralement, l'avantage de rassembler en son sein plusieurs personnes (physiques ou morales) dans le but « *de faciliter ou de développer* », « *d'améliorer ou d'accroître les résultats* » de leur activité économique (Art. L. 251-1 C. com.). Pour autant, la réunion, sous une même coupe, un même intérêt, de personnes ayant des relations de concurrence n'est pas sans présenter certaines difficultés, ce que fait ressortir le contexte de l'arrêt présentement étudié.

Il ressort, de manière synthétique, certains aspects factuels majeurs du présent litige. Le préambule du contentieux est constitué par l'obtention par le GIE, et ce auprès de l'agence régionale hospitalière, d'une autorisation d'installation d'un scanographe sur le site de l'hôpital membre de ce même groupement. La source du litige réside elle dans le fait que cette autorisation a toutefois été accordée sous réserve de la conclusion d'un protocole d'accord avec les autres établissements privés du secteur (à savoir une société civile de moyens de docteurs : SCM Z), de manière, notamment, à ne pas créer une rupture de concurrence entre les praticiens dudit secteur.

Le nécessaire protocole d'accord a bien été conclu et le scanographe installé. Or, et c'est ici l'objet du litige, les associés de la SCM Z ont remis en cause le protocole d'accord arguant du non respect des engagements en découlant et incombant au GIE, principalement concernant l'accès au scanographe.

Le juge de l'exécution a, à deux reprises, procédé à la condamnation du GIE pour son retard dans le respect de ces engagements, en le sanctionnant, par des prescriptions et sous astreinte (cœur du litige), à une injonction de mise à disposition du scanographe.

Par la suite, avançant l'argumentation selon laquelle le scanographe leur était toujours indisponible, les associés de la SCM Z ont demandé la liquidation des astreintes, ce à quoi le GIE a objecté que les propositions étant faites à ces associés étaient conformes aux prescriptions du juge de l'exécution. De cette objection découle la prétention de voir reconnaître que le non respect des prescriptions était imputable, non à la mauvaise volonté du débiteur de l'injonction (le GIE) mais au comportement subversif de ses créanciers. Ainsi, et avec l'appui de ces arguments, le GIE a demandé la main-levée de la seconde astreinte mise à sa charge.

Il ressort de l'examen réalisé par la présente Cour d'appel, que les propositions, relatives à la seconde injonction du juge de l'exécution, faites par le GIE, étaient bien conformes aux prescriptions de cette injonction. Il est utile de mentionner le fait que ce dernier avait fait injonction en prescrivant soit la conclusion d'une convention entre le GIE et la SCM Z, soit l'intégration de la seconde dans le premier.

Ainsi, la Cour d'appel, au visa de l'article L. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution, dit, comme solution au litige, le GIE fondé à obtenir la suppression de l'astreinte « *puisque'il est démontré que le retard dans l'exécution de cette injonction provient d'une cause étrangère au débiteur de l'astreinte* ».

Cette solution n'est pas étonnante ; il est fait application de l'article L. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution, pris en son alinéa 3. Celui-ci prévoit que l'astreinte peut être supprimée, totalement ou partiellement, si la preuve est apportée que l'inexécution de l'injonction du juge provient « d'une cause étrangère ». Le juge, afin d'apprécier l'impossibilité d'exécuter l'injonction, se place exclusivement du côté du débiteur et non du créancier.

Dans l'arrêt d'espèce, les juges d'appel caractérisent une forme d'obstruction du créancier qui, par son comportement, a placé le débiteur dans l'impossibilité d'exécuter l'injonction qui lui a été faite par le juge. En effet, le créancier, c'est-à-dire la SCM Z, imposait des conditions déraisonnables à la conclusion d'une convention et souhaitait, plutôt qu'une intégration au sein du GIE, une intégration au sein d'une forme nouvelle, à savoir un groupement de coopération sanitaire, ce qui avait été proposé par le GIE, s'étant résolu à certaines concessions de manière à satisfaire à l'injonction, mais refusé par les associés de la SCM Z.

Cet arrêt d'appel n'opère pas un changement de méthode du juge qui se borne à apprécier les causes qui ont conduit le débiteur de l'injonction à une impossibilité de l'exécuter.

Les causes devant lui être étrangères, l'obstruction faite par le créancier justifie la suppression de l'astreinte ; c'est là que réside l'interprétation de la Cour d'appel.

C. LAURENT, M. MAUDET, C. MAULAVÉ

7) Procédure de surendettement

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 13/01867

Magalie Q. épouse M. a saisi le 6 août 2012 la commission de surendettement des particuliers du Loiret d'une demande de visant à bénéficier de la procédure de traitement des situations de surendettement. La commission a déclaré cette demande recevable, et a recommandé le 8 octobre 2012 un ré échelonnement des dettes sur 24 mois au taux de 0% dans l'attente de la vente de l'immeuble commun des époux, évalué à 140.000 euros environ. Mme Q./M. a contesté ces recommandations au motif que sa situation a changé, qu'elle est en instance de divorce et qu'il est convenu que son mari conservera l'immeuble en assumant seul le remboursement de leurs trois emprunts, dont elle sera dé solidarisée.

Selon jugement du 22 mai 2013, le tribunal d'instance de Montargis a constaté que la créance de la Banque P était désormais éteinte, fixé le passif à la somme de 187.095,76 euros, retenu une capacité réelle de remboursement moindre que la commission, de 170 euros, entériné le principe d'un ré échelonnement des dettes sur 24 mois au taux 0% avec 110 euros au Crédit C (deux prêts : 100 + 10) et 10 euros chacun à [divers établissement de crédit].

Mme Q./M. a relevé appel. L'appelante et tous les créanciers, ont été convoqués aux soins du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour l'audience du 5 décembre 2013 à laquelle seule Mme Q. a comparu. Les services fiscaux de Montargis, la [banque C] et la [banque D] ont indiqué par courrier à la cour qu'ils ne comparaitraient pas. Mme Q. fait valoir que l'acte de partage de la communauté a été signé, de sorte que son mari rembourse seul l'emprunt souscrit auprès de la [banque C], qui doit donc être retiré du plan de surendettement. Elle verse un tableau de ses charges et ressources dégageant un reste à vivre de 809,24 euros. Elle estime que son endettement sera de l'ordre de 25.000 à 30.000 euros sans l'immeuble.

Attendu que le plan a été conçu pour régler la situation le temps de vendre l'immeuble et de rembourser ainsi tout ou partie des emprunts, et le passif retenu tient compte de ces crédits;

Attendu que Mme Q. produit certes deux attestations du notaire chargé du projet de liquidation de la communauté confirmant la signature de l'acte de partage avec attribution de l'immeuble commun au mari et remboursement par anticipation de l'emprunt souscrit auprès de la [banque C] au moyen d'un prêt contracté par le seul Jean Sébastien M. ;

Que cependant, cette attestation précise, comme de juste, que le projet reste subordonné à l'homologation judiciaire ; qu'il n'est pas démontré que celle ci soit intervenue à ce jour ; que c'est déjà ce qu'avait constaté le premier juge au printemps 2013 en maintenant un plan de remboursement et en rappelant à la débitrice qu'elle pourrait saisir à nouveau la commission de surendettement en cas de modification significative de sa situation, ce qui sera le cas lorsque le partage sera devenu effectif et qu'elle sera réellement déchargée des crédits immobiliers contractés solidairement avec son mari, étant observé que dans le courrier qu'il a adressé à la cour en date du 18 novembre 2013 pour indiquer qu'il ne comparait pas, la [banque C] n'indique nullement que Mme Q. ne serait plus sa débitrice ;

Qu'au surplus, la prise en compte de ce partage et du remboursement anticipé de ces prêts par le seul M. M. ne peut se limiter, comme le demande Mme Q., à la décharger du remboursement mensuel de 100 euros en réalité d'ailleurs 110- prévu pendant 24 mois dans le plan, dès lors que sa capacité de remboursement, évaluée à 170 euros d'une façon qu'elle ne conteste pas, devra être redéployée vers ses autres créanciers, sauf à revoir même la totalité de sa situation au vu de la considérable réduction induite de son passif ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu, dans ces conditions, de modifier le plan dans les termes sollicités, mais de renvoyer Mme Q. à saisir à nouveau la commission lorsque sa situation aura changé effectivement ;

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, par arrêt réputé contradictoire et en dernier ressort :

CONFIRME le jugement entrepris

RAPPELLE à Mme Magalie Q. qu'elle pourra saisir à nouveau la commission de surendettement lorsque sa situation aura effectivement changé

DIT que le présent arrêt sera notifié aux soins du greffe à Madame Magalie Q., appelante [...] et que la commission de surendettement du Loiret en sera avisée par lettre simple

LAISSE les dépens à la charge du Trésor Public.

Commentaire :

Le 6 août 2012, la débitrice saisit la commission de surendettement pour bénéficier de la procédure de traitement des situations de surendettement. Des mesures relatives aux emprunts sont prises dans l'attente de la vente de l'immeuble commun des époux. L'appelante conteste en invoquant un changement dans sa situation. Par un jugement du 22 mai 2013, le Tribunal d'Instance de Montargis entérine les mesures prises par la commission. La débitrice interjette appel car son mari rembourse seul un des emprunts, emprunt qui doit donc être retiré du plan de surendettement. Par un arrêt du 6 février 2014, la Cour d'Appel d'Orléans confirme le jugement de première instance au motif que l'homologation de l'acte de partage n'est pas intervenue au jour du jugement. En cas de modification significative de sa situation, la débitrice pourra saisir une nouvelle fois la commission et la prise en compte de son changement de situation, devra se traduire par un redéploiement de sa capacité de remboursement vers les autres créanciers.

Le surendettement est « l'impossibilité de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir⁷²... ». Pour qu'une personne physique bénéficie d'une

⁷² C. consom. art. L. 330-1 al 1.

procédure de surendettement, elle doit saisir la commission de surendettement de son département, qui n'est pas un tribunal⁷³. La demande doit comporter des mentions obligatoires : signée par le débiteur, ses nom et adresse, sa situation familiale, un état détaillé de ses revenus et des éléments de son patrimoine.... Le délai pour procéder à l'instruction du dossier et à son orientation est de trois mois. Une fois l'état de surendettement caractérisé, elle oriente le dossier. Il existe trois niveaux d'endettement : la situation remédiable qui est le surendettement simple, l'insolvabilité, et la situation irrémédiablement compromise. En l'espèce, la débitrice est dans une situation remédiable, c'est-à-dire qu'un réaménagement de ses dettes peut permettre de traiter sa situation. Elle fait l'objet d'une procédure de surendettement classique. La commission propose un plan conventionnel que les parties devront approuvées. A défaut d'accord, la commission pourra recommander des mesures ordinaires de surendettement. En l'espèce, une mesure d'atermoiement (rééchelonnement du paiement de la dette⁷⁴) et une mesure de diminution de la dette (réduction du taux d'intérêt) ont été recommandées. Ces mesures ordinaires ont un caractère limitatif et exclusif en ce sens que la commission ne peut pas prononcer d'autres mesures que celles spécifiées à l'article L. 331-7 du code de la consommation. Elles ne peuvent pas se cumuler avec les mesures de droit commun comme l'article 1244-1 du Code civil⁷⁵. Ces mesures ont aussi un caractère cumulatif : la commission peut en combiner plusieurs⁷⁶. Elles sont obligatoires pour la commission et pour le débiteur. L'avis de la Commission de surendettement contenant les recommandations peut être contesté par les parties. Le délai pour effectuer cette contestation est de quinze jours à compter de la notification des mesures. La contestation saisit le juge de l'exécution qui devra statuer et pas simplement conférer force exécutoire aux recommandations. Le juge est investi du pouvoir d'ordonner les mesures qu'il juge opportunes et se substitue à la commission, l'article L. 332-3 du code de la consommation disposant que le juge saisi de la contestation « *prend tout ou partie des mesures définies à l'article L. 331-7 ou à l'article L. 331-7-1* ». En l'espèce, le Tribunal de Montargis a confirmé les mesures recommandées. Est-il alors possible de contester une décision intervenue dans le cadre d'une contestation des recommandations ?

Il est possible de contester la décision du juge de l'exécution statuant sur la contestation des recommandations en interjetant appel. C'est ce qu'a fait en l'espèce la débitrice, le délai pour relever appel étant d'un mois à compter de la notification du jugement par le greffe du juge de l'exécution. La décision de la Cour d'appel sera quant à elle susceptible d'un pourvoi en cassation. Le motif invoqué par la débitrice lorsqu'elle conteste les recommandations de la commission de surendettement est que sa situation a changé par rapport au jour où celle-ci a demandé l'ouverture d'une procédure de surendettement. En effet, celle-ci est en instance de divorce et il a été convenu que l'immeuble commun sera conservé par son mari qui assumera seul le remboursement de leurs trois crédits, crédits dont elle sera désolidarisée. Elle souhaite donc que le plan soit modifié car sa situation va s'améliorer.

La jurisprudence reconnaît la possibilité de ressaisir la commission si un fait nouveau empêche le respect du plan⁷⁷. Cependant le sens de l'expression « fait nouveau » n'a pas été précisé, ce qui relève donc de l'appréciation souveraine des juges du fonds⁷⁸. Ce fait nouveau doit rester un événement exceptionnel tel qu'un divorce. Qu'en est-il lorsque ce fait nouveau améliore la situation du débiteur ? En l'espèce, suite à son divorce la débitrice sera désolidarisée de certains emprunts, elle n'aura alors plus à les rembourser. Cependant, ceci est

⁷³ Cass. 2^e civ., 18 déc. 2003 : *Bull. civ. II*, n° 397 ; CE 18 juin 1997 : *D.* 1997. IR 170.

⁷⁴ C. consom. art. L. 331-7 al 1.

⁷⁵ Cass. 1^e civ., 16 déc. 1992 : *Bull. civ. I*, n° 317.

⁷⁶ Cass. 1^e civ., 27 janv. 1993 : *Bull. civ. I*, n°41, *D.* 1993. 343, note Bonthoux.

⁷⁷ Cass 1^e civ, 2 juin 1993 : *Bull. civ. I*, n°200, 10 juill. 1995 : *Bull. civ. I*, n°318, p. 222.

⁷⁸ Cass. 2^e civ., 15 sept. 2005 : *Bull. civ. II*, n°221.

subordonné à l'homologation judiciaire, qui n'est pas intervenue au jour de la contestation par la débitrice. La Cour d'appel décide donc qu'il n'y a pas lieu de modifier le plan de surendettement mais rappelle à la débitrice qu'elle pourra ressaisir la commission quand sa situation aura effectivement changé, lorsque l'homologation sera intervenue et que l'immeuble commun sera attribué à son ex époux puisque la débitrice sera effectivement désolidarisée de l'emprunt. La possibilité de modifier le plan de surendettement, non pas lorsque la situation du débiteur s'aggrave mais lorsque celle-ci, de par la survenance d'un fait nouveau, en l'espèce un divorce, s'améliore, est confirmée. La Cour d'appel d'Orléans, par un arrêt du même jour⁷⁹ reprend cette solution en précisant, à propos d'un débiteur contestant les recommandations, qu'il « *pouvait saisir à nouveau la commission de surendettement en cas de changement significatif de ses conditions de ressources à la hausse comme à la baisse ...* ». La règle est claire, que la situation du débiteur s'aggrave ou s'améliore, il peut ressaisir la commission de surendettement. Dans le cas où la commission prendrait en compte la nouvelle situation de la débitrice, sa nouvelle capacité de remboursement devra être redéployée vers les autres créanciers, sauf s'il était nécessaire de revoir sa situation dans sa totalité vu l'important réduction de son passif induite par sa nouvelle situation.

M. MECELLEM

8) Procédure de surendettement

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 13/01072

Statuant sur l'appel interjeté par M. X. à l'encontre d'un jugement rendu le 11 mars 2013 par le juge d'instance de TOURS qui a notamment fixé à 421 euros sa capacité mensuelle de remboursement, cette cour, par arrêt du 10 octobre 2013, auquel il convient de se référer pour un exposé plus ample du litige, a renvoyé l'examen de l'affaire au 5 décembre 2013, dispensé l'intéressé de se présenter à l'audience, et l'a invité à adresser à la cour et aux autres parties un exemplaire de ses conclusions avec les justificatifs de sa situation personnelle.

Dans le présent arrêt, il sera simplement rappelé que M. X. a saisi le 17 juin 2011 la commission de surendettement des particuliers d'Indre et Loire d'une demande visant à bénéficier de la procédure de traitement de sa situation de surendettement et que le débiteur a contesté les mesures recommandées.

M. X. a écrit à la cour pour dire qu'il débutait une formation le 2 décembre 2013 en vue de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée et a adressé une copie de deux mandats de vente de sa maison d'habitation. Il demande la reprise des mensualités avec un nouvel échéancier tenant compte d'un salaire net de 1.450 euros la première année. La Caisse d'épargne a écrit qu'elle s'interrogeait sur la volonté de M. X. de vendre son bien. M. Y. indique qu'il renonce à toute poursuite contre le débiteur et les autres créanciers ne se sont pas manifestés.

SUR QUOI

Attendu qu'en dépit des demandes de la cour, M. X. n'a pas communiqué l'ensemble des renseignements permettant d'apprécier sa situation financière personnelle et ses capacités de remboursement ; que la cour ne peut donc que confirmer le jugement qui a fixé à 1.278,61 euros la part des ressources nécessaires aux dépenses courantes et à 421 euros sa capacité de remboursement ;

⁷⁹ CA Orléans, 6 février 2014, n°13/01072.

Qu'il sera ajouté que le jugement contesté a expressément prévu qu'il pouvait saisir à nouveau la commission de surendettement en cas de changement significatif de ses conditions de ressources à la hausse comme à la baisse, par rapport à la situation qui était la sienne lorsque la commission avait élaboré ses recommandations ;

PAR CES MOTIFS

La cour,

Statuant publiquement, par arrêt réputé contradictoire et en dernier ressort :

CONFIRME le jugement entrepris ;

LAISSE les dépens à la charge du Trésor Public ;

Commentaire :

M. X fait l'objet d'une procédure de surendettement et il conteste les mesures recommandées par la Commission de surendettement.

Le juge de première instance a fixé sa capacité mensuelle de remboursement à 421 euros le 11 mars 2013. M. X interjette appel devant la Cour d'appel d'Orléans en ce qu'il estime le changement au sein de sa situation personnelle, à savoir la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée, ainsi qu'un mandat de vente de sa maison d'habitation n'ont pas été pris en compte. A ce titre, il demande à la Cour la reprise des mensualités avec un nouvel échéancier en tenant compte de sa nouvelle situation.

Dans quelle mesure le débiteur peut-il contester les recommandations de la commission de surendettement des particuliers et se voir attribuer un nouvel échéancier prenant en compte le changement significatif de ses conditions de ressources?

Le débiteur doit communiquer l'ensemble des renseignements permettant d'apprécier sa situation financière personnelle ainsi que ses capacités de remboursement. Ce n'est qu'en cas de changement significatif de ses conditions de ressources que le débiteur pourra à nouveau saisir la commission afin de demander un nouvel échéancier.

Dans le cas d'espèce, M. X n'avait pas communiqué les renseignements permettant d'apprécier sa situation personnelle. Du fait de l'absence de renseignements suffisants pour apprécier la nouvelle situation du débiteur, la Cour d'appel a décidé de maintenir le montant de remboursement qui avait été fixé par le tribunal d'instance de Tours. Bien que les décisions rendues par la Commission soient susceptibles de recours devant le juge du Tribunal d'instance, si ce dernier ne dispose pas d'éléments pour apprécier la situation du débiteur, il confirmera la décision de la Commission de surendettement.

Si l'appréciation de la situation du débiteur repose sur des renseignements suffisants pour établir un nouvel échéancier (I), il est possible de saisir à nouveau la Commission si la situation du débiteur se trouve changer à la hausse comme à la baisse (II).

I- Appréciation de la situation du débiteur reposant sur des renseignements suffisants

Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de surendettement, la Commission de surendettement effectue des recommandations en appréciant à la fois la situation personnelle et la capacité de remboursement du débiteur.

A) Appréciation de la situation personnelle du débiteur

Pour que le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise, il faut qu'il se trouve dans une situation d'insolvabilité à laquelle il ne peut remédier.

D'une part, on regarde les éléments d'actif, soit l'ensemble des ressources du débiteur quelle qu'en soit l'origine. En d'autres termes, l'intégralité des ressources, en capital et en revenus, présentes et prévisibles doit être insuffisante.

D'autre part, les éléments du passif sont à prendre en compte. En effet, le passif ne concerne pas uniquement les dettes échues mais aussi les dettes à échoir dans un avenir assez proche. Le législateur a ainsi une volonté réelle d'anticiper la situation de surendettement ou de l'atténuer par des mesures préventives.

En outre, il appartient au juge du fond de vérifier ultérieurement la validité et le montant des titres de créance quand il est saisi d'une contestation relative aux mesures recommandées⁸⁰.

En l'espèce, le débiteur n'a fourni aucun élément permettant d'apprécier sa situation personnelle. Les juges du fond ne pouvaient pas procéder à la vérification. De même, la Cour d'Appel ne pouvait que confirmer le montant de 1278,61 euros fixé par la Commission de surendettement et le juge d'instance.

B) Appréciation des capacités de remboursement du débiteur

Afin de prendre les mesures appropriées, la Commission de surendettement doit apprécier les capacités financières du débiteur. Le surendettement devra s'apprécier au jour de la demande mais il est possible de tenir compte de la situation prévisible.

Le débiteur ne peut pas affecter l'ensemble de ses ressources au remboursement de ses dettes car il doit conserver un minimum à vivre. Ainsi, la Commission de surendettement doit fixer ce montant de reste à vivre en fonction de la règle posée par la loi du 29 juillet 1998 (devenue l'article L. 331-2 du code de la consommation).

Dès lors que la Commission de surendettement rend ses recommandations, le débiteur dispose d'une voie de recours auprès des tribunaux d'instance. Toutefois, en cas de changement significatif de la situation du débiteur, ce dernier pourra à nouveau saisir la Commission.

II- Modification du plan possible en cas de changement significatif de la situation du débiteur

En cas de changement significatif de la situation du débiteur, ce dernier peut saisir la Commission de surendettement afin de bénéficier d'un nouvel échéancier. Toutefois, le juge peut intervenir dans le cadre de la contestation des mesures recommandées par la Commission.

A) Renégociation du plan d'échelonnement et rôle de la Commission de surendettement

La Commission de surendettement a pour mission de statuer sur la recevabilité des dossiers et ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge de l'exécution. Elle doit également préparer et adopter le plan d'échelonnement du débiteur.

Le plan d'échelonnement ne peut pas être modifié pendant la période de son exécution.

Cependant, il est possible, en cas d'amélioration de la situation financière du débiteur, de renégocier un plan⁸¹.

En l'espèce, le débiteur avait adressé un courrier à la Cour en demandant la reprise des mensualités avec un nouvel échéancier tenant compte de sa nouvelle situation professionnelle et de la vente de son appartement.

Or, en cas de changement significatif de la situation du débiteur à la hausse ou à la baisse, il convient de saisir à nouveau la commission de surendettement qui jouera ainsi pleinement son rôle. Cependant, en cas de changement des conditions de ressources par rapport à la

⁸⁰ Cass. 2^e civ., 24 mars 2005 : *Bull. civ. II*, n° 84.

⁸¹ Cass. 2^e civ., 20 oct. 2005 : *Bull. civ. II*, n° 272

situation au cours de laquelle la commission a statué, cette dernière doit à nouveau établir un échelonnement.

Le débiteur dispose d'une voie de recours pour contester les décisions de la Commission de surendettement.

B) Intervention du juge en cas de contestation des mesures recommandées

La Commission de surendettement doit soumettre au magistrat les propositions comportant une recommandation d'effacement partiel des dettes ou une obligation mise à la charge du débiteur pour faciliter le paiement de ses dettes. Dans les autres cas, les mesures élaborées par la Commission s'imposeront aux parties sans que le juge n'ait à intervenir. Toutefois, les pouvoirs des Commissions demeurent soumis au contrôle du juge dès lors qu'une partie fait une contestation.

Par ailleurs, si les mesures recommandées sont contestées par les parties, elles deviennent caduques et c'est au juge de l'exécution de prendre tout ou partie des mesures de redressement énumérées aux articles L. 331-7 et L. 331-7-1 du code de la consommation. Ce dernier est saisi de l'ensemble du dossier et doit prendre toutes les mesures prévues par la loi pour assurer le redressement du débiteur. Ce qui implique qu'il vérifie que les débiteurs disposent de la part de ressources nécessaires aux dépenses courantes du ménage⁸².

En l'espèce, le débiteur n'avait pas fourni les éléments nécessaires pouvant permettre au juge de tenir compte de sa nouvelle situation. Ainsi, l'affaire est renvoyée à la Commission de surendettement qui devra à nouveau apprécier les conditions de ressources du débiteur.

M. NKENG PEH

9) Cession d'actions

Cour d'appel d'Orléans (chambre com., éco. et finan.), 6 fév. 2014, n° 12/01474

Par acte authentique du 2 août 2007, les actionnaires de la société anonyme UD ... à Tours, locataire commercial de la société civile d'investissements SC..., représentés, dans des conditions discutées entre les parties, par Monsieur T..., ont promis de céder la totalité de leurs actions à la société S... moyennant un prix de 1.800.000 euros, tandis que la société SC... promettait de lui vendre l'immeuble dans lequel était exploité l'hôtel pour un prix de 9.000.000 euros. Les cessions, qui étaient liées, devaient intervenir sous les conditions suspensives notamment de l'obtention avant le 30 septembre 2007 de l'acceptation de la promesse de vente par l'ensemble des actionnaires ni présents ni représentés à l'acte, et de la levée de l'option par le bénéficiaire, avant le 31 octobre 2007. La vente, reportée au 21 décembre 2007, a été annulée le jour même par le notaire instrumentaire, faute d'avoir reçu toutes les procurations de la famille T.... Ayant appris que les actions avaient été cédées dès le 27 décembre 2007 et l'immeuble le 14 février 2008 à un autre groupe financier pour un prix global de 11.500.000 euros, la société S... a assigné l'ensemble des promettants en paiement de la somme de 1.080.000 euros à titre de dommages et intérêts.

Par jugement du 26 avril 2012, le tribunal de grande instance de TOURS, après avoir déclaré caduques les deux promesses de cession, a condamné in solidum Monsieur T..., la société UD..., Monsieur E... et la SC... à payer à la société S... la somme de 200.000 euros à titre de dommages et intérêts, pour brusque rupture des négociations, avec intérêts au taux légal à

⁸² Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 2000 : *Bull. civ. I*, n° 256.

compter du jugement, et a condamné Monsieur T... à garantir à hauteur de 80 % Monsieur E... et la SC...

La société UD... et Monsieur T... ont relevé appel. Ils approuvent le tribunal d'avoir retenu que les autres promettants n'étaient pas représentés et devaient transmettre leur acceptation au notaire, de sorte qu'ils n'ont manqué à aucune obligation contractuelle devenue inexistante. Ils prétendent ne pas avoir rompu les négociations avec la société S... et demandent de la débouter de ses prétentions.

Monsieur E... et la SC... relèvent que les conditions suspensives n'ont pas été satisfaites et que les promesses de vente doivent être réputées nulles. Ils considèrent que le jugement ne s'explique pas sur le quantum de 200.000 euros, la société S... n'ayant produit aucun justificatif. Subsidiairement, ils demandent la garantie à 100 % de Monsieur T... qui a négocié seul avec la société S... et avec le nouvel acquéreur, à l'insu de ses associés. Monsieur D... et Madame S... sollicitent la confirmation des dispositions du jugement les ayant mis hors de cause.

La société S... affirme que Monsieur T... représentait les autres actionnaires de la SA UD... et que les promettants ont engagé leur responsabilité contractuelle en refusant de ratifier la vente prévue. Elle souligne que le rendez-vous de signature avait été fixé au 21 décembre 2007, soit avant le délai prorogé d'option. Elle indique que le refus de régulariser la vente s'explique par la vente à un tiers pour une somme supérieure de 700.000 euros et que les cédants ont agi avec mauvaise foi. Elle estime que son préjudice s'élève à 1.080.000 euros et ne saurait être inférieur à 540.000 euros, montant prévu pour une éventuelle indemnisation des promettants. Subsidiairement, elle invoque la responsabilité délictuelle de tous les promettants en raison de la brusque rupture des pourparlers. Elle fait grief au tribunal d'avoir fait une mauvaise appréciation du préjudice qui doit s'évaluer à la différence des prix de cession soit 700.000 euros ou, à tout le moins à 540.000 euros représentant 5 % de l'opération.

Pour l'exposé complet des faits, de la procédure, ainsi que des prétentions et moyens des parties, qui seront analysés en même temps que leur discussion dans les motifs qui suivent, il est expressément renvoyé à la décision entreprise et aux dernières conclusions signifiées les 13 mai 2013 (Monsieur T... et l'Eurl UD...), 23 mai 2013 (société S...), et 4 juin 2013 2013 (Monsieur E..., la SC..., Monsieur D... et Madame S...).

SUR QUOI

Attendu qu'à la suite d'une ordonnance d'incident du 7 mai 2013, l'instance d'appel se poursuit uniquement entre la société UD..., Monsieur T..., Monsieur E..., la SC..., Monsieur D... et Madame S..., d'une part, et la société S..., d'autre part ;

Sur la caducité des promesses de vente

Attendu que l'acte authentique du 2 août 2007 mentionne que les dix-neuf promettants dénommés sont représentés par :

- Monsieur T... agissant en son nom personnel et au nom de l'Eurl UD..., en sa qualité de gérant de ladite société,

- Et Monsieur E... agissant en son nom personnel ;

Que néanmoins, les conditions suspensives relatives à la cession d'actions (page 42) prévoient que celle-ci est soumise à « l'obtention de l'acceptation de la présente promesse de vente par l'ensemble des actionnaires non présents ni représentés aux présentes sous la forme d'un écrit adressé au notaire associé soussigné, au plus tard le 30 septembre 2007 » ; qu'enfin, l'acte stipule que la levée d'option consentie devra être formulée au plus tard le 31 octobre 2007 par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au notaire

et que la signature de l'acte authentique constatant la réalisation définitive de la cession devra avoir lieu au plus tard à la même date ;

Qu'il résulte des pièces versées aux débats que la réunion de signature avait été reportée au 21 décembre 2007 et qu'à cette date, le notaire instrumentaire n'était pas en possession des procurations de cinq actionnaires qui avaient refusé la cession de leurs actions ;

Attendu que l'ambiguïté née du rapprochement de la clause de représentation des cédants par Monsieur T... avec la condition suspensive relative à l'acceptation des actionnaires non présents ni représentés, implique l'interprétation de l'acte ; qu'ainsi que l'a relevé à juste titre le tribunal, l'acte doit être interprété, par application de l'article 1162 du code civil, dans l'intérêt des promettants, de sorte que la condition suspensive doit primer la clause de représentation et que le mandat apparent invoqué par la société S... ne peut être admis pour l'établissement d'un acte notarié ;

Et attendu que par application des articles 1134 et 1176 du code civil, en l'absence de réalisation des conditions suspensives, la défaillance de celles-ci à la date prévue emporte caducité de la promesse de vente tant des actions que de l'immeuble, eu égard au lien entre les deux promesses, le jugement étant confirmé de ce chef ;

Sur la rupture des pourparlers

Attendu que le 26 octobre 2007, le conseil de la société S... indiquait au notaire instrumentaire que cette société n'avait reçu aucune information sur le sort des conditions suspensives et n'était donc pas en mesure de lever l'option ; que le notaire des cédants a adressé au notaire du cessionnaire le 31 octobre 2007 des documents faisant état, non de la levée des conditions suspensives, mais des diligences accomplies par Monsieur T... pour y parvenir, telles que décrites dans un courriel du 30 octobre 2007 de ce dernier, et invitant les parties à convenir d'une prorogation du délai à la fin de l'année ; que le 20 novembre 2007, l'office notarial transmettait d'autres documents relatifs à des travaux dans l'hôtel et à la convocation d'une assemblée générale de la copropriété ; que le 10 décembre 2007, le notaire communiquait le détail des sommes à verser lors de la signature ainsi que des projets de taxe et de convention d'honoraires et indiquait encore le 2 décembre 2007 à son confrère qu'il travaillait à mettre au point les actes devant se régulariser le lendemain en son étude ; qu'après l'annulation le 21 décembre 2007 de la signature des actes de cession des actions et de l'immeuble, il apparaît que les actionnaires ont cédé leurs titres le 27 décembre 2007 à un autre acquéreur avec lequel Monsieur T... était en négociation, selon ses dires, depuis le 9 décembre 2007 ;

Que la société S... était donc en droit de penser que les parties étaient parvenues à aplanir la plupart des difficultés et que les actionnaires de la société UD... étaient toujours disposés à lui céder leurs actions, alors que Monsieur T... conduisait à la même époque des négociations avec un autre groupe tout en laissant croire que seuls des problèmes d'urbanisme ou de convocation d'assemblée générale de copropriété retardaient la signature de l'acte définitif ; que Monsieur T... a ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'il n'avait jamais paru abandonner et que la société S... poursuivait normalement ;

Attendu que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels sont la cause d'un préjudice subi par la société S... qui n'inclut que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non le double de l'indemnité d'immobilisation de 540.000 euros qui lui a été restituée, ni cette somme de 540.000 euros qui correspondrait à 5 % du montant de l'opération et qui ne répond à aucun fondement ou le gain de 700.000 euros réalisé par les cédants ; que, dès lors, en l'absence de tout justificatif, l'indemnisation de la société S... sera limitée à la somme de 50.000 euros ;

Que les documents communiqués établissent que Monsieur E... et la SC... n'avaient pas connaissance des négociations poursuivies par Monsieur T... avec un tiers, de sorte qu'ils n'ont pas engagé leur responsabilité à l'égard de la société S... ; qu'en effet, Monsieur E... écrivait à Monsieur T... le 13 décembre 2007 « qu'il ne saurait être question de ne pas procéder à la signature pour quelque raison que cela puisse être » ;

Que, dans ces conditions, seuls Monsieur T... et sa société l'Eurl UD...seront condamnés in solidum à payer à la société S... ladite somme de 50.000 euros, avec intérêts au taux légal à compter du 26 avril 2012, date du jugement ;

Attendu que Monsieur T... et la société UD... supporteront in solidum les dépens de première instance et d'appel et verseront la somme de 15.000 euros à la société S... et celle de 10.000 euros à l'ensemble des autres intimés sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

La cour,

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort ;

CONFIRME le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré caduques les promesses de vente ;

L'INFIRMANT pour le surplus ;

Et statuant à nouveau ;

CONDAMNE in solidum Monsieur T... et l'Eurl UD... à payer à la société S... la somme de 50.000 euros, avec intérêts au taux légal à compter du 26 avril 2012, à titre de dommages et intérêts pour rupture des pourparlers ;

CONDAMNE in solidum Monsieur T... et l'Eurl UD... aux dépens de première instance et d'appel et à payer les sommes de 15.000 euros à la société S... et de 10.000 euros à l'ensemble des autres intimés, Monsieur E..., la SC..., Monsieur D... et Madame S..., au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

ACCORDE à la SCP P..., avocat de la société S..., et à la SCP ..., avocat des autres intimés, le droit prévu par l'article 699 du même code.

Commentaire :

Les actionnaires de la société UD... ont promis de vendre leurs actions à la société S..., alors que dans le même temps la SC... promettait de lui céder l'immeuble, objet du bail qui lui était auparavant octroyé par la société UD... La stipulation d'une condition suspensive, dans chaque promesse de vente, selon laquelle l'accord de tous les vendeurs était requis avant le 30 septembre 2007 a pour conséquence la caducité de la promesse de vente. Aussi, la cour d'appel d'Orléans décide que la brusque rupture des pourparlers est possible si non commise de mauvaise foi.

Les juges du fond interprètent souverainement la convention. Leur interprétation doit être explicative⁸³. Ils doivent rechercher la commune intention des parties. Lorsqu'elle n'est pas explicite selon eux, l'article 1162 du Code civil intervient à titre subsidiaire et supplétif⁸⁴. Malgré une application limitée, il est utilisé lorsque les conventions sont risquées pour l'une des parties.

L'article 1162 est fortement adapté aux contrats d'adhésion. Mais il s'applique également à toute convention autre que les contrats d'adhésion puisqu'il se situe dans le titre III nommé «

83 D. NOGUERO, *La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (1^{ère} partie)*, Cass. 2^e civ. 1 juin 2011 : 09-72552 et 10-10843, *Gaz. Pal.*, 26 nov. 2011, n° 330, p. 6.

84 Cass. Soc., 20 fév. 1975 : n° 74-40455, *D.* 1976, p. 142, note Y. Serra.

Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». Les juges doivent interpréter la convention en faveur de celui qui a contracté l'obligation⁸⁵.

En l'espèce, les juges ont interprété l'ambiguïté née du rapprochement des deux clauses afin que la condition suspensive prime sur la clause de représentation. Certains actionnaires ont refusé de céder leurs actions. Le mandat apparent qui résulte de la clause de représentation doit alors être écarté par application de l'article 1162 du Code civil. Dans le cas contraire, certains actionnaires auraient dû céder leurs actions alors que la promesse de vente stipulait que l'ensemble des actionnaires devaient être d'accord sur la cession. Les promettants auraient donc été en situation d'infériorité face aux actionnaires récalcitrants.

A défaut de réalisation de la condition suspensive dans le terme prévu, la promesse de vente ne peut être que caduque⁸⁶. Les juges doivent décider si la condition est extinctive ou constitutive du point de départ à partir duquel une des parties pourrait obliger l'autre à s'exécuter. La deuxième solution correspond notamment à la possibilité d'une réitération d'une promesse de vente. Si dans le délai fixé la réitération n'est pas effectuée, une des parties peut obliger l'autre à réaliser cette obligation, la promesse de vente n'est alors pas caduque. En cas de condition extinctive, la promesse devient caduque à défaut de réalisation de la condition suspensive. Selon les articles 1134 et 1176 du Code civil, lorsque la défaillance d'une condition suspensive est constatée⁸⁷, seules les parties au contrat peuvent écarter la caducité et ainsi maintenir le contrat⁸⁸.

En l'espèce, un premier terme avait été fixé, puis les parties ont convenu de le proroger. Mais la condition suspensive n'a pas été réalisée dans le second terme. Les juges ont considéré la promesse de vente comme caduque. Cette solution est cohérente au sens de la jurisprudence antérieure. La condition suspensive était extinctive puisque le terme fixé impliquait nécessairement une caducité de la promesse de vente en cas de défaillance.

Les pourparlers sont une phase précontractuelle d'invitation à entrer en négociations durant laquelle deux principes s'opposent : celui de la liberté de rompre les pourparlers et celui de bonne foi.

Selon ce premier principe de liberté de rupture unilatérale des pourparlers, un principe d'irresponsabilité autorise l'une des parties à mettre fin aux négociations. Un second aspect de ce principe est la possibilité de mener des pourparlers parallèles en vertu d'une jurisprudence constante. Néanmoins, la bonne foi est obligatoire.

En l'espèce, le mandataire chargé des cessions invoquait des excuses dues à des problèmes d'urbanisme et de convocation d'Assemblée générale pour justifier le retard de la signature des cessions. En réalité, il menait des pourparlers avec un tiers. Mener des pourparlers parallèles cesse donc d'être licite dès que la mauvaise foi s'invite aux débats.

La rupture unilatérale des pourparlers devient fautive si elle est abusive, par exemple lorsque les pourparlers sont bien avancés et/ou lorsque la rupture est brusque⁸⁹. L'arrêt suit cette ligne jurisprudentielle en considérant que les négociations étaient avancées et que le mandataire chargé de conclure la cession invoquait de fausses raisons pour en retarder la finalisation. La solution est fondée comme elle refuse la condamnation de la société SC... car elle n'était pas au courant des agissements du mandataire, contrairement à la société UD... qui est logiquement condamnée.

85 Cass. Com., 9 juin 2009 : n° 08-17843, *RTD civ* 2009, p.741, obs. P.-Y.Gautier.

86 Cass. 3° civ., 31 mars 2005 : n° 04-11752, *RTD civ.* 2005, p. 775, obs. J. Mestre et B. Fages.

5 Cass. 3° civ. 3°, 28 mars 2007 : 03-14681 : selon lequel « la défaillance de la condition suspensive entraîne la caducité de la vente ».

88 Cass. 3° civ. , 29 mai 2013 : n° 12-17077, *Revue des contrats*, 2013, n° 4, p. 1373, note M. Latina.

89 Cass. com., 7 janv. 1997 : n° 94-21561, *D.* 1998. 45, note P. Chauvel.

La responsabilité en cas de rupture brutale d'un avant-contrat est délictuelle, la chronologie justifiant que seuls les contrats puissent entraîner une responsabilité contractuelle. Les juges apprécient alors l'étendue du préjudice pour fixer le montant de dommages-intérêts.

La solution respecte la jurisprudence « Alain Manoukian » dégagée par la chambre commerciale le 26 novembre 2003⁹⁰ selon laquelle la perte de chance due à la rupture de pourparlers ne donne pas lieu à dommages-intérêts. Ainsi, les juges ne peuvent évaluer un préjudice au regard du contrat qui aurait pu être conclu dans le futur. Ceci s'explique par le principe de libre rupture des pourparlers. D'un côté celui qui rompt brutalement est condamné, de l'autre il ne peut l'être pour un contrat qu'il n'a finalement pas voulu conclure. Seuls les frais dûment engagés par la victime pourront lui être remboursés, en aucun cas une indemnité compensant la différence entre le prix de cession proposé par le tiers et celui envisagé par la victime.

En l'espèce, la cour d'appel plafonne souverainement le montant des dommages-intérêts à 50 000 euros car elle limite le préjudice « aux frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder » et elle refuse de retenir chacune des sommes successivement réclamées par la victime. Elle précise par exemple qu'une indemnité égale à 5% du montant de l'opération « ne répond à aucun fondement ».

A. VONCK et T. WAGNER

90 Cass. com., 26 nov. 2003 : 00-10243 et 00-10949, D. 2004. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne.

Chronique de jurisprudence

Droit patrimonial

Procédure fiscale

Promesse synallagmatique de vente

Attribution préférentielle

Libéralités

Responsabilité notariale

Droit de passage

Concubinage

Contrat de vente

Chronique de jurisprudence en droit patrimonial

Par les étudiants du Master 2
Droit et gestion du patrimoine privé

1) Procédure fiscale

Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile, 21 janv. 2013, n° 12/00579

Décision entreprise : Tribunal de Grande Instance d'Orléans, 14 févr. 2012

[...]

Exposé du litige :

La SCI X. (la SCI), qui exerce l'activité de marchand de biens et a pour gérant statutaire Monsieur R..., a fait l'objet d'une vérification de comptabilité diligentée par la direction spécialisée du contrôle fiscal du sud-ouest (la DICORFI). A l'issue des premières opérations de contrôle qui se sont déroulées les premier et 2 juillet 2009 au siège de la société, la vérificatrice a laissé sur place un dossier contenant un rapport dont un paragraphe était ainsi rédigé en page 11 : "A priori deux frères, O... et B..., qui sont proches des milieux catholiques très traditionalistes. Il est possible que l'évasion fiscale s'effectue, non pas au profit des dirigeants, mais essentiellement au profit de groupes religieux. La BCR va effectuer un droit de communication chez la société Y (dont le gérant est O... R...) en vue de programmation".

L'administration fiscale a adressé à la SCI, le 21 décembre 2009, une proposition de redressement pour les années 2007 et 2008 à hauteur de 467.776 euros au titre des droits d'enregistrement de plusieurs immeubles situés dans différentes villes de France en les assortissant d'intérêts de retard de 159.439 euros. Ont été en outre réclamées les sommes de 20.390 euros au titre de la cotisation minimale de taxe professionnelle pour l'année 2007 et de majorations et intérêts de retard de 3.670 euros. L'administration a mis en recouvrement la somme totale de 61.913 euros au titre d'immeubles situés à Orléans et a opéré mise en recouvrement au titre d'autres immeubles situés à Lille, Evreux, Bordeaux, Tarbes, Cannes, Draguignan et Rouen.

Les réclamations contentieuses formées par la SCI ayant été rejetées, cette contribuable a saisi les tribunaux de grande instance du lieu de situation de ses immeubles d'une contestation de l'impôt et a donc ainsi assigné la Direction générale des finances publiques devant le tribunal de grande instance d'Orléans le 8 février 2011.

Par jugement en date du 14 février 2012, ce tribunal a annulé la procédure de contrôle et de redressement, prononcé le dégrèvement de la somme de 47.190 euros en ce qui concerne les droits simples et de 14. 723 euros en ce qui concerne les intérêts de retard des droits d'enregistrement réclamés au titre des immeubles sis à Orléans et a condamné la direction spécialisée du contrôle fiscal du sud-ouest à verser à la SCI la somme de 2.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile. Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que l'administration fiscale a fait preuve de discrimination religieuse en mentionnant que les frères R. étaient très proches des milieux catholiques très traditionalistes et qu'en faisant état, d'une manière affirmative, de l'existence d'une évasion fiscale avant de commencer ses opérations de contrôle, elle a violé le principe d'impartialité auquel elle est assujettie.

La Direction générale des finances publiques a interjeté appel de cette décision par deux déclarations en date du 22 février 2012 et les deux dossiers d'appel ont été joints par ordonnance du conseiller de la mise en état en date du 6 mars 2012.

Les dernières écritures des parties, prises en compte par la cour au titre de l'article 954 du code de procédure civile, ont été déposées :

- le 24 septembre 2012 par l'appelante,

- le 12 septembre 2012 par l'intimée

La Direction générale des finances publiques, agissant selon poursuites et diligences de l'administrateur général des finances publiques chargé de la direction spécialisée du contrôle fiscal du sud-ouest, conclut à l'infirmité du jugement déféré et au rejet de l'ensemble des demandes formées par la SCI. Après avoir indiqué que tous les autres tribunaux ont débouté la SCI de ses demandes fondées sur la même argumentation que celle retenue par le jugement déféré, elle fait valoir que la pièce sur laquelle la SCI fonde sa contestation a été soustraite par celle-ci dans un dossier oublié par la vérificatrice lors de sa première intervention mais, ne pouvant être communiquée au contribuable, ne constitue pas un acte administratif pouvant faire grief. En tout état de cause, elle reproche au tribunal d'avoir procédé à une mauvaise lecture de ce document qui ne tend qu'à rappeler les axes de recherches et les points à vérifier lors du contrôle. Elle précise que les convictions religieuses des frères R..., d'ailleurs de notoriété publique, n'ont pas déclenché le contrôle fiscal mais ont simplement été mentionnées pour entraîner des recherches sur les bénéficiaires des dons déclarés par la SCI comme ouvrant droit à crédit d'impôt, la circonstance que les entités en cause interviennent dans un cadre religieux étant accessoire. Elle rappelle qu'elle doit procéder à des contrôles rendant nécessaires une étude de l'environnement du contribuable contrôlé et un recoupement des informations recueillies et souligne qu'une personne morale est dirigée par des personnes physiques qui prennent les décisions en son nom. Enfin, elle affirme que le tribunal a retenu que le document litigieux était rédigé au présent de l'indicatif et sous une forme affirmative, en oubliant de mentionner qu'il commençait par "il est possible que" et en omettant de prendre en compte que les soupçons de fraude qui entraînent les contrôles doivent toujours être corroborés par les constatations des enquêteurs, lesquels sont tenus d'établir la matérialité d'une fraude et de motiver leurs décisions de redressement. Enfin, elle précise que sa totale impartialité est démontrée par l'absence de notification d'un redressement au titre des dons effectués par la SCI mais que le bien fondé de son contrôle est tout aussi démontré par la découverte de nombreuses irrégularités dans l'activité de marchand de biens de celle-ci.

La SCI conclut à la confirmation de la décision entreprise et à la condamnation de l'appelante à lui verser une nouvelle indemnité de procédure de 2.000 euros. Elle conteste formellement avoir soustrait le document produit dont elle fait valoir, qu'ayant désormais été porté à sa connaissance, il constitue un acte administratif susceptible de lui faire grief et ne peut, en tout état de cause, être écarté des débats au motif qu'elle n'aurait pu en obtenir communication si elle l'avait réclamé. Elle affirme que cette pièce démontre que l'administration a méconnu le principe d'impartialité qui s'impose à elle ainsi que les articles 9 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme relatifs à la liberté de manifester ses opinions religieuses et l'article premier de la loi du 9 décembre 1905 consacrant la liberté de culte, puisque la référence à l'appartenance religieuse du principal animateur de la SCI traduit une discrimination caractérisée et une confusion volontaire de la personnalité de la SCI avec celle de ses associés. Elle demande à la cour de retenir comme l'a fait tribunal, que l'emploi de tournures affirmatives sur l'existence d'une fraude avant même le début des investigations démontre le parti pris de l'administration fiscale et justifie l'annulation de ses opérations de contrôle. Elle affirme enfin qu'en procédant à une vérification simultanée de la société Y, l'administration a détourné la procédure de vérification et violé de façon caractérisée ses droits de contribuable.

CELA ETANT EXPOSE, LA COUR :

Attendu que les articles 9 et 4 de la CEDH et l'article premier de la loi du 9 décembre 1905 garantissent la liberté de pensée, de conscience et de religion ;

Que la combinaison de ces dispositions avec le principe général d'impartialité qui s'impose à tout agent public, interdit à l'administration fiscale d'opérer des vérifications pour des motifs extérieurs à sa mission de service public, et notamment en raison de la religion pratiquée par un contribuable ;

Attendu que l'appelante prétend qu'il résulte du paragraphe figurant en page 11 du document oublié par la vérificatrice lors de sa première visite que ce principe d'impartialité a été méconnu, puisqu'elle a fait l'objet d'un contrôle fiscal décidé en raison de l'appartenance religieuse de son principal animateur ;

Mais attendu que la SCI ne peut présenter une telle argumentation qu'en isolant totalement la phrase ci-dessus reproduite de son contexte ;

Qu'en effet, la référence à l'appartenance religieuse de O... et de B... R... est rappelée dans un unique paragraphe de deux lignes situé en page 11 d'un document préparatoire de 13 pages établi par l'administration fiscale pour proposer une vérification de la comptabilité de l'appelante ;

Que dans les dix premières pages de ce document, l'administration, après avoir décrit dans le détail l'activité de marchand de biens exercée par la SCI et rappelé ses nombreuses filiales caractérisant l'existence d'un groupe informel, a dressé la liste des 23 opérations immobilières réalisées entre octobre 2006 et septembre 2007;

Que le paragraphe litigieux, qui apparaît ensuite de ce rappel, est suivi par près de trois autres pages faisant état de diverses anomalies déjà relevées par les services fiscaux au vu des déclarations fiscales opérées par la SCI et notamment :

- d'une augmentation inexpliquée de constructions au vu des taux d'amortissement,*
- d'un redressement déjà effectué au titre du chiffre d'affaires provenant de la location de l'immeuble immobilisé,*
- d'une absence de déclaration de la valeur ajoutée,*
- de ventes ne correspondant pas aux ventes de marchandises indiquées par la société sur l'imprimé 2052 sur lequel ont été portées des transactions beaucoup plus importantes que sur son compte de résultats,*
- de l'existence d'un soupçon de stocks, c'est à dire d'immeubles acquis dans le cadre de l'activité de marchand de biens mais non vendus dans le délai imparti par la loi, et donc non susceptibles de bénéficier des dispositions fiscales favorables qui ont été appliquées par la SCI lors de ses déclarations fiscales ;*

Qu'il résulte sans contestation possible de ce rapport que l'attention des services fiscaux a été attirée, non par l'appartenance religieuse des frères R..., mais par ces nombreuses anomalies qui justifiaient entièrement le contrôle opéré dont il sera rappelé qu'il a entraîné un redressement de plus de 460.000 euros ;

Attendu qu'il est tout aussi certain que l'appartenance religieuse des frères R. n'a été rappelée que pour insister sur la nécessaire vérification des dons opérés par la SCI, de façon parfaitement visible sur ses déclarations fiscales, au profit d'institution religieuses, puis déduits par elle au titre du mécénat sans que l'administration ne puisse vérifier si ces dons, bénéficiant à de petites structures non domiciliées dans le département dans lequel la SCI avait son siège social, pouvaient ou non ouvrir droit à de telles réductions d'impôts ;

Que les arguments d'un contrôle fondé sur une cause religieuse ou d'une confusion entre la personne morale et les personnes physiques qui la composent sont dès lors entièrement dépourvus de pertinence et seront écartés ;

Attendu que la SCI soutient ensuite que la partialité de l'administration fiscale résulterait de ce que ce même document contient l'affirmation a priori d'une évasion fiscale ;

Attendu que l'existence d'un parti pris ou d'un préjugé doit être sanctionnée lorsque l'agent vérificateur est incité à opérer dans un sens pré-défini mais qu'en l'espèce, l'indication de ce que : "Il est possible que l'évasion fiscale s'effectue, non pas au profit des dirigeants, mais essentiellement au profit de groupes religieux" ne permet pas de retenir une affirmation a priori de l'existence d'une évasion fiscale dont le document litigieux ne mentionne que la possibilité ;

Que l'agent vérificateur n'a d'ailleurs pas été influencé par la mention d'une telle possibilité puisqu'il n'a retenu aucune évasion fiscale ;

Que le document incriminé, qui ne saurait être qualifié "d'acte administratif" faisant grief, ne contient dès lors aucune démonstration d'un quelconque parti pris ou préjugé de l'administration fiscale et que cet argument sera également écarté ;

Attendu que l'appelante soutient enfin que la mention de ce que "La BCR (brigade de contrôle et de recherches) va effectuer un droit de communication chez la société Y dont le gérant est O... R...) en vue de programmation" démontre le parti pris de l'administration et la violation de ses droits ;

Attendu qu'il sera rappelé que le droit de communication est celui, pour l'administration, de prendre connaissance de certains documents ou renseignements détenus par un tiers ;

Qu'il s'agit d'un droit défini par le livre des procédures fiscales et que la SCI, qui n'expose nullement en quoi l'administration en aurait fait une utilisation abusive, ne fait en réalité état d'aucun détournement de procédure ou violation de ses droits ;

Qu'il convient dès lors d'infirmier entièrement le jugement déféré, de débouter l'appelante de l'ensemble de ses prétentions et, après avoir constaté que l'intimée ne sollicite pas à son profit l'application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, de condamner la SCI à supporter les dépens de première instance et d'appel ;

PAR CES MOTIFS

STATUANT publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort,

INFIRME la décision entreprise,

STATUANT À NOUVEAU,

DEBOUTE la SCI... de l'ensemble de ses prétentions,

LA CONDAMNE aux dépens de première instance et d'appel.

[...]

Commentaire : De l'impartialité de l'administration fiscale (De l'importance pour une vérificatrice de ne pas oublier sa chemise... mais de là à lui faire porter le chapeau !)

La Cour d'appel d'Orléans, dans son arrêt du 21 Janvier 2013, est venue rappeler les modalités d'appréciation de l'impartialité de l'administration fiscale lors de procédures de contrôle. Faisant référence aux articles 9 et 14 de la CEDH et à l'article 1^{er} de la loi du 19 décembre 1905, qui garantissent la liberté de pensée, de conscience et de religion, elle souligne que cette impartialité ne peut être remise en cause par deux lignes tirées d'un document de plusieurs pages.

Lors d'une opération de vérification de comptabilité, une vérificatrice oublie sur place une partie de son dossier. Le gérant de la Société Civile Immobilière vérifiée se fonde sur un paragraphe de ce rapport pour tenter de faire échouer la procédure et la proposition de redressements. Les phrases litigieuses font en effet référence à sa religion.

Or il résulte des faits que la programmation du dossier révèle l'existence d'anomalies fiscales conduisant à une hypothèse d'irrégularités.

C'est bien cette hypothèse qui doit faire l'objet d'une analyse sur place plus approfondie. Le rapport de programmation pose en effet la question de savoir si les produits distribués ne

profitent pas aux dirigeants de la SCI, identifiés comme « proches des milieux catholiques très traditionalistes », mais « essentiellement au profit de groupes religieux ».

La SCI a fait diverses réclamations contentieuses, qui ont été toutes rejetées. Cette dernière a donc assigné la Direction Général des Finances Publiques (la DGFIP) devant le Tribunal de Grande Instance d'Orléans, en contestation de l'impôt dû.

Par jugement du 14 Février 2012, le tribunal a annulé la procédure de contrôle et de redressement, au motif que l'administration fiscale a fait preuve de discrimination religieuse et qu'en faisant état, d'une manière affirmative, de l'existence d'une évasion fiscale avant même de commencer ses opérations de contrôle, elle a violé le principe d'impartialité auquel elle est assujettie.

La DGFIP a interjeté appel de cette décision.

La cour d'appel d'Orléans devait ainsi répondre à la question de savoir si la simple référence à l'appartenance religieuse d'un contribuable permet de remettre en cause l'impartialité de l'administration fiscale ?

Elle rend un arrêt infirmatif et déboute la SCI de l'ensemble de ses prétentions, tout en rappelant le principe d'impartialité et l'interdiction de l'administration fiscale d'effectuer des vérifications en fonction des croyances religieuses des contribuables contrôlés.

Le principe d'impartialité des agents de l'administration est un principe général du droit faisant partie intégrante de la légalité des actes administratif. Ce principe est acquis depuis longtemps⁹¹.

En l'espèce, la Cour d'appel d'Orléans rappelle que les dispositions des articles 9 et 14 de la CEDH et également de l'article 1^{er} de la loi de 1905, combinées avec le principe général d'impartialité qui s'impose à tous les agents publics « interdit à l'administration fiscale d'opérer des vérifications pour des motifs extérieurs à sa mission de service public, et notamment en raison de l'appartenance religieuse du principal animateur de la société contrôlée ».

Classiquement, le principe d'impartialité comporte deux aspects. L'un « objectif » lié à l'organe et qui tient aux fonctions exercées et l'autre « subjectif » qui renvoie à l'homme et à sa personnalité.

Les contentieux liés à l'impartialité subjective comme dans cet arrêt ne sont pas nombreux, ce qui montre le bon fonctionnement de l'administration fiscale⁹². Le cas échéant, si ce principe n'est pas respecté, le juge peut prononcer l'irrégularité des procédures de contrôle et de vérification et, par suite, la décharge de l'ensemble des impositions découlant de la vérification⁹³.

Par conséquent, les vérifications ne doivent pas avoir été décidées en fonction d'un motif extérieur « à sa mission de service public » mais bel est bien en fonction d'éléments objectifs rendant légitime la procédure, ce que n'est pas, par exemple, « l'appartenance religieuse de son principal animateur ».

En l'espèce, les arguments sur lesquels se fonde le contribuable ne permettent pas de démontrer un quelconque parti pris de l'administration.

⁹¹ CE Sect., 29 avr. 1949, n° 82790, Bourdeaux : *Lebon* p. 188

⁹² CE, 28 janv. 2000, n°169626, Bergerault : *RJF* 3/00 (La circonstance que la vérificatrice soit l'épouse du directeur financier d'un conservatoire de musique qui fait l'objet d'une vérification ne fait pas obstacle au débat oral et contradictoire). – CE, 1^{er} déc. 2008, n°292166, Min. de l'Économie, des finances et de l'industrie c/ SCI Strasbourg : *Lebon*, p. 445 ; *RJF* 2009, n° 142, concl. C. Legras ; *Rev. adm.* 2009. 256, comm. O. Fouquet (dans cette affaire le vérificateur était domicilié dans la même résidence que la gérante de la société vérifiée et son mari et d'autre part un conflit de voisinage opposait les époux et certains des membres de la résidence à raison des nuisances causées par la société. En l'espèce il s'agit d'un manque d'impartialité subjective. L'agent était placé dans une situation telle qu'aux yeux des tiers, il risquait d'être influencé par une situation personnelle).

⁹³ CAA Paris, 13 févr. 2009 n°07PA4783.

Ainsi, la vérification de comptabilité ne peut être considérée comme discriminatoire puisqu'elle s'appuie sur des indices sérieux antérieurs et spécifiques à la société contrôlée et qu'elle ne fait qu'utiliser une formule hypothétique : « Il est possible que l'évasion fiscale s'effectue, non pas au profit des dirigeants, mais essentiellement au profit de groupes religieux ». Par conséquent, il ne s'agit en rien d'une affirmation mais d'une éventualité.

Au demeurant, l'argument du contribuable est d'autant plus faible qu'aucune anomalie fiscale n'a été constatée sur ce point par la vérificatrice.

Une fois l'argument principal tombé, la Cour d'Appel reste fidèle à son raisonnement en répondant simplement aux autres arguments invoqués par le contribuable. La Cour les écarte en estimant d'une part, que l'acte sur lequel se fonde la SCI n'est pas un acte susceptible de faire grief et qu'il ne peut dès lors faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Pour rappel, un acte administratif est réputé faire grief lorsqu'il produit par lui-même des effets juridiques, qu'il modifie l'ordonnement juridique, ou qu'il atteint les droits et obligations des administrés. Or, en l'espèce, la Cour d'Appel vient trancher dans le vif en estimant que cette pièce « ne saurait être qualifiée d'acte administratif faisant grief »

D'autre part, la Cour rappelle au contribuable le principe du droit de communication. Ce droit, défini dans le livre des procédures fiscales « est celui pour l'administration de prendre connaissance de certains documents ou renseignements détenus par un tiers ». En cela, la simple référence à l'exercice du droit de communication est-il constitutif d'un parti pris ? La Cour d'Appel répond ici par la négative et précise que la SCI ne démontre pas en quoi l'exercice de cette prérogative viendrait en violation de ses droits, et quand bien même ce serait le cas, cette dernière ne démontre pas non plus que l'administration en aurait fait une utilisation abusive.

Ainsi, la Cour d'Appel ne s'est pas laissé leurrer par les arguments invoqués par le contribuable.

Les conséquences de la négligence de la vérificatrice auraient pu être tout autres si elle avait pu être suspectée de parti pris ou encore si la preuve avait été apportée de la présence d'un mobile personnel.

Maxence COUTELIER, Mélodie PHILIPPON et Jean-Luc POMMIER

2) Promesse synallagmatique de vente

Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile 4 févr.2013, n° 12/01033

Décision entreprise : Tribunal de Grande Instance de Tours, 1^{er} mars 2012

[...]

Suivant acte sous seing privé du 27 décembre 2007, la SCI X. a promis de vendre à la S.A.R.L. Y. un ensemble immobilier comprenant un pavillon destiné à être démoli et un terrain à bâtir, à Bourg-la-Reine(92), au prix de 1.602.640 € TTC. Cette vente était consentie sous diverses conditions suspensives, et notamment celles de :

- l'obtention d'un prêt promoteur d'un montant maximum de 3.000.000 €, remboursable en deux ans au taux maximum de 7 % l'an,*
- l'obtention d'un permis de démolir et d'un permis de construire, permettant l'édification sur la propriété acquise d'un bâtiment d'une surface de 1.100 m².*

La S.A.R.L. Y. s'engageait à justifier auprès du vendeur du dépôt de sa demande de permis de démolir et de construire, dans un délai de trois mois à compter de la signature de la promesse de vente, et des démarches entreprises pour l'obtention du prêt dans un délai de 40 jours à compter du dépôt du permis de construire, la réception de l'offre de prêt devant intervenir au plus tard dans un délai de deux mois après l'obtention du permis de construire. La S.A.R.L. Y.

a versé, à la signature de la promesse de vente, un dépôt de garantie de 80.132 €. Elle a déposé auprès de la mairie de Bourg-la-Reine une demande de permis de construire, dont il a été accusé réception le 2 avril 2008 et à laquelle a été fixé un délai d'instruction expirant le 27 juillet 2008. Le permis de construire a, en définitive, été obtenu le 29 juillet 2008. Aux motifs qu'elle n'avait pu obtenir de la S.A.R.L. Y. la justification de l'accomplissement des démarches stipulées en vue de l'obtention du prêt, la SCI X. a, par acte du 21 juin 2010, fait assigner l'intéressée devant le tribunal de grande instance de TOURS, pour voir dire que la défaillance de la condition suspensive lui était imputable, voir constater la caducité de la promesse de vente, voir condamner la S.A.R.L. Y. à lui payer la somme de 80.132 € à titre de dommages et intérêts, voir dire que le notaire sera autorisé à lui remettre le dépôt de garantie séquestré entre ses mains et voir condamner, en outre, ladite société à lui verser la somme de 51.180 € à titre de dommages et intérêts complémentaires, en réparation de son préjudice financier.

Par jugement du 1er mars 2012, le tribunal a :

- constaté la caducité du compromis de vente,*
- retenu l'absence de toute faute imputable à la S.A.R.L. Y., à l'origine de la non-obtention du prêt,*
- débouté la SCI X. de ses demandes,*
- dit que la S.A.R.L. Y. est bien fondée à obtenir la restitution du dépôt de garantie et dit que le notaire devra lui remettre celui-ci, sous déduction de ses frais et débours et sur justification du caractère définitif du jugement,*
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire,*
- condamné la SCI X. à payer à la S.A.R.L. Y. la somme de 2.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,*
- condamné la même aux dépens.*

La SCI X. a interjeté appel de cette décision.

Suivant conclusions signifiées le 22 novembre 2012, elle en poursuit la réformation et demande à la cour, statuant à nouveau, de :

- constater la caducité du compromis de vente,*
- dire que les manquements contractuels commis par la S.A.R.L. Y. sont à l'origine de la défaillance de la condition suspensive d'obtention de prêt,*
- dire en conséquence que le dépôt de garantie doit lui rester acquis,*
- condamner la S.A.R.L. Y. à lui payer la somme de 80.132 € et autoriser maître Z, notaire, à lui remettre cette somme,*
- condamner la S.A.R.L. Y. à lui verser, en outre, la somme de 51.180 €, à titre de dommages et intérêts pour son préjudice financier,*
- débouter la S.A.R.L. Y. de sa demande de dommages et intérêts,*
- la condamner à lui payer la somme de 5.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et la condamner aux dépens.*

La SCI X. ne conteste pas la réalisation, dans le délai imparti, de la condition suspensive relative à l'obtention du permis de construire et de démolir, mais allègue que la S.A.R.L. Y. n'a pas justifié avoir effectué les démarches nécessaires à l'obtention du prêt dans les délais contractuellement fixés, soit avant le 6 mai 2008, et ce malgré les relances qu'elle lui a adressées, que les pièces tardivement produites à cet égard sont contradictoires et semblent avoir été établies pour les besoins de la cause, qu'elles ne justifient que d'une seule demande de prêt et n'établissent pas que celle-ci ait été conforme aux caractéristiques convenues, que la S.A.R.L. Y. n'a pas informé le vendeur, comme l'acte de vente lui en faisait obligation, de l'évolution de ses démarches dans les délais requis, qu'elle n'a pas justifié de l'obtention d'une offre de prêt avant le terme stipulé, que, la condition suspensive ayant défailli, c'est à bon droit que la caducité du compromis a été constatée, que celle-ci est intervenue le 28

novembre 2008, soit 8 jours après la lettre recommandée avec avis de réception du 20 novembre 2008 restée infructueuse, que, compte-tenu des manquements contractuels commis par la S.A.R.L Y, le dépôt de garantie doit rester acquis au vendeur, que, en laissant perdurer la situation, l'intimée a commis une faute qui a entraîné l'immobilisation de l'immeuble en cause pendant plus de deux ans, ce qui lui a causé un préjudice particulier dont elle est fondée à demander l'indemnisation, et que la demande de dommages et intérêts formée par la S.A.R.L. Y. est irrecevable comme nouvelle en cause d'appel.

Suivant conclusions signifiées le 20 novembre 2012, la S.A.R.L. Y. sollicite la confirmation du jugement entrepris, sauf à dire que maître Z devra, au vu d'une copie exécutoire de l'arrêt à intervenir, lui remettre la somme séquestrée. Elle demande, en outre, à la cour de condamner la SCI X. à lui payer la somme de 9.615,84 € à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice financier, de la condamner à lui payer la somme de 5.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de la condamner aux dépens. La S.A.R.L. Y. soutient qu'elle a déposé une demande de prêt à l'agence CIC de BLOIS le 2 mai 2008, que celle-ci répondait très précisément aux caractéristiques spécifiées au compromis de vente, ainsi qu'en atteste la banque dans un document du 6 juin 2011, qu'elle n'a pas obtenu le prêt avant le terme du 29 septembre 2008 fixé à l'acte de vente, que cependant les discussions se sont poursuivies entre les parties dans l'attente d'une réponse favorable de la banque et de la recherche d'un éventuel autre arrangement, que la SCI X. a finalement rompu toutes discussions début 2010, qu'il n'est pas contesté que la promesse de vente est devenue caduque, qu'elle a cependant parfaitement rempli ses obligations, tant en vue de l'obtention du permis de construire qu'en vue de l'obtention du prêt immobilier, qu'elle a déposé un dossier complet et en a justifié dès que la SCI X. l'a demandé, que cette dernière a été tenue informée de l'état d'avancement du dossier, que le compromis de vente est devenu caduc sans qu'aucun manquement fautif ne puisse lui être reproché, que le dépôt de garantie doit lui être restitué, que l'appelante n'est, en tout état de cause, pas fondée à réclamer des dommages et intérêts complémentaires, la clause pénale ayant un caractère forfaitaire et la SCI X. ne justifiant pas du préjudice supplémentaire qu'elle allègue, que le dépôt de garantie aurait dû lui être reversé le 28 novembre 2008, que sa rétention par le vendeur lui a causé un préjudice financier dont elle est fondée à demander réparation, que cette demande est parfaitement recevable en appel, s'agissant d'une demande reconventionnelle et qui constitue l'accessoire, la conséquence ou le complément de la demande principale.

SUR CE, LA COUR :

Sur la condition suspensive d'obtention de permis de construire :

Attendu qu'en application des dispositions du compromis de vente, la demande de permis de construire devait être déposée dans un délai de trois mois à compter de la signature de l'acte (27 décembre 2007) ; Que la S.A.R.L. Y. justifie, par la notification qui lui a été adressée le 2 avril 2008 par la mairie de BOURG-LA-REINE(92), que sa demande a été déposée le 27 mars 2008 et qu'un délai d'instruction de 4 mois, expirant le 27 juillet 2008, a été imposé par l'autorité municipale ; Que ces informations ont été portées à la connaissance de Jean-Pierre C..., gérant de la SCI X, le 15 avril 2008 ; Que le permis de construire a été délivré le 17 juillet 2008 et notifié à la S.A.R.L. Y. le 29 juillet suivant ; Attendu qu'il résulte de ce qui précède que la S.A.R.L. Y. a accompli les démarches qui lui incombaient dans les délais impartis ; Que, eu égard au délai supplémentaire d'instruction de quatre mois imposé par l'autorité municipale, la date du 28 mai 2008, terme fixé au compromis de vente pour la réalisation de la condition suspensive d'obtention du permis de construire, n'a certes pu être respecté ; Que, cependant, le dépassement de ce délai ne peut être imputé à faute à la S.A.R.L. Y, qui ne pouvait que se soumettre à la décision administrative ; Que, en tout état de cause, aucune des parties n'a entendu se prévaloir du non-respect de ce délai pour faire constater la

caducité du compromis de vente ; Que la condition suspensive d'obtention du permis de construire est donc acquise, ce que personne ne conteste ;

Sur la condition suspensive d'obtention de prêt :

Attendu que, aux termes du compromis, la S.A.R.L. Y. s'est obligée à faire toutes démarches nécessaires à l'obtention du prêt, à déposer le dossier complet nécessaire à l'instruction de sa demande et à en justifier auprès du vendeur, dans un délai de 40 jours à compter du dépôt du permis de construire ; Que la réception de l'offre de prêt devait intervenir au plus tard dans un délai de deux mois après l'obtention du permis de construire ; Attendu que, aux termes d'un courrier du 21 octobre 2008, la Banque CIO-BRO a attesté de ce que la S.A.R.L. Y. avait déposé auprès d'elle, le 2 mai 2008, une demande de financement, concernant la réalisation d'un immeuble sur la commune de BOURG-LA-REINE ; Que le dépôt de cette demande est confirmé par une autre lettre de la banque en date du 29 janvier 2009, laquelle précise en outre les pièces annexées, mais ne mentionne pas explicitement les caractéristiques du prêt sollicité ; Que, par lettre du 6 juin 2011, la Banque CIC OUEST reconnaît enfin avoir reçu, le 2 mai 2008, de la S.A.R.L. Y. une demande de prêt, "concernant la promotion de 16 appartements et d'une surface commerciale à BOURG-LA-REINE(92)", ladite demande "précisant les modalités de financement", à savoir : "- montant de 3 millions d'euros, - durée 2 ans, - taux maximum 7 % hors assurance, - garantie privilège de prêteur de deniers avec ou sans hypothèque conventionnelle" ; Que la banque CIC indique que, à cette demande, étaient jointes diverses pièces (statuts et K bis de la S.A.R.L. Y, derniers éléments comptables, compromis de vente, plans, bilan, budget et grille de vente, mode de commercialisation, montant des fonds propres, etc...), représentant un ensemble d'éléments afférents au projet de promotion et aux aspects financiers de l'opération et permettant une étude sérieuse de la demande de financement ; Que les courriers de la Banque CIC, dont rien ne permet de mettre en doute le sérieux et la sincérité, justifient de ce que la S.A.R.L. Y. a accompli les diligences qui lui incombait concernant la demande de prêt, en déposant dans le délai imparti une demande répondant en tous points aux caractéristiques énoncées au compromis de vente ; Que ce dernier, qui vise l'obtention d'un ou plusieurs prêts, n'imposait nullement à la S.A.R.L. Y. de former plusieurs demandes auprès d'organismes différents ; Que, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, le dépôt d'une seule demande, conforme aux spécifications convenues, suffit à justifier de l'exécution des diligences requises ; Attendu qu'il est incontestable que la S.A.R.L. Y. n'a pas obtenu d'offre de prêt dans le délai imparti au compromis de vente, soit avant le 29 septembre 2008 ; Que, la condition suspensive d'obtention de prêt ne s'étant pas réalisée, le compromis est devenu caduc ; Attendu que, pour s'opposer à la restitution du dépôt de garantie, la SCI X. fait encore grief à la S.A.R.L. Y. de ne pas avoir respecté ses obligations en matière d'information ; Que l'intimée ne justifie pas, en effet, avoir, comme le lui enjoignait le compromis de vente, informé le vendeur, par lettre recommandée avec avis de réception adressée dans les trois jours suivant l'expiration du délai de deux mois consécutif à l'obtention du permis de construire, soit au plus tard le 2 octobre 2008, de la non obtention du prêt, l'instruction de la demande par la banque CIC étant toujours en cours à cette date ; Que, cependant, le compromis de vente prévoyait seulement, en pareil cas, la possibilité pour le vendeur de mettre l'acquéreur en demeure de justifier sous huitaine de la réalisation ou de la défaillance de la condition suspensive ; Que la SCI X. n'a usé de cette faculté que par lettre recommandée avec avis de réception du 20 novembre 2008 ; Que la S.A.R.L. Y. a répondu, par lettre du 25 novembre 2008, soit dans le délai de huitaine, qu'elle avait satisfait à toutes les diligences prescrites et qu'elle n'avait à ce jour aucune réponse de la banque ; Qu'un courrier de cette dernière, attestant de ce que la demande de prêt était en cours d'instruction, était d'ailleurs joint à sa réponse ; Que la S.A.R.L. Y, s'adressant tant à la SCI X. qu'au notaire chargé de la vente,

admettait que le compromis de vente était devenu caduc, par suite de la non obtention du prêt dans les délais prévus, et indiquait que, si le vendeur souhaitait mettre fin aux relations, le dépôt de garantie devrait lui être restitué ; Que les courriers échangés entre les parties démontrent cependant qu'elles sont restées en discussion au-delà du mois de novembre 2008, la S.A.R.L. Y. ayant toujours manifesté la volonté de parvenir à un accord en vue de la réalisation de la vente;

Sur le sort du dépôt de garantie :

Attendu que le compromis de vente stipule que : “Au cas où, toutes les conditions relatives à l'exécution des présentes étant remplies, l'une des parties, après avoir été mise en demeure, ne régulariserait pas l'acte authentique et ne satisferait pas aux obligations alors exigibles, elle devra verser à l'autre partie la somme de 160.264 € à titre de clause pénale [...]” ; Que, la condition suspensive de prêt n'ayant pas été réalisée, la clause pénale susvisée ne peut recevoir application ; Attendu, encore, que le compromis stipule que “l'acquéreur ne pourra recouvrer le dépôt de garantie versé, sous déduction des frais et débours pouvant être dus au notaire, que s'il justifie de la non-réalisation, hors sa responsabilité, telle qu'elle est indiquée à l'article 1178 du code civil, de l'une ou l'autre des conditions suspensives ci-dessus énoncées [...]” ; Qu'il résulte des motifs qui précèdent que la non-réalisation de la condition suspensive d'obtention de prêt ne peut être imputée à faute à la S.A.R.L Y, qui a effectué les diligences lui incombant et qui n'a pu obtenir, dans les délais fixés, le prêt demandé, le simple retard d'information n'étant pas de nature, eu égard aux stipulations contractuelles, à entraîner l'application à son encontre des dispositions de l'article 1178 du code civil ; Que c'est, en conséquence, à juste titre que le premier juge a ordonné la restitution du dépôt de garantie à la S.A.R.L. Y. et débouté la SCI X. de ses demandes ; Que le jugement entrepris sera confirmé, sauf à préciser que c'est, sur présentation d'une copie exécutoire du présent arrêt, que maître Z, notaire constitué comme séquestre, devra remettre à la S.A.R.L. Y. le montant du dépôt de garantie, déduction faite de ses frais et débours ; Attendu que la demande de dommages et intérêts formée par la S.A.R.L. Y. en cause d'appel, au titre du préjudice financier résultant de l'immobilisation injustifiée depuis le 28 novembre 2008 des fonds affectés au dépôt de garantie, est recevable, s'agissant d'une demande reconventionnelle, qui constitue, au surplus, l'accessoire, la conséquence ou le complément de la demande principale en restitution dudit dépôt de garantie ; Que le préjudice subi de ce chef sera réparé par l'allocation d'intérêts au taux légal sur les sommes séquestrées, à compter de la demande de restitution formulée par la S.A.R.L. Y. ; Que cette demande doit, à défaut de mise en demeure préalable, être considérée comme ayant été effectuée par les conclusions de première instance du 30 septembre 2011, compte devant, en outre, être tenu de ce que la S.A.R.L. Y. n'a justifié, de manière complète, des caractéristiques de la demande de prêt soumise au CIC que par une lettre de cet organisme en date du 6 juin 2011 ; Que la SCI X. sera donc condamnée au paiement des intérêts moratoires à compter de cette date ; Attendu que la SCI X, qui succombe en son appel, sera, enfin, condamnée aux dépens et au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 € ;

PAR CES MOTIFS :

STATUANT publiquement, contradictoirement et en dernier ressort, CONFIRME en toutes ses dispositions le jugement entrepris, sauf à préciser que maître Z, notaire, devra remettre à la S.A.R.L. Y. le montant du dépôt de garantie séquestré, déduction faite de ses frais et débours, sur présentation d'une copie exécutoire du présent arrêt, Y AJOUTANT, CONDAMNE la SCI X. à payer à la S.A.R.L. Y. les intérêts au taux légal sur la somme restituée, du 30 septembre 2011 jusqu'à la date de restitution,

*CONDAMNE la SCI X. à payer à la S.A.R.L. Y. la somme de TROIS MILLE EUROS (3.000 €), sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
REJETTE le surplus des demandes,
CONDAMNE la SCI X. aux dépens et accorde à maître G... le bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.
[...]*

Commentaire : À propos de la promesse synallagmatique de vente sous conditions suspensives

Est acquise la condition suspensive d'obtention d'un permis de construire malgré le dépassement du délai imparti, lorsque cette circonstance est le fruit d'une décision administrative et ne peut être imputée à l'acquéreur.

En l'absence de stipulations contraires, le dépôt d'une seule demande de prêt, conforme aux spécifications convenues, suffit à justifier de l'exécution des diligences requises. Faute d'avoir obtenu une offre de prêt dans le délai imparti, la condition suspensive d'obtention de prêt ne s'étant pas réalisée, le compromis est devenu caduc.

Lorsque la non-réalisation de la condition suspensive d'obtention de prêt ne peut être imputée à faute à l'acquéreur et que celui-ci a tardé à informer le vendeur, le dépôt de garantie doit lui être restitué, le simple retard d'information de l'acquéreur n'étant pas de nature, eu égard aux stipulations contractuelles, à entraîner l'application à son encontre des dispositions de l'article 1178 du code civil.

Cet arrêt est relatif aux obligations mises à la charge de l'acquéreur par un compromis de vente en matière d'information du vendeur quant aux démarches effectuées afin que soient accomplies les conditions suspensives dans le délai prévu.

En l'espèce, une SCI promet de vendre un ensemble immobilier à une SARL qui s'engage à l'acquérir sous deux conditions suspensives : l'obtention d'une part, d'un permis de construire, d'autre part, d'un prêt. En plus de ces conditions suspensives, il est prévu dans l'acte que l'acquéreur informera le vendeur de ses démarches dans un certain délai.

Un acompte est versé et séquestré entre les mains d'un notaire. L'acquéreur omet d'informer le vendeur sur l'évolution des démarches effectuées pour la demande de permis de construire mais aussi sur la réponse relative à sa demande de prêt. A l'expiration du délai stipulé dans la promesse synallagmatique de vente, l'acquéreur n'informe toujours pas le vendeur puisque sa demande de prêt est toujours en cours de traitement par sa banque. Usant d'une faculté prévue dans l'acte, le vendeur met l'acquéreur en demeure. Ce dernier répond promptement et indique que, à la suite à la non-obtention du prêt dans les délais prévus, la vente est devenue caduque. Malgré cela, les parties continuent leurs pourparlers.

Le vendeur considérant que la condition suspensive d'obtention du prêt ne s'est pas réalisée à cause de l'acheteur, exige que lui soient versés le dépôt de garantie pour sanctionner le manquement contractuel de la SARL et des dommages et intérêts pour réparer son préjudice financier. Il assigne l'acquéreur devant le Tribunal de Grande Instance qui le déboute de sa demande, considérant qu'aucune faute n'est imputable à la SARL. De plus, les premiers juges retiennent la caducité de la promesse de vente et exigent la restitution du dépôt de garantie à l'acquéreur. Le vendeur interjette appel de cette décision.

La Cour d'appel a donc à se prononcer sur le point de savoir si le fait pour l'acquéreur de ne pas avoir respecté son obligation accessoire d'information envers le vendeur constitue une faute susceptible d'engager sa responsabilité.

La Cour d'Appel confirme la décision des premiers juges et retient tout d'abord que si l'acquéreur reconnaît ne pas avoir informé le vendeur dans les délais prévus de la non obtention du prêt c'est parce que l'instruction de la demande par la banque était toujours en

cours à cette date. Au demeurant, elle constate que suite au courrier recommandé du vendeur, l'acquéreur a répondu dans les délais prévus, en lui indiquant qu'il n'avait aucune réponse de sa banque et en y joignant un courrier de celle-ci attestant ses dires. Il a également reconnu la caducité du compromis et sollicité du notaire chargé de la vente, la restitution du dépôt de garantie. Concernant le sort de ce dernier et au vu des éléments indiqués précédemment, les juges considèrent que la non réalisation de la condition suspensive d'obtention du prêt ne peut être imputée à l'acquéreur qui a effectué les diligences nécessaires et que le simple retard d'information n'est pas de nature à entraîner l'application à son encontre de l'article 1178 du Code civil⁹⁴. Le dépôt de garantie doit donc être restitué. La Cour d'appel condamne également le vendeur à verser à l'acquéreur des dommages intérêts en sus des intérêts sur les sommes séquestrées.

Pour les juges, le fait pour l'acquéreur d'avoir déposé une offre conforme aux stipulations contractuelles et dans les délais prévus est suffisant. Le simple retard d'information n'est pas de nature à réputer la condition accomplie en raison du comportement de l'acquéreur. Selon l'article 1178 du Code civil, la condition est réputée accomplie lorsque l'acheteur en empêche la réalisation. Tel est le cas lorsqu'il ne dépose pas de demande de prêt ou ne le fait pas dans les délais prévus. La Cour d'appel d'Orléans s'inscrit d'ailleurs dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation qui juge que la sollicitation de plusieurs banques ne peut être exigée du bénéficiaire que si la promesse le prévoit⁹⁵.

Le non-respect de l'obligation accessoire d'information à laquelle est tenu l'emprunteur n'étant pas sanctionné sur le fondement de l'article 1178 du Code civil, il convient de se demander quelles vont être les conséquences de ce défaut d'information. Il ne peut avoir pour effet d'entraîner la caducité de la vente. Une telle solution avait déjà été affirmée une première fois par une Cour d'appel⁹⁶, avant d'être consacrée par la Cour de cassation⁹⁷. En effet, l'article L. 312-16 du Code de la consommation⁹⁸ a un caractère d'ordre public, ce qui interdit toute stipulation ayant pour effet d'accroître les exigences de ce texte⁹⁹.

Il convient donc de se demander s'il n'aurait pas été plus opportun pour le vendeur d'intenter une action pour non-respect d'une obligation contractuelle en fondant sa requête sur l'article 1147 du Code civil¹⁰⁰ afin d'obtenir le versement de dommages-intérêts. Il est vrai toutefois que, à la suite de la réponse de l'acquéreur, le vendeur avait poursuivi les pourparlers et n'avait pas remis son bien sur le marché, ce qui aurait pu contribuer à contester l'existence d'un préjudice. Il n'y a là toutefois qu'hypothèse : toute obligation doit être exécutée et le choix de la sanction de l'inexécution doit être soigneusement déterminé.

Hyasmine LINSOUSSI, Lorine MOREIRA et Derrick ZOZOUO

⁹⁴ C. civ., art. 1178 : « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ».

⁹⁵ Cass. 1^e civ., 8 déc. 1999 : *Bull. civ.* III, n° 240 ; *Deffrénois* 2000. 254, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 2000, n° 76, note L. Leveneur ; *JCP E* 2001. 270, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 2000. 328, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁹⁶ CA Douai, 30 mai 2011, n° 10/01407.

⁹⁷ Cass 3^e civ., 7 nov. 2007 : *Bull. civ.* III, n° 201 ; *D.* 2007. AJ 3002, obs. N. Rondey (3^e esp.) ; *ibid.* 2008. Chron. C. cass. 1224, n° 4, obs. Nési ; *JCP* 2008. I. 104, n° 1 s., obs. Y.-M. Sérinet ; *JCP N* 2008. 1197, n° 10, obs. S. Piedelièvre ; *Deffrénois* 2007. 1744, obs. E. Savaux (2^e esp.) ; *LPA* 5 févr. 2008, obs. D. Houtcieff (1^{re} esp.) ; *RTD com.* 2008. 157, obs. R. Legeais.

⁹⁸ L'art. L. 312-16 c. consom. prévoit que lorsque la condition suspensive d'obtention du prêt ne s'est pas réalisée, les sommes versées par l'acquéreur lors de la signature du contrat doivent lui être restituées.

⁹⁹ C. consom., art. L. 313-17.

¹⁰⁰ C. civ., art. 1147 : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

3) Attribution préférentielle

Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile, 11 févr. 2013, n° 12/01079

Décision entreprise : Jugement du Tribunal de Grande Instance de Blois, date du 16 févr. 2012

[...]

Monsieur P. père est décédé le 5 janvier 2001, laissant pour lui succéder ses trois enfants : M., N., épouse R, et A., épouse B., ainsi que son épouse, Madame R., laquelle est décédée à Vendôme le 28 octobre 2009, en laissant à sa succession ces trois mêmes enfants.

Le 6 septembre 2010, Madame P. épouse B. a assigné son frère et sa sœur devant le tribunal de grande instance de Blois afin de voir ordonner l'ouverture des opérations de compte liquidation partage de la succession de leur mère, obtenir l'attribution préférentielle des parcelles cadastrées section ZL numéros 25 et 26 sur la commune d'Epuisay et la licitation préalable au partage de la parcelle cadastrée sur la même commune ZL numéro 23. Les défendeurs ne se sont pas opposés à l'ouverture des opérations de compte liquidation partage et à l'attribution à la partie demanderesse de la parcelle ZL 26. Ils ont conclu au rejet de ses autres demandes, sollicité l'ouverture des opérations de liquidation partage de la succession de Monsieur P. fils et l'attribution préférentielle à Monsieur P. de la parcelle ZL 25. Ils ont enfin demandé à être chacun déclaré créancier d'une somme de 15.000 euros sur la succession de leur mère au titre de l'enrichissement sans cause dont aurait bénéficié leur sœur en raison des soins qu'ils ont apportés à Madame veuve P. pendant de nombreuses années.

Par jugement en date du 16 février 2012, le tribunal a ordonné l'ouverture des opérations de compte liquidation partage des successions des époux P., accordé l'attribution préférentielle de la parcelle ZL 26 à Madame P. épouse B. et rejeté les autres demandes des parties en ordonnant l'emploi des dépens en frais privilégiés de partage.

Monsieur P. et Madame P. épouse R. ont interjeté appel de cette décision par déclaration en date du 6 avril 2012.

Les dernières écritures des parties, prises en compte par la cour au titre de l'article 954 du code de procédure civile, ont été déposées le 10 octobre 2012 tant par les appelants que par l'intimée.

Monsieur P. et Madame P. épouse R. concluent à la confirmation du jugement déféré, hormis en ce qu'il a rejeté leurs demandes tendant d'une part à l'attribution préférentielle de la parcelle ZL 25 à Monsieur P., d'autre part à l'octroi, à chacun d'entre eux, de la somme de 15.000 euros à prélever sur la succession de leur mère. Ils sollicitent en outre condamnation de l'intimée à leur verser 3.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile. Après avoir fait valoir que le conseiller de la mise en état était seul compétent pour connaître de la demande de Madame P. épouse B. tendant à voir déclarer irrecevables certaines des pièces qu'ils ont versées aux débats, ils demandent à la cour, si elle se déclare cependant compétente pour connaître de cette demande, de la rejeter mais de "déclarer irrecevables" les pièces communiquées par l'intimée sous les numéros 1 à 15 en dehors des délais qui lui étaient impartis pour conclure. Sur le fond, ils font valoir que la parcelle ZL 25 se trouve dans le prolongement des parcelles ZL 36 et 24 dont Monsieur P. est locataire en vertu d'un bail rural notarié, ce qui justifie l'attribution préférentielle de ce fonds à son profit. Ils affirment enfin qu'ils ont dû seuls gérer le quotidien de leur mère depuis le décès de leur père, l'intimée se désintéressant totalement du bien-être de la défunte.

Madame P. épouse B. demande à la cour d'écarter les pièces numéros 1 à 25 des appelants qui n'ont pas été communiquées simultanément à la notification de leurs conclusions, ainsi

que les pièces 28 à 46 qui n'ont fait l'objet d'aucune signification. Elle conclut à la confirmation du jugement attaqué, hormis en ce qu'il l'a déboutée de sa demande tendant à l'attribution préférentielle de la parcelle ZL 25 et sollicite 1.500 euros de dommages et intérêt en réparation du préjudice moral que lui cause l'appel abusif de ses frère et sœur et 1.500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle fait valoir que la parcelle ZL 25 se trouve en prolongement de son garage situé sur la parcelle ZL 26, et entre les parcelles ZL 24 et 36 qui lui ont été données, et forme avec elles "un "tout cohérent". Elle affirme que son frère, désormais retraité, ne peut se prévaloir d'un bail rural auquel elle n'a pas été partie alors qu'elle était nue propriétaire de la parcelle qu'il prétend exploiter et qui ne figure pas à son parcellaire d'exploitation. Enfin, elle prétend que les appelants ne font pas état de plus de soins apportés à leur mère que ceux exigés par la simple piété filiale et soutient qu'elle a elle-même été aussi présente que possible pour assister Madame veuve P.

CELA ETANT EXPOSE, LA COUR,

Attendu que toutes les parties concluent à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a ordonné l'ouverture des opérations de compte liquidation partage des successions de Monsieur P. et Madame P., rejeté la demande de licitation de la parcelle cadastrée section ZL numéro 23 sur la commune d'Epuisay, et attribué préférentiellement à A. P. la parcelle cadastrée section ZL numéro 26 sur la même commune ;

Attendu qu'aux termes de l'article 914 du code de procédure civile, le conseiller de la mise en état est seul compétent, jusqu'à son dessaisissement, pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable et pour déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910 du même code ;

Que ce texte ne confère donc pas compétence exclusive au conseiller de la mise en état pour statuer sur une demande tendant à voir écarter des pièces du débat ;

Attendu que, si l'article 906 du code de procédure civile précise que "les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées simultanément par l'avocat de chacune des parties à l'autre partie", il n'impose cependant aucun formalisme de communication ;

Qu'il résulte du bordereau en date du 26 juin 2012, délivré par acte du Palais, que les pièces numéros 1 à 27 des appelants ont bien été communiquées le même jour que leurs conclusions, elles aussi signifiées le 26 juin 2012 ;

Que leurs pièces 28 à 46 ont quant à elles été communiquées à Madame P. épouse B. puisqu'elles lui ont été transmises le 5 octobre 2012 par courriel puis une seconde fois par RPVA et qu'il est justifié de leur réception par le conseil de l'intimée ;

Attendu que, les pièces communiquées par cette dernière sous les numéros 1 à 15 n'ont pas été produites dans le délai qui était imparti à l'intimée pour conclure et doivent dès lors être écartées des débats.

Attendu qu'aux termes des articles 831 à 834 du code civil, tout héritier peut demander l'attribution préférentielle de la propriété qui lui sert d'habitation, de celle qui constitue une exploitation agricole à laquelle il participe ou a participé effectivement, ou de celle qui constitue une unité économique avec les parcelles qu'il exploite ;

Qu'il est constant que la parcelle cadastrée ZL numéro 25 sur la commune d'Epuisay n'était ni habitée ou même occupée par Madame P. épouse B., ni exploitée par Monsieur P. ;

Que ce dernier, né en 1948, ne conteste pas ne plus être agriculteur et ne démontre nullement poursuivre une activité professionnelle de sylviculture, la mention d'une telle activité portée de sa main en marge de sa déclaration d'impôts étant dépourvue de toute force probante ;

Qu'il sera au surplus observé que Monsieur P., qui ne précise pas le nombre, la superficie et la localisation des parcelles qu'il exploiterait dans le cadre de son activité de sylviculteur,

n'expose pas en quoi la parcelle ZL 25, en nature de friche et de taillis, serait indispensable à l'unité économique de son exploitation ;

Que c'est dès lors à bon droit qu'après avoir constaté qu'aucun d'eux ne remplit les conditions exigées par le code civil pour solliciter l'attribution préférentielle d'un bien dépendant des successions de leurs parents, le tribunal a débouté Monsieur P. et Madame P. épouse R. de leur demande de ce chef ;

Attendu que pour obtenir paiement au titre d'un enrichissement sans cause de l'intimée, les appelants doivent démontrer que leur propre appauvrissement a entraîné l'enrichissement sans motif de leur sœur ;

Qu'il résulte de l'ensemble des pièces versées aux débats que Madame veuve P. bénéficiait de l'aide de personnel rémunéré mais a cependant été assistée par sa fille Madame P. épouse R. pour la gestion de ses affaires et documents administratifs, ses déplacements et son suivi médical ;

Que, même s'il est certain que l'assistance ainsi apportée, par un seul des trois enfants, a été importante pour le bien-être de la défunte, il est constant que Madame P. épouse R., retraitée et demeurant à proximité de la maison de sa mère, n'a pas accueilli cette dernière à son domicile, n'est pas venue vivre avec elle pour lui permettre de conserver son cadre de vie et n'a pas exposé de dépenses à ses lieu et place ;

Que l'aide qu'elle a apportée à Madame veuve P. ne présente donc aucun caractère exceptionnel excédant la piété filiale et que Madame P. épouse R., ne justifie nullement d'un appauvrissement qui pourrait lui ouvrir droit à indemnisation ;

Attendu que Monsieur P. ne saurait quant à lui fonder une demande d'indemnisation en versant aux débats deux attestations indiquant qu'il s'est "toujours occupé de sa mère" et une liste, établie par ses seuls soins, des travaux de tonte, de traitement des fossés et du menu bricolage qu'il réalisait chaque année au domicile de Madame veuve P., l'examen de cette liste permettant d'ailleurs de vérifier que l'aide qu'il affirme avoir été la sienne a été très limitée et n'excédait nullement celle qu'un fils aimant et voisin de sa mère doit lui apporter lorsqu'elle devient trop âgée pour réaliser de menus travaux d'entretien extérieur et de bricolage ;

Que Monsieur P. ne s'est pas plus que sa sœur Madame P. épouse R. appauvri en aidant Madame veuve P. et que la décision déférée sera également confirmée en ce qu'elle a débouté les appelants de leurs demandes tendant au versement d'une indemnité fondée sur l'existence d'un enrichissement sans cause de Madame P. épouse B. ;

Attendu que Madame P. épouse B., qui a elle-même formé appel incident, ne fait état d'aucun élément caractérisant l'abus d'appel qu'elle reproche à son frère et à sa sœur et sera déboutée de sa demande en paiement de dommages et intérêts ;

Que toutes les parties succombant dans leur appel, il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

STATUANT publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort,

DEBOUTE Madame P. épouse B., de sa demande tendant à voir écarter des débats les pièces communiquées par les appelants sous les numéros 1 à 25 et 28 à 46,

ECARTE des débats les pièces communiquées par l'intimée sous les numéros 1 à 15,

CONFIRME la décision entreprise,

Y AJOUTANT,

DEBOUTE Madame P., épouse B., de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour appel abusif,

DEBOUTE les parties de leurs demandes formées en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel,

DIT que les dépens d'appel seront utilisés en frais privilégiés de partage et qu'il n'y a en conséquence pas lieu d'accorder aux avocats de la cause le bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Commentaire : La mise en œuvre de l'attribution préférentielle et de l'enrichissement sans cause dans un cadre familial

« On appelle famille un groupe d'individus unis par le sang et brouillé par des questions d'argents ». E. Rey ancien sénateur, résume en peu de mots ce qui se passe dans beaucoup de familles.

Le 11 février 2013, la Chambre Civile de la Cour d'Appel d'Orléans a rendu un arrêt qui fait suite à un appel du jugement du Tribunal de Grande Instance de Blois du 6 avril 2012.

Suite au décès de Daniel P. en 2001, son épouse Marguerite R. et ses trois enfants, Michel, Nicole et Annette, lui succèdent. Le conjoint survivant décède en 2009, laissant à sa succession ses trois enfants. La Cour, dans un contexte familial tendu, vient mettre en œuvre deux notions, l'attribution préférentielle et l'enrichissement sans cause.

I) Rejet par la Cour de l'attribution préférentielle

Absence d'unité économique et de participation effective à une exploitation agricole :

Le régime de l'attribution préférentielle est déterminé aux articles 831 à 834 du Code civil. Tout héritier peut demander l'attribution préférentielle de la propriété qui lui sert d'habitation, de celle qui constitue une exploitation à laquelle il participe ou a participé effectivement, ou de celle qui constitue une unité économique avec les parcelles qu'il exploite.

Michel P. réclame l'attribution de la parcelle car elle se trouve dans le prolongement des parcelles dont il est le preneur en vertu d'un bail rural notarié sur le fondement de l'art. 831 du Code civil. Son argument repose sur le fait qu'il a la possibilité de demander l'attribution de toute exploitation agricole, ou partie d'exploitation agricole, constituant une unité économique. La Cour relève cependant qu'il n'exploite pas la parcelle, qu'il ne conteste pas ne plus être agriculteur et que la nature même de la parcelle n'est pas indispensable à son activité. La Cour rejette donc sa demande pour absence d'unité économique entre les parcelles.

Rejet par la Cour « d'un tout cohérent » :

Annette P. demande quant à elle l'attribution de la parcelle car elle se trouve dans le prolongement de son garage, et entre 2 parcelles précédemment données formant selon elle « un tout cohérent ». Elle ajoute que son frère est retraité et qu'il ne peut se prévaloir de son bail rural notarié, qu'elle conteste car elle n'a pas été partie à l'acte authentique, alors même qu'elle est nue propriétaire de la parcelle.

Si la Cour ne s'attarde pas sur cette question, on peut relever que le bail qui a été signé devant notaire aurait dû faire intervenir la veuve usufruitière et les trois enfants nus propriétaires, en application de l'article 595 du Code civil. Ce point n'a pas d'incidence sur la solution rendue par la Cour, mais il laisse entrevoir une faute professionnelle du notaire.

Quoi qu'il en soit, la Cour vérifie que les conditions posées par l'art. 831-2 du Code civil sont bien remplies lequel dispose que « tout héritier copropriétaire peut réclamer l'attribution préférentielle de la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert effectivement

d'habitation». La parcelle n'étant ni habitée ni même occupée par Annette P. l'argument du « tout cohérent » n'est pas recevable.

II) Rejet par la Cour de l'enrichissement sans cause

Rappel du principe:

La Cour de cassation dans un arrêt du 15/06/1892¹⁰¹ a créé une nouvelle catégorie de quasi-contrat, l'enrichissement sans cause. Il permet à une personne qui se serait acquittée sans raison d'une obligation et qui se serait donc appauvrie, de demander à être remboursée par celui qui s'est enrichi à son détriment.

Application *in concreto* par la Cour de l'enrichissement sans cause :

Michel et Nicole P. réclament le paiement d'une indemnité pour l'enrichissement d'Annette P., en raison des soins apportés à leur mère et du désintéressement de leur sœur pour cette dernière.

Nicole a été plus présente que les autres mais cette aide, au vu des lieux de résidence respectifs des enfants, ne relève pas un caractère exceptionnel. La Cour retient que « les quelques travaux d'entretien et de bricolage » réalisés par Michel, constituent une aide très limitée et n'excède en rien celle qu'un fils aimant et voisin de sa mère doit lui apporter. Ils ne se sont pas appauvris.

Dans certaines hypothèses l'appréciation de l'absence de cause peut générer des difficultés. C'est le cas lorsque l'appauvrissement trouve sa source dans l'exécution d'une obligation naturelle ou d'un devoir moral. En principe l'action de *in rem verso* est alors exclue par les juges. Elle peut être invoquée lorsque la prestation accomplie excède les limites du simple devoir moral. C'est ce qu'a retenu la Cour de Cassation « le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents¹⁰² ».

L'enrichissement sans cause n'est donc pas caractérisé et l'action est rejetée. La Cour d'appel motive son refus par la morale et par des règles que l'on pourrait qualifier de « lois naturelles » concernant l'aide que les enfants devraient, dans le cadre de la piété familiale, apporter à leurs parents. Il existe une notion juridique souvent utilisée par la jurisprudence qui est celle du « Bon père de famille ». Par analogie et de manière implicite la Cour nous parle d'un « Bon enfant de famille » à travers l'évocation du « fils aimant et voisin de sa mère ».

Sophie LAFARGUE, Maximilien MAUNOIR et Marc MORIN

4) Libéralités

Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile, 4 févr. 2013, n° 12/00978

Décision entreprise : Tribunal de Grande Instance de Tours, 23 févr. 2012.

¹⁰¹ Cass. req., 15 juin 1892, Boudier c/ Patureau : *D.* 1892. 596.

¹⁰² Cass. 1^e civ, 12 juill. 1994 : *Bull. civ. I*, n° 250 ; *R.*, p. 272 ; *D.* 1995. 623, note Tchendjou ; *JCP* 1995. II. 22425, note A. Sériaux ; *ibid.* I. 3876, n° 4, obs. R. Le Guidec ; *Defrénois* 1994. 1511, note X. Savatier ; *ibid.* 1995. 753, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1995. 373, obs. J. Mestre ; *ibid.* 407, obs. J. Patarin. – *adde*, Cass. 1^e civ., 4 déc. 2013, n° 12-20.260.

[...]

Guy C. est décédé le 29 juin 2009, laissant pour lui succéder son fils unique Pascal C., issu de son union avec Mme L.

En vue de son union avec Patricia H., Guy C. avait, aux termes d'un contrat de mariage du 10 décembre 1993, adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts et fait donation à sa future épouse, pour le cas où elle lui survivrait, de la pleine propriété de ses parts au sein de la SCA X et de l'usufruit de ses parts au sein de la SCI Y.

Aux termes d'un testament du 27 septembre 1995, Guy C. avait légué à son épouse tous les avoirs de ses comptes bancaires personnels, le montant de ses comptes courants figurant au bilan de la SCA X, ainsi que tous les meubles meublants de la SCA et ses véhicules.

Par arrêt confirmatif du 26 octobre 1999, le divorce des époux C./H. a été prononcé aux torts de l'épouse et le partage de la communauté ayant existé entre les époux a été ordonné.

Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 7 février 2002.

Sur le recours en révision formé par Patricia H., la présente Cour a, par arrêt du 17 décembre 2002, rétracté sa précédente décision et prononcé le divorce des époux C./H. à leurs torts partagés, Guy C. étant condamné à verser à son épouse une prestation compensatoire de 50.000 €.

Guy C. a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt, mais s'en est désisté le 17 mars 2003.

Aux termes d'un testament du 18 octobre 2002, Guy C. a annulé tout testament antérieur, puis, par autre testament du 29 décembre 2002, il a révoqué toutes les donations consenties à son ex épouse par le contrat de mariage du 10 décembre 1993.

Les difficultés survenues au cours des opérations de compte, liquidation, partage de la communauté ayant existé entre les époux C./H. ont donné lieu à un jugement du tribunal de grande instance de Tours en date du 25 janvier 2009, partiellement infirmé par un arrêt de la présente cour du 7 février 2011, actuellement frappé d'un pourvoi en cassation.

Par acte du 19 juillet 2010, Patricia H. a fait assigner Pascal C. devant le tribunal de grande instance de Tours, pour voir dire que la donation préuptiale du 10 décembre 1993 est irrévocable, pour voir déclarer nuls, pour insanité d'esprit, les testaments faits par Guy C. les 18 octobre 2002 et 29 décembre 2002 et pour voir appliquer, en conséquence, à la succession les dispositions de la donation précitée et du testament du 27 septembre 1995.

Par jugement du 23 février 2012, le tribunal a débouté Patricia H. de l'ensemble de ses demandes, l'a condamnée à payer à Pascal C. la somme de 3.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et l'a condamnée aux dépens.

Patricia H. a interjeté appel de cette décision.

Suivant conclusions signifiées le 4 juillet 2012, elle en poursuit l'infirmité et reprend devant la cour ses demandes tendant à voir constater l'irrévocabilité de la donation du 10 décembre 1993, à voir prononcer la nullité des testaments des 18 octobre 2002 et 29 décembre 2002 et à voir appliquer à la succession les dispositions de la donation susvisée et du testament du 27 septembre 1995.

Elle demande à la cour d'ordonner, en cas de besoin, avant dire droit :

- la communication de l'entier dossier médical de Guy C. détenu par le CHU de TOURS, pour la période allant de 1999 jusqu'à son décès,

- une expertise judiciaire au vu de ce dossier, à l'effet de rechercher si Guy C. était sain d'esprit au moment de la rédaction des testaments litigieux.

Patricia H. allègue que la donation antérieure au mariage stipulée à l'article 5 de l'acte du 10 décembre 1993 ne constitue pas un avantage matrimonial, qu'elle n'a pas été révoquée de plein droit par l'effet du divorce et qu'elle n'était pas révocable, sauf dans les cas restrictivement énumérés par les articles 953 et suivants du code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006, à savoir inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite, ingratitude ou survenance d'enfants.

Elle soutient, en tout état de cause, qu'au moment où Guy C. a rédigé les testaments des 18 octobre 2002 et 29 décembre 2002, ses facultés étaient déjà gravement altérées, que l'intéressé a, en effet, été placé sous curatelle le 15 novembre 1999, que cette mesure a été convertie en curatelle renforcée le 9 juillet 2002 suite à une aggravation de son état de santé, les constatations médicales effectuées, notamment au cours d'un séjour en établissement psychiatrique en avril et mai 2002, évoquant alors un syndrome confusionnel et un syndrome démentiel le mettant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts, que Guy C. a été décrit par les médecins comme très suggestible, que l'affection dégénérative dont l'intéressé était atteint n'a pu permettre ensuite d'amélioration considérable de ses facultés, que la dégradation progressive de son état a, au contraire, conduit à la mise en place d'une mesure de tutelle le 10 décembre 2007, que la preuve est rapportée que, avant et après les testaments litigieux, Guy C. se trouvait dans un état habituel d'insanité d'esprit, que l'intimé ne démontre pas que les testaments auraient été établis dans un intervalle de lucidité et qu'il convient, à tout le moins, de faire verser aux débats le dossier médical de l'intéressé, voire de recueillir l'avis d'un expert judiciaire sur son état psychiatrique à la période litigieuse.

Patricia H. fait valoir, à titre subsidiaire, qu'aucun acte de révocation de la donation consentie par Guy C. n'a été régularisé par ce dernier et que, en tout état de cause, un tel acte, rédigé à une époque où son auteur ne disposait plus de toutes ses facultés, serait de toutes façons entaché de nullité.

Suivant conclusions signifiées le 28 août 2012, Pascal C. sollicite la confirmation du jugement déféré, la condamnation de Patricia H. à lui verser la somme de 6.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et sa condamnation aux dépens.

Il allègue que Patricia H. ne rapporte pas la preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moment où le testament litigieux a été établi, que Guy C. était atteint depuis les années 2000 de la maladie de Parkinson, que celle-ci se caractérise par l'apparition de troubles essentiellement moteurs d'évolution progressive, mais n'induit pas une insanité d'esprit, que, certes, un épisode de crise au mois d'avril mai 2002 a conduit à la mise en place d'une curatelle renforcée, que l'état du de cujus a cependant évolué favorablement ensuite, ainsi que cela a été constaté par le docteur H. le 23 septembre 2002, puis par le docteur J. le 4 décembre 2003 et par le docteur J. le 23 décembre 2003, que la curatelle renforcée a été levée le 1er mars 2004 et un retour à une curatelle simple prononcé, que Guy C. disposait donc de toutes ses facultés de discernement lorsqu'il a rédigé ses testaments en octobre et décembre 2002, que Patricia H. n'a d'ailleurs jamais évoqué une prétendue altération de ses facultés mentales ni dans le cadre de la procédure de divorce, ni dans celui de l'instance en liquidation partage, et que l'expertise qu'elle sollicite n'a d'autre objet que de pallier sa carence dans l'administration de la preuve qui lui incombe.

Pascal C. soutient que la donation consentie par Guy C. à son épouse, antérieurement à la promulgation de la loi du 26 mai 2004, demeure révocable dans les conditions prévues par l'article 1096 dans sa rédaction antérieure au 1er janvier 2005, qu'il s'agissait d'une libéralité faite pour l'avenir et, donc, toujours révocable, qu'elle a été valablement révoquée par les testaments litigieux, que cette révocation résulte également de l'acte reçu le 9 janvier 2003 par maître B. pour l'établissement duquel Guy C. était assisté de sa curatrice, ainsi que du procès-verbal d'ouverture des opérations de liquidation partage dressé par le même notaire le 10 février 2006, aux termes duquel les époux ont déclaré révoquer la totalité des donations et avantages matrimoniaux qu'ils s'étaient consentis.

SUR CE, LA COUR :

Sur l'irrévocabilité alléguée de la donation du 10 décembre 1993 :

Attendu que c'est à juste titre que le premier juge a dit que la donation consentie par Guy C., aux termes des articles 4 et 5 du contrat de mariage du 10 décembre 1993, était soumise aux

dispositions de l'article 1096 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004 entrée en vigueur le 1er janvier 2005 et à celle du 23 juin 2006 entrée en vigueur le 1er janvier 2007 ;

Que, en vertu des dispositions de l'article 1096 ancien, applicables à la donation dont s'agit, toutes donations faites entre époux pendant le mariage seront toujours révocables ;

Que la révocation peut résulter de tous faits et actes de l'époux donateur révélant son intention non équivoque de révoquer la donation ;

Attendu, en l'espèce, qu'aux termes d'un acte sous seing privé du 29 décembre 2002, déposé entre les mains de maître B. par Guy C., ce dernier a déclaré révoquer toutes les dispositions de donations consenties à madame H. Patricia lors du contrat de mariage du 10 décembre 1993 (article 4, article 5). Ceci est ma volonté, écrit de ma main pour faire valoir ce que de droit' ;

Que la volonté ainsi exprimée par Guy C. de révoquer les donations consenties à Patricia H. est dépourvue de toute équivoque ;

Que cette volonté a été réitérée par Guy C., aux termes d'un acte reçu par le notaire précité le 9 janvier 2003, aux termes duquel l'intéressé, assisté de son curateur, madame Béatrice C., a déclaré révoquer purement et simplement la totalité des avantages matrimoniaux dont bénéficie madame C. née H., en vertu du contrat de mariage [...] ;

Que, aux termes du procès-verbal d'ouverture des opérations de compte, liquidation, partage de la communauté C./H. dressé le 10 février 2006 par le même notaire, les parties étant présentes, il est expressément indiqué au paragraphe Donation entre époux : Les copartageants déclarent révoquer purement et simplement la totalité des donations et avantages matrimoniaux ayant pu être consentis entre eux et sous quelque forme que ce soit, et notamment les avantages matrimoniaux consentis au contrat de mariage du 10 décembre 1993 [...] ;

Attendu que Guy C. a ainsi, expressément et sans la moindre ambiguïté, exercé la faculté qui lui appartenait de révoquer les donations antérieurement consenties à son épouse ;

Que, sous réserve de l'application éventuelle des dispositions de l'article 901 du code civil, qui sera ci-après examinée, la révocation intervenue est donc régulière et doit recevoir effet ;

Sur la nullité pour insanité d'esprit des testaments des 18 octobre 2002 et 29 décembre 2002 :

Attendu que, suivant testament olographe du 18 octobre 2002, Guy C. a déclaré :

Je soussigné monsieur Guy C. déclare par la présente annuler le testament écrit le 27 septembre 1995 au profit de mon ex-femme madame H. Patricia.

J'annule également tous testaments antérieurs que j'aurais pu écrire avant la date de ce jour.

Pour valoir ce que de droit

Fait à Langeais, le 18 octobre 2002

Signature

Que ce testament a été inscrit au Fichier Central des dernières volontés le 18 octobre 2002 et déposé au rang des minutes du notaire liquidateur le 23 juillet 2009 ;

Attendu que, le 29 décembre 2002, Guy C. a rédigé le testament évoqué plus avant, par lequel il révoquait toutes donations et tous avantages consentis à son épouse ;

Attendu qu'il incombe à Patricia H., qui poursuit l'annulation de ces deux testaments, de rapporter la preuve de l'insanité d'esprit du testateur, à la date à laquelle ils ont été établis ;

Que l'intéressée tente de renverser la charge de la preuve en soutenant que Guy C. se trouvait, depuis plusieurs années, dans un état habituel d'insanité d'esprit, de sorte qu'il appartiendrait à Pascal C. d'établir que l'intéressé se trouvait exceptionnellement dans un intervalle de lucidité lors de la confection des testaments litigieux ;

Attendu qu'il résulte des éléments du dossier que Guy C. a été placé sous le régime de la curatelle simple le 15 novembre 1999 ;

Que la mise en place d'un tel régime, qui est seulement d'assistance, et non de représentation, n'interdit pas de tester et ne suffit pas en soi à établir l'insanité d'esprit de la personne protégée ;

Attendu qu'il est justifié de ce que Guy C. a fait l'objet d'une hospitalisation dans un service de psychiatrie du 8 avril au 5 mai 2002 ;

Que le compte rendu de cette hospitalisation, effectué par un interne en médecine, fait état, à l'arrivée du patient, d'un état de confusion avec hallucinations visuelles, de désorientation temporo spatiale et de troubles de la mémoire antérograde ;

Qu'un traitement a été administré et une thérapie entreprise ;

Que l'auteur du bilan évoque un syndrome confusionnel et un syndrome démentiel, tout en s'interrogeant sur une intolérance à l'un des médicaments antérieurement prescrits (Célanche) ;

Attendu que, le 6 mai 2002, le Professeur G., psychiatre, mandaté pour donner un avis sur l'état de Guy C. et sur la transformation éventuelle de la curatelle en tutelle, indique que l'intéressé présente une altération de ses facultés le mettant dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts, que cette altération est partielle, que l'intéressé a une conscience partielle de la valeur de l'argent et que son état actuel justifie la transformation de la curatelle en tutelle ou à la rigueur en curatelle renforcée ;

Que, au vu de cet avis, le juge des tutelles, constatant que l'état de santé de Guy C. s'était aggravé, a transformé la curatelle simple en curatelle renforcée, le 9 juillet 2002 ;

Attendu, cependant, que le 23 septembre 2002, le docteur H., neurologue au CHU de Tours, revoyant l'intéressé en consultation, déclare être agréablement étonné de son comportement et de son état neurologique et indique que le patient est, en effet, parfaitement orienté dans le temps, que les tests de mémoire sont satisfaisants, qu'il n'y a pas d'apraxie constructive, ni d'apraxie gestuelle, que les troubles de la mémoire dont se plaint Guy C. sont liés à des troubles de la concentration et de l'attention mais qu'à l'heure actuelle il n'y a pas d'argument pour l'existence d'une pathologie dégénérative sous-jacente, que l'intéressé est mieux sur un plan général et que l'épisode de mars précédent était probablement lié à un épisode confusionnel vraisemblablement en rapport avec la thérapie ;

Que le docteur Carol J., chef du service de psychiatrie au CHU de Tours, expert près la présente cour d'appel, a examiné Guy C., pour la troisième fois, le 1er décembre 2003, et a relevé que, si le diagnostic de la maladie de Parkinson avait en définitive pu être posé avec certitude, l'état intellectuel du patient s'était amélioré, que persistaient encore quelques discrets éléments anxieux, qu'en revanche le sujet était bien orienté, que sa mémoire était correcte, que la fluidité idéique n'était pas perturbée, que l'on ne relevait pas de troubles graves du jugement ou du raisonnement, ni d'éléments délirant ou hallucinatoire, que, dans ces conditions, l'intéressé était apte à gérer assez largement sa vie quotidienne, qu'il n'était cependant pas opportun de lever purement et simplement la mesure de protection, la réapparition des troubles n'étant pas exclue, qu'il était préférable de maintenir une mesure de protection a minima et que, dans ces conditions, la curatelle simple apparaissait la mieux adaptée ;

Que le docteur J., médecin traitant de Guy C., certifiait le 23 décembre 2003 que celui-ci présentait une maladie de Parkinson, que sa mémoire était préservée, qu'il ne présentait pas de troubles délirants, hallucinatoires ou maniaques, qu'aucune désorientation dans le temps et dans l'espace n'avait été relevée, que, seuls, un ralentissement idéo moteur et un syndrome anxio dépressif, en relation avec sa maladie, avaient été notés et qu'il se rangeait à l'avis du docteur J. pour l'instauration d'une curatelle simple en remplacement de la curatelle renforcée ;

Que, par décision du 1er mars 2004, le juge des tutelles de CHINON, suivant l'avis des médecins précités et constatant que l'état de santé de Guy C. s'était amélioré, a prononcé la mainlevée de la curatelle renforcée et mis en place une mesure de curatelle simple ;

Attendu, enfin, que Guy C. a été définitivement placé sous tutelle le 10 décembre 2007, ensuite de l'aggravation de son état ;

Attendu qu'il résulte des constatations médicales ci-dessus rappelées que, si Guy C. était affecté de la maladie de Parkinson, diagnostiquée de manière certaine en 2003, la dégénérescence occasionnée par cette maladie n'a atteint un stade de gravité suffisant pour le priver de ses facultés intellectuelles et justifier sa mise sous tutelle qu'en 2007, soit cinq ans après la rédaction des testaments litigieux ;

Que, entre-temps, s'il est incontestable que Guy C. a connu un épisode confusionnel et démentiel en avril mai 2002, dont il n'est d'ailleurs pas exclu qu'il soit réactionnel à un traitement médicamenteux, il est tout aussi certain que son état s'est amélioré ensuite, puisque cette amélioration a été constatée successivement par trois médecins différents et qu'elle a justifié la levée de la curatelle renforcée au profit d'une curatelle simple, maintenue à titre de précaution ;

Que cette amélioration est intervenue antérieurement à la rédaction des testaments litigieux, puisque, dès le 23 septembre 2002, le docteur H. constatait une amélioration de l'état général du patient, sa parfaite orientation dans le temps et des tests de mémoire satisfaisants ;

Que l'amélioration décrite ne fût pas seulement ponctuelle, mais a perduré dans le temps, puisqu'elle a été confirmée, en décembre 2003, par les docteurs J. et J. ;

Qu'il ne peut donc être considéré que Guy C. se soit trouvé de manière permanente dans un état d'insanité d'esprit au cours de la période litigieuse ;

Qu'il apparaît, bien au contraire, que, après un épisode ponctuel de confusion au printemps 2002, l'intéressé avait recouvré ses facultés au moment où il a rédigé le testament du 18 octobre 2002 et celui du 29 décembre suivant ;

Que Guy C. a démontré, d'ailleurs, en maintes circonstances qu'il était parfaitement apte à défendre ses intérêts, puisqu'il a, notamment, exercé, le 17 juillet 2002, un recours à l'encontre du jugement le plaçant sous curatelle renforcée, qu'il a réitéré, par devant notaire, sa volonté de révoquer les donations consenties à son épouse, le 9 janvier 2003, et qu'il a comparu en personne devant le même notaire, le 10 février 2006, pour l'ouverture des opérations de compte, liquidation, partage de la communauté C./H., étant observé qu'à cette occasion, Patricia H., également comparante, n'a aucunement mis en cause la capacité de son époux à intervenir dans les opérations ;

Attendu qu'il convient ainsi de constater qu'il n'est pas démontré que, au moment de la rédaction des testaments des 18 octobre et 29 décembre 2002, Guy C. se trouvait en état de démence, au sens de l'article 901 du code civil ;

Qu'il n'appartient pas à la cour de recourir à quelque mesure d'instruction complémentaire que ce soit, laquelle ne ferait que suppléer la carence de Patricia H. dans l'administration de la preuve qui lui incombe ;

Attendu, au surplus, que l'insanité d'esprit alléguée ne résulte en rien des actes eux-mêmes, puisque, à la date d'établissement des testaments, Guy C. était engagé, depuis trois ans, dans une procédure de divorce particulièrement conflictuelle avec Patricia H., de sorte que la révocation des donations et avantages matrimoniaux, conséquence logique de la rupture du lien conjugal, ne présentait alors aucun caractère d'anormalité et se trouvait, bien au contraire, en parfaite cohérence avec la situation personnelle du testateur ;

Attendu que c'est, en conséquence, à bon droit que le premier juge a débouté Patricia H. de l'ensemble de ses demandes ;

Que le jugement sera confirmé en toutes ses dispositions ;

Attendu que Patricia H. qui succombe sera condamnée aux dépens de la présente instance et au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 € ;

PAR CES MOTIFS :

STATUANT publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

CONFIRME en toutes ses dispositions le jugement entrepris,

Y AJOUTANT,

Condamne Patricia H. à payer à Pascal C. la somme de DEUX MILLE CINQ CENTS EUROS (2.500 €), sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

REJETTE le surplus des demandes,

Condamne Patricia H. aux dépens et accorde à la SCP Z le bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

[...]

Commentaire : De la volonté et du consentement en matière de libéralités

Selon un adage, « donner et retenir ne vaut »¹⁰³. Il arrive toutefois que la règle de droit contredise cet adage en admettant la révocabilité d'une libéralité, ainsi que le montre un arrêt du 4 février 2013 rendu par le Cou d'appel d'Orléans.

En l'espèce, en vue de leur prochaine union, M. Guy C. avait consenti une donation sur des biens à venir dans un contrat de mariage le 10 décembre 1993 ; il avait en outre rédigé un testament, deux ans plus tard au profit son épouse Patricia H. En 2002, le divorce a été prononcé aux torts partagés. Le conjoint, alors placé sous le régime de la curatelle simple a été hospitalisé dans un service psychiatrie durant les mois d'avril et mai 2002. Il a ensuite révoqué par testament tout acte antérieur le 18 octobre puis le 29 décembre toutes les donations consenties à son ex-épouse par contrat de mariage. Il est décédé le 29 juin 2009 laissant pour lui succéder son fils Pascal C, né d'une précédente union.

L'ex-épouse a assigné l'héritier de M. C. devant le TGI de Tours pour voir prononcer l'irrévocabilité de la donation pré nuptiale du 10 décembre 1993 ainsi que déclarer nul pour insanité d'esprit les testaments faits par le défunt en 2002. Par acte du 23 février 2012, le tribunal a débouté l'ex conjointe de l'ensemble de ses demandes. Elle a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel d'Orléans.

Mme H. souhaite voir prononcer l'irrévocabilité de droit commun de la donation. De plus, elle estime nuls pour insanité d'esprit les testaments faits par le défunt en 2002. M. Pascal C. allègue que la demanderesse ne rapporte pas la preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moment où les testaments litigieux ont été établis. Concernant la donation, il invoque le régime de l'article 1096 du Code civil dans sa rédaction antérieure au 1^{er} janvier 2005 qui prévoyait la liberté de révocation des donations en cours d'union.

Deux questions sont ici soulevées devant la Cour d'appel. La première est relative à la libre révocabilité des donations consenties au conjoint, la seconde porte sur la preuve de l'insanité d'esprit dans le cadre d'une action en annulation d'un testament.

La Cour d'appel d'Orléans dans son arrêt du 4 février 2013 rejette les demandes de Mme. H en confirmant le jugement du tribunal de Tours. Selon elle, M.C avait la possibilité de révoquer les donations consenties par contrat de mariage à son ex-épouse et il n'est pas prouvé qu'au moment de la rédaction de ses testaments M. C. était atteint d'insanité d'esprit.

I La libre révocation de la donation consentie à l'ex-épouse

¹⁰³ Maxime coutumière, reprise par le juriste Loysel au XVII^{ème} siècle.

La Cour d'appel reprend et valide le jugement du premier juge. Selon elle, la donation consentie par le défunt à son ex épouse était soumise au régime de l'article 1096 du code civil dans sa rédaction antérieure aux réformes de 2004 et 2006, admettant que toutes donations consenties entre époux pendant le mariage sont révocables ad nutum¹⁰⁴.

Cependant, le fondement de cette solution nous semble contestable dans la mesure où il est précisé que la donation avait été consentie par contrat de mariage en vue de l'union entre les deux parties et non en cours d'union. Or, jusqu'à la réforme du divorce de 2004, les donations consenties par contrat de mariage étaient irrévocables, qu'elles portent sur des biens présents ou sur des biens à venir. Cette irrévocabilité s'expliquait par le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Il s'agissait d'empêcher qu'un époux ne puisse librement remettre en cause l'un des piliers de l'union.

C'est sur la base du divorce qu'aurait dû se baser le juge d'appel. En effet, en cas de dissolution du mariage par divorce, le sort des donations entre époux de biens à venir consenties avant le 1er janvier 2005 varie en fonction du type de divorce et de la répartition des torts. En l'espèce, c'est un divorce qui a été prononcé aux torts partagés. Dans ce cas, les époux peuvent convenir de conserver le bénéfice des donations consenties¹⁰⁵ ou au contraire de les révoquer. Ici, il est précisé que le défunt a exprimé sa volonté de révoquer la donation faite à son ex épouse postérieurement au prononcé du divorce dans plusieurs actes. Par conséquent, malgré sa motivation imparfaite à nos yeux, c'est à bon droit que la Cour d'appel a tranché en sa faveur. Dès lors, la requérante n'aura pas plus gain de cause en formant un pourvoi en cassation.

II La preuve de l'absence d'insanité d'esprit lors de la rédaction des testaments

A la suite de l'hospitalisation de M.C pour démence au mois d'avril et mai 2002, sa curatelle a été renforcée. Cette dernière est une mesure de protection juridique qui permet à la personne d'agir seule pour les actes d'administration et qui impose qu'elle soit assistée de son curateur pour les actes de disposition. L'insanité d'esprit et la capacité juridique doivent être distinguées. Le simple fait qu'une curatelle ait été prise n'empêche aucunement la rédaction de testament¹⁰⁶. C'est le fait pour le testateur d'être atteint d'insanité d'esprit durant la rédaction de son testament qui peut entraîner la nullité de ce dernier, qu'il soit sous curatelle ou non.

Le mode de preuve de l'insanité d'esprit est libre. La charge de la preuve de cette dernière repose sur la personne qui l'allègue¹⁰⁷, c'est à dire sur Mme H. C'est au jour de la rédaction du testament qu'une telle preuve doit être rapportée. Mme. H se contente de souligner le séjour à l'hôpital de M.C au cours du mois d'avril et mai 2002 ainsi que son état mental à l'époque. Le médecin qui suivait M.C a toutefois précisé que ce dernier avait retrouvé ses facultés mentales au moment de la conclusion de ses testaments.

C'est pourquoi la Cour d'appel d'Orléans a déclaré par rapport aux preuves rapportées par Mme. H, une absence d'insanité d'esprit pour M.C au moment de la rédaction de ses testaments et confirme le jugement précédemment rendu, déboutant M.H.

Romain LOIZON et Alicia RIVET

5) Responsabilité notariale

¹⁰⁴ Sans que le donateur ait à apporter de motif légitime justifiant sa révocation.

¹⁰⁵ C. civ., art. 267-1 et 268.

¹⁰⁶ C. civ., art. 470.

¹⁰⁷ C. civ., art. 414-1.

Cour d'Appel d'Orléans, Chambre civile, 4 févr. 2013, n° 12/00951

Décision entreprise : Tribunal de Grande Instance d'Orléans, 3 janv. 2012

Maurice H. expose avoir emprunté, dans les années 1970, différentes sommes à son beau-père, Jean D., avec lequel il était en relation d'affaires dans une société P. M. ; il affirme avoir remboursé cette dette lors de la cession de cette société, ce que Jean d. P. a reconnu dans une attestation du 23 novembre 1999, rédigée devant témoins ;

Par ailleurs, Maurice H. affirme avoir prêté à sa sœur, Marie Jeanne H., divorcée B., une somme de 700.000 francs qui ne lui aurait jamais été remboursée ;

A la suite du décès de sa mère Marie C., divorcée H. et remariée avec Jean d. P. et du décès de ce dernier ; Maurice H. s'est trouvé avec son neveu, Michel B., légataire universel, dans l'indivision successorale qui comprenait le château d'A. dans le Loiret et une propriété à Grasse ;

Toujours selon la thèse de Maurice H., Michel B. qui craignait qu'il ne lui demande le remboursement du prêt de 700.000 francs fait à sa mère, lui a proposé un accord qu'il a refusé de signer car il ne mettait pas fin à l'indivision sur les immeubles, ce qui était son souhait le plus cher puisqu'il résidait depuis des années dans le château d'A. et qu'il allait devoir quitter cette demeure dans laquelle il ne disposait que de 2/8 èmes des parts indivises ; qu'il souhaitait donc que l'indivision cesse afin de pouvoir se reloger avec le produit de la vente de la propriété de GRASSE pour laquelle les indivisaires avaient trouvé un acquéreur en la personne d'une société des Philippines, la société J.;

C'est alors que, selon Maurice H., Michel B. s'est livré à un chantage et a menacé de ne pas consentir à cette vente si un accord global avec lui n'était pas signé dans lequel il se reconnaîtrait débiteur d'une somme réduite à 500.000 francs envers la succession de Jean d. P. ;

Maurice H. expose qu'il a alors consulté son notaire, Claude R., notaire associé de la SCP M & R, qui, contrairement à toute attente, lui a conseillé de céder et de signer une note, du 31 janvier 2002, dans laquelle il se reconnaissait débiteur pour 500.000 francs alors que Claude R. savait très bien qu'il n'était plus débiteur de la succession de Jean d. et qu'il lui indiquait que cette reconnaissance de dette n'avait pas d'importance ;

Par la suite, sur la base de cette reconnaissance de dette, il a cédé ses parts d'indivision dans le château d'A. à Michel B., le 15 juillet 2002, en les payant par compensation avec la dette ainsi constituée et, concomitamment, la maison de GRASSE a pu être vendue à la société JEFF;

Maurice H. explique avoir cherché à remettre en cause ces actes en agissant contre Michel B. devant le Tribunal, puis la Cour d'appel de PARIS, et jusqu'en cassation, mais qu'il a été débouté de ses demandes ;

Qu'ayant épuisé ses recours contre son neveu, il a donc décidé d'agir en responsabilité contre Claude R. et la SCP M & R. pour violation de leur obligation de conseil et d'information ;

Par jugement du 13 janvier 2012, le tribunal de grande instance d'Orléans a débouté Maurice H. de ses demandes en le condamnant à payer à ses adversaires 1.500 € de dommages intérêts pour procédure abusive et 3.000 € d'indemnité de procédure ;

Vu les conclusions récapitulatives :

- du 26 juin 2012, pour Maurice H., appelant ;

- du 27 août 2012, pour Claude R. et la S.C.P. M & R. ;

auxquelles la Cour se réfère pour plus ample exposé des moyens et demandes ;

Au soutien de son appel, Maurice H. reprend sa version des faits telle qu'exposée ci-dessus, il reproche au tribunal d'avoir inversé la charge de la preuve et d'avoir méconnu les éléments du dossier en estimant qu'il lui appartenait d'apporter la démonstration que le notaire n'avait

pas rempli son obligation de conseil alors qu'il appartient, au contraire, à celui-ci de prouver qu'il a rempli cette obligation légale et en estimant que cette violation n'était pas démontrée alors que Claude R. l'a formellement reconnu, dans trois lettres des 09 juin 2005, 26 février 2006 et 12 juillet 2006, puisqu'il y avoue qu'il avait eu connaissance de l'attestation de Jean d. du 23 novembre 1999 le libérant de toute dette envers lui et que c'est en connaissance de cet élément qu'il lui avait pourtant conseillé d'écrire la lettre du 31 janvier 2002 en lui indiquant qu'elle n'avait aucune importance ;

Maurice H. reproche donc à Claude R. :

1° - de lui avoir anormalement conseillé de se reconnaître débiteur envers la succession de Jean d. pour une somme réduite à 500.000 francs (76.224,51 €) alors qu'il savait qu'il n'était pas débiteur ;

2° - de ne pas l'avoir informé sur la nature de transaction de l'acte authentique signé le 15 juillet 2002 et sur le fait que l'autorité de chose jugée y était attachée ce qui rendait impossible sa remise en cause ;

3° - de ne pas l'avoir averti qu'il pouvait obtenir la vente de l'immeuble de Grasse par licitation ;

Il fait valoir que son préjudice matériel à la suite des fautes du notaire est constitué par le paiement indu de la somme de 76.224,51 €, par les 4.480,24 € de frais d'appel auxquels il a été condamné dans la procédure contre Michel B., des frais irrépétibles exposés dans cette procédure (5.000 €) et de 30.000 € correspondant aux divers frais exposés par lui pour défendre ses droits contre son neveu depuis 2004 ; il demande, en outre, 20.000 € de dommages intérêts en réparation de son préjudice moral et 10.000 € d'indemnité de procédure ;

Claude R. et la SCP M & R. s'insurgent contre la version des faits présentée par Maurice H. ; ils font valoir qu'en janvier 2002, ce dernier ne contestait nullement être débiteur de la succession de Jean d. P. pour une somme de 734.000 francs en vertu d'un document du 17 février 1999 détenu par Michel B. ; qu'à cette époque, il était pressé de sortir de l'indivision afin de se reloger hors du château d'A. et de payer les droits de succession de sa mère qui étaient devenus exigibles et entraînaient des pénalités ; que c'est dans ce contexte que Claude R. a effectivement conseillé à Maurice H. d'accepter la proposition qui était conforme à ses intérêts puisque cet accord faisait cesser le contentieux avec Michel B. ; que sa dette était réduite à 500.000 francs et que cela débloquent la vente de la propriété de Grasse ; le notaire ajoute qu'à l'époque, le principe de la dette successorale de Maurice H. n'était pas contesté et que les négociations n'ont porté que sur la somme ; qu'il n'a jamais été en connaissance de la lettre du 23 novembre 1999, attribuée à Jean d. P. selon laquelle Maurice H. ne lui devrait plus rien, alors qu'il est évident qu'il n'aurait jamais conseillé à l'appelant de se reconnaître débiteur de 500.000 francs si tel avait été le cas ; il affirme que ce document n'a été porté à sa connaissance qu'en février 2006 quand Maurice H. l'a recontacté pour obtenir une attestation en sa faveur dans le procès qu'il faisait à son neveu et il admet qu'il a eu la complaisance de recopier les écrits que lui envoyait Maurice H. sans imaginer un seul instant qu'il pourrait les utiliser contre lui dans une procédure en responsabilité plusieurs années plus tard ;

Au vu de ces éléments, Claude R. et la SCP M & R. considèrent qu'ils n'ont pas violé leur obligation de conseil, mais au contraire l'ont parfaitement remplie, en janvier et juillet 2002 ; ils invoquent en outre le caractère artificiel du préjudice invoqué en estimant que, tout au plus, il ne pourrait que s'agir d'une perte de chance infinitésimale puisque Maurice H. aurait alors été assigné en paiement de sa dette par Michel B. et qu'il aurait dû prouver qu'il était libéré de cette dette ce qui n'avait quasiment aucune chance de réussir au vu de la note écrite par Jean d. le 23 novembre 1999 puisque cette note, qui ne prouve nullement la libération du débiteur, est dactylographiée, qu'elle a été préparée par Maurice H., qu'elle émane d'un vieillard de 99 ans trois mois avant son placement sous tutelle et après qu'il eut été déjà placé

sous sauvegarde de justice et alors que Maurice H. ne démontre toujours pas avoir effectivement payé sa dette envers d. ; les notaires estiment donc faire l'objet d'une procédure abusive qu'ils assimilent à un coup de "poignard dans le dos" de la part d'un client auquel ils avaient voulu être agréables en attestant en sa faveur ; ils concluent à la confirmation du jugement et à sa condamnation à leur payer 4.500 € de dommages intérêts ;

SUR QUOI LA COUR :

Attendu que pour apprécier l'exécution de son obligation de conseil par le notaire il convient de se placer au jour de l'acte passé par le client qui se prétend lésé ;

Attendu que, pour prétendre établir que Claude R. connaissait l'existence de la lettre de Jean, du 23 novembre 1999, quand il a lui-même reconnu être débiteur de la succession de ce dernier le 31 janvier 2002, Maurice H. se fonde sur des lettres écrites à sa demande, par Claude R., les 09 juin 2005, 26 février 2006 et 12 juillet 2006 ;

Or attendu que non seulement ces lettres ont été écrites à la demande de Maurice H. mais elles ont même été fort inspirées, voire dictées, au notaire par l'appelant ainsi qu'il résulte des correspondances échangées entre les deux parties ; que, dans son courrier du 06 juin 2005 ayant abouti à l'attestation du 09 juin, Maurice H. dictait ainsi au notaire le texte de cette dernière en mentionnant : "le texte est le suivant, la ponctuation est importante" ;

Attendu que la lettre de Claude R. du 09 juin 2005, se borne donc à reproduire servilement les propos dictés par Maurice H. ; qu'on peut y lire notamment : "A l'occasion de votre venue à l'étude le 26 février 2002, vous m'avez montré une lettre sous forme d'attestation datée du 23 novembre 1999, signée par M. d. P. devant témoins vous libérant de toute dette à son égard" ;

Attendu qu'il résulte donc des propres écrits de Maurice H., repris par le notaire, que ce dernier n'a eu connaissance de l'attestation du 23 novembre 1999 qu'à l'occasion d'une visite de Maurice H. à l'étude de Claude R. le 26 février 2002 ; qu'il ne peut donc être reproché à ce dernier d'avoir failli à son obligation de conseil et d'avoir incité Maurice H., le 31 janvier 2002, à donner son accord à la transaction dans laquelle il se reconnaissait débiteur de 500.000 F alors que le notaire n'a eu connaissance de la lettre de d. que près d'un mois plus tard et même postérieurement à la promesse de licitation du château signée en partie dès le 22 février 2002 qui n'est que la concrétisation de l'accord du 31 janvier 2002 ;

Attendu que Maurice H. ne peut donc, sans une certaine mauvaise foi, reprocher, comme il le fait, à Claude R. un mauvais conseil puisqu'il n'est pas démontré qu'à l'époque de la transaction, il contestait sa dette envers la succession de Jean d. P. ;

Attendu que Maurice H. était un industriel ayant déjà, à l'époque, monté et géré plusieurs entreprises ; qu'il était rompu aux affaires et ne peut prétendre avoir été abusé sur la portée de son accord pour être reconnu débiteur de la somme de 500.000 francs alors qu'il tirait un bénéfice immédiat de la transaction passée avec Michel B. puisque sa dette était réduite de 734.000 à 500.000 francs, que la situation de conflit avec celui-ci était ainsi résolue et qu'il parvenait à convaincre ses coindivisaires de céder la villa de Grasse ce qui lui permettait de payer les droits de succession dont il était débiteur et de se reloger ;

Attendu que si Maurice H. est dépité de n'avoir pu remettre en cause les effets de cette transaction dans les procédures qu'il a engagées contre son neveu, il ne peut vouloir en rejeter la responsabilité sur son notaire alors qu'il vient d'être vu que ce dernier ignorait l'existence de la lettre du 23 novembre 1999 quand Maurice H. a accepté la proposition de Michel B. le 31 janvier ; que, dès lors, il ne peut être reproché au notaire de ne pas avoir attiré l'attention de l'appelant sur le caractère transactionnel ayant force de chose jugée de cet accord alors que la dette n'était pas contestée, que l'accord était avantageux pour le client et correspondait à la volonté de celui-ci ;

Attendu, enfin, que Maurice H. ne peut reprocher au notaire de ne pas lui avoir conseillé une licitation pour l'immeuble indivis de Grasse alors qu'il vient d'être vu qu'il était pressé de mettre fin rapidement à l'indivision, ce qu'une procédure de licitation n'aurait pas permis, contrairement à la transaction qu'il a passée laquelle lui a permis d'accélérer le partage et d'accéder à la propriété de son domicile actuel concomitamment de la vente de la propriété de Grasse ; que ce moyen ne saurait donc être retenu et le jugement sera donc confirmé, par ces motifs que la Cour substitue à ceux des premiers juges ;

Attendu que Maurice H., qui ne démontre pas la faute du notaire dans l'exécution de ses obligations, sera débouté de toutes ses demandes contre Claude R. et la SCP M & R. ;

Attendu, en revanche, que le Tribunal fait preuve d'une mansuétude trop grande à l'égard de l'attitude blâmable de Claude R. en accordant à ce dernier la somme de 1.500 € de dommages intérêts pour procédure abusive alors que cet officier public a manqué aux devoirs de sa charge en rédigeant, de manière qu'il qualifie lui-même de "complaisante", des documents travestissant la réalité que, selon ses conclusions, il savait destinés à être produits en justice dans le procès qui opposait Maurice H. à Michel B. ;

Attendu qu'il est, en effet, démontré que non seulement Claude R. a, à trois reprises, recopié servilement les termes que lui dictait Maurice H. dans ses lettres mais encore qu'il y mentionnait des faits dont il invoque, aujourd'hui, l'inexactitude puisqu'il y écrivait qu'il avait eu connaissance de la lettre du 23 novembre 1999 le 26 février 2002 alors qu'aujourd'hui, pour les besoins de sa défense, il affirme que ce n'est qu'en 2005, quand Maurice H. lui a demandé son témoignage, que cette lettre du 23 novembre 1999 lui a été révélée ; qu'en agissant ainsi, Claude R. a prêté le flanc à l'action dont il est aujourd'hui victime et il ne peut prétendre obtenir des dommages intérêts en réparation du dommage que cette action lui fait subir alors qu'il est l'auteur des pièces invoquées contre lui ce qui enlève tout caractère abusif à l'action dont il fait l'objet ; que le jugement sera réformé de ce chef et il sera débouté de cette demande ;

Attendu que Claude R. et la SCP M & R. n'ont pas qualité pour réclamer la condamnation de Maurice H. à une amende civile qui ne leur bénéficierait pas ;

Attendu qu'il n'y a, compte tenu des circonstances de l'espèce, aucune iniquité à laisser supporter aux parties la charge des frais irrépétibles qu'elles ont engagés ; qu'elles seront donc déboutées de leurs demandes d'indemnité de procédure ;

PAR CES MOTIFS :

VU l'article 1382 du code civil ;

CONFIRME le jugement entrepris sauf en ce qu'il a condamné Maurice H. à payer à Claude R. et à la SCP M & R. 1.500 € de dommages intérêts pour procédure abusive ;

DEBOUTE Claude R. et la SCP M & R. de cette demande ;

DEBOUTE les parties de leurs autres demandes non contraires ;

DIT que chacune des parties conservera la charge des frais exposés en appel.

[...]

Commentaire : À propos des contours de l'obligation de conseil du notaire

Dans les années 1970, M. H. a emprunté 734 000 frs à son beau-père puis l'a remboursé, ce que celui-ci a confirmé dans une attestation du 23 novembre 1999. A la suite des décès de sa mère puis de son beau-père, M. H. s'est trouvé dans l'indivision successorale¹⁰⁸ avec son neveu. Ce dernier aurait menacé M. H. de ralentir le partage en refusant la vente des biens de la succession afin qu'il signe un accord global le déclarant débiteur de 500 000 frs envers la

¹⁰⁸ Comprenant le château d'A. dans le Loiret et une propriété dans les Alpes-Maritimes.

succession. M. H. dit avoir consulté son notaire qui lui aurait conseillé de signer une reconnaissance de dette le 31 janvier 2002.

M. H. a agi jusqu'en cassation contre son neveu. Ses demandes étant infructueuses, il a assigné son notaire au titre de sa responsabilité pour violation de son obligation de conseil et d'information. Le 13 janvier 2012, le TGI d'Orléans l'a débouté de ses demandes¹⁰⁹. Il a interjeté appel, reprochant au tribunal d'inverser la charge de la preuve et d'ignorer des éléments du dossier. Plus précisément, il considère que la notaire a commis une faute en lui conseillant de signer une reconnaissance alors même que, comme établi par trois lettres¹¹⁰, le notaire avait eu connaissance de l'attestation rédigée par le défunt valant quittance.

Le notaire conteste ces faits et soutient qu'en janvier 2002, M. H. ne contestait pas être débiteur de 734 000 frs envers la succession et qu'il souhaitait sortir rapidement de l'indivision. C'est dans cet objectif qu'il lui a conseillé de signer ladite reconnaissance de dette, mettant fin à l'indivision et réduisant sa dette à 500 000 frs. En effet, le neveu subordonnait la vente des biens indivis à la signature de la reconnaissance de dette et, par cet acte, M. H. ne se reconnaissait débiteur que de 500 000 frs au lieu de 734 000 frs. Le notaire indique qu'il n'aurait jamais eu connaissance de la lettre du défunt, libérant M. H., avant février 2006, date à laquelle M. H. le recontacta pour obtenir une attestation en sa faveur dans le procès contre son neveu. C'est par complaisance qu'il accepta de recopier les écrits envoyés par M. H.

La Cour d'Appel d'Orléans devait se prononcer sur le point de savoir si le notaire avait rempli son obligation de conseil.

Elle indique que « [...] pour apprécier l'exécution de son obligation de conseil par le notaire il convient de se placer au jour de l'acte passé par le client qui se prétend lésé ». Pour appliquer cette règle, elle s'intéresse aux faits.

Elle écarte l'idée que les trois lettres écrites par le notaire prouvent qu'il savait que M. H. avait été libéré de sa dette en 1999. En effet, elle constate que ces attestations ont été « fortement inspirées, voire dictées » par M. H. dans des correspondances. Celles-ci montrent que le notaire n'a eu connaissance de l'attestation du défunt qu'après avoir délivré son conseil. Donc il ne peut lui être reproché d'avoir failli à son obligation de conseil alors même que M. H. lui avait caché des données importantes. La Cour souligne que, sans cette information, le conseil donné par le notaire était conforme aux intérêts de M. H.¹¹¹. Aussi, elle s'appuie sur le fait que celui-ci soit un industriel rompu aux affaires pour dire qu'il n'a pas pu être abusé sur la portée de son accord signé le 31 janvier 2002.

Par ces motifs, la Cour d'appel affirme que le notaire a exécuté son obligation de conseil, confirme la solution du TGI¹¹² et déboute M. H. de toutes ses demandes.

Selon cette décision, il ne peut être valablement reproché à un notaire de ne pas avoir respecté son obligation de conseil lorsque ce dernier ignorait des informations essentielles à l'opération. La Cour affirme ici que l'obligation de conseil du notaire est remplie dès lors que ce dernier atteint les objectifs fixés par le client et qu'il ne peut ensuite lui être reproché de ne pas avoir tenu compte d'éléments qu'il était en droit d'ignorer lorsque le conseil a été prodigué.

¹⁰⁹ Monsieur H. a été condamné à payer 1 500 euros de dommages intérêts à Maître R. pour procédure abusive et 3 000 euros d'indemnité de procédure.

¹¹⁰ Du 9 juin 2005, 26 février 2006 et 12 juillet 2006.

¹¹¹ Sortir de l'indivision, se reloger, baisser le montant de sa dette de 734 000 frs à 500 000 frs.

¹¹² Sauf en ce qu'il a accordé 1 500 euros de dommages intérêts au notaire pour procédure abusive alors que celui-ci a manqué aux devoirs de sa charge en rédigeant des attestations non conformes à la réalité des faits. Il ne peut donc prétendre à des dommages intérêts « en réparation du dommage que cette action lui fait subir alors qu'il est l'auteur des pièces invoquées contre lui ce qui enlève tout caractère abusif à l'action dont il fait l'objet ».

Cette solution semble en accord avec la jurisprudence actuelle. Elle doit être approuvée car une solution contraire aurait été dangereuse pour les professionnels dans la mesure où ils ne peuvent pas savoir ce que le client décide de taire. Autrement dit, il semble justifié de tenir le client, restant silencieux sur des informations essentielles, comme seul responsable des suites des opérations lorsque ces suites défavorables ont pour seule cause la rétention d'informations.

Alexis DURUPT, Roxane LAGLBAUER et Jessica ROUSSEAU

6) Droit de passage

Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile, 4 févr. 2013, n° 12/01032

Décision entreprise : Tribunal de Grande Instance de Montargis, 16 janv. 2012

Monsieur Frédéric Y. et son épouse, Madame Delphine B., ont acquis le 19 décembre 2000 de Monsieur Alain X. et de sa sœur, Madame Nicole X., épouse Z., un immeuble d'habitation sis 34, rue G. à Montargis. Cet immeuble, construit sur toute la largeur d'une parcelle cadastrée section AN numéro 517, comporte, à l'arrière, une cour clôturée de murs sur trois côtés et donnant au fond sur une rivière. On ne peut donc accéder à cette cour qu'en traversant plusieurs pièces de l'immeuble d'habitation ou en y pénétrant directement par une porte qui ouvre sur un passage couvert d'une largeur d'environ trois mètres, propriété de Monsieur Alain X. et de son épouse, Madame Marie-Claude A, ce passage aboutissant à un portail double donnant sur la rue G.

L'acte authentique de vente, auquel est intervenue l'épouse de Monsieur Alain X., comprend une clause indiquant que les vendeurs reconnaissent aux acquéreurs un droit de passage "par le porche leur appartenant cadastré section AN numéro 518 pour une contenance de 38 centiares constituant le lot numéro un de l'état descriptif de division du 27 octobre 2000" décrit comme comprenant un passage couvert avec une courette, cadastrée section AN 518 dont l'accès se fait par la rue G. (...), ce droit de passage pouvant s'exercer "en tous temps et à toute heure personnellement par Monsieur et Madame Y. à pied pour le passage de bicyclettes, voitures d'enfants, tondeuses à gazon et matériel de jardin matériaux de construction, terre et végétaux" et devant s'éteindre "le jour où Monsieur et Madame Y. ne seront plus propriétaires de l'immeuble ».

Faisant valoir que l'utilisation de ce droit de passage entraîne de multiples conflits avec leurs voisins qui encombrant systématiquement le passage couvert en y stationnant leur véhicule et en y déposant divers objets. Monsieur et Madame Y. ont, les 23 et 31 mars 2009, assigné Monsieur et Madame X. et Madame Z devant le tribunal de grande instance de Montargis afin de voir constater l'état d'enclave de leur parcelle cadastrée section AN 517, voir rétablir le caractère commun du passage, ou, subsidiairement, obtenir la constitution d'une servitude de passage sur la parcelle AN 158 appartenant aux détenteurs en faisant interdiction à ces derniers d'entraver leur passage. Ils ont en outre réclamé l'enlèvement de tous les matériaux ancrés dans le mur situé sous le porche et le versement de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice de jouissance ainsi que paiement d'une indemnité de procédure. Les consorts X se sont opposés à ces demandes au motif qu'il n'existe aucune enclave, puisque les époux Y. bénéficient d'une servitude de passage conventionnelle, et ont reconventionnellement sollicité versement de 10.000 euros de dommages et intérêts et de 3.500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par ordonnance en date du 15 janvier 2010, le juge de la mise en état a constaté le désistement des époux Y. de l'ensemble de leurs demandes formées à rencontre de Madame Z et a ordonné une expertise confiée à Monsieur D. qui a déposé son rapport le 11 août 2010.

Par jugement en date du 16 janvier 2012, le tribunal a dit qu'il n'existe pas d'enclave du fait de l'existence d'un droit de passage conventionnel, constaté que ce droit a été concédé sur la totalité de la parcelle AN 518, enjoint sous astreinte aux époux X. de laisser ce passage entièrement libre et de remettre aux demandeurs les clefs du verrou de la porte cochère, débouté les parties de leurs demandes en paiement de dommages et intérêts et alloué une indemnité de procédure aux époux Y..

Monsieur et Madame X. ont interjeté appel de cette décision par déclaration en date du 3 avril 2012.

Les dernières écritures des parties, prises en compte par la cour au titre de l'article 954 du code de procédure civile, ont été déposées :

- le 10 octobre 2012 par les appelants,

- le 14 novembre 2012 par les intimés.

Monsieur et Madame X., qui concluent à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a jugé qu'il n'existe pas d'état d'enclave du fait de l'existence d'un droit de passage conventionnel, sollicitent son infirmation en ce qu'il a décidé que l'assiette de ce passage est constituée de la totalité de la parcelle AN 518 et a rejeté leur demande en paiement de dommages et intérêts. Ils demandent à la cour de juger que le droit de passage s'exercera du côté où le trajet est le plus court pour aller du porche à la grille de la courette de la parcelle AN 517, ledit trajet étant fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fond duquel il est accordé, de désigner, aux frais de Monsieur et Madame Y., Monsieur D. pour fixer l'assiette de ce droit, et de leur allouer 20.000 euros à titre de dommages et intérêts et 6.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile. Ils soulignent que Monsieur Y., avocat, a pu sans problème analyser l'acte authentique qu'il a signé et qui ne définit nullement, contrairement à ce qu'a retenu l'expert judiciaire, l'assiette du droit de passage dont bénéficient les acquéreurs, laquelle ne peut être constituée de l'intégralité de la parcelle 158 dont ils ont conservé l'entière propriété, notamment aux fins de l'utiliser comme garage.

Monsieur et Madame Y. concluent à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a retenu que le droit de passage devait avoir son assiette sur l'intégralité de la parcelle 158 mais à son infirmation en ce qu'il a écarté l'état d'enclave de leur fonds, a rejeté leur demande en paiement de dommages et intérêts et a limité à 30 euros l'indemnisation de chaque atteinte portée à leur droit de passage. Ils demandent à la cour de constater l'état d'enclave de leur immeuble et de reconnaître l'existence d'une servitude légale de passage s'exerçant sur la totalité de la parcelle 518, d'assortir l'interdiction d'entraver ce passage d'une amende de 1.500 euros par infraction constatée, d'ordonner la publication du présent arrêt à la conservation des hypothèques et de condamner les appelants à leur verser 20.000 euros à titre de dommages et intérêts outre une indemnité de procédure de 7.000 euros. Ils font valoir que l'expertise judiciaire a permis de découvrir que la parcelle AN 518 n'appartenait pas aux consorts X mais constituait un passage commun aux propriétés des parties, ce qui leur a été volontairement caché par leurs vendeurs, Monsieur X., ancien notaire et agent immobilier, ayant de mauvaise foi réduit leurs droits en ne leur consentant qu'un droit de passage strictement personnel sur cette parcelle. Ils affirment qu'un tel droit ne fait pas cesser l'état d'enclave de leur fonds puisqu'il s'éteindra lorsqu'ils cesseront d'être propriétaires de l'immeuble. Enfin, ils rappellent que leurs voisins n'ont eu de cesse de leur rendre la vie impossible en les insultant à chacun de leurs passages, en apposant des affichettes grossières sous le porche, en urinant sur le portail et en leur adressant des appels téléphoniques malveillants.

CELA ETANT EXPOSE, LA COUR,

Attendu qu'il est constant que Monsieur Alain X. et sa sœur, Madame Nicole Z., tenaient leurs droits de leurs parents, Monsieur et Madame Gérard X., qui ont tout d'abord acquis l'immeuble situé 34 rue G. ne bénéficiant d'aucune servitude de passage mais comprenant "un passage commun" avec le propriétaire de l'immeuble situé au numéro 32 de cette même rue ;

Que ce passage, aujourd'hui cadastré AN 518, est celui décrit ci-dessus comme étant couvert et aboutissant jusqu'à la rue G. ;

Que Monsieur et Madame Gérard X. sont ensuite devenus propriétaires de l'immeuble situé 32 rue G. et que l'ancien passage commun a donc été inclus dans un fonds unique ;

Qu'ensuite du décès de leurs parents, Alain X. et Nicole Z. ont procédé à des opérations de partage le 27 octobre 2000 et ont attribué à Alain X. l'entière propriété de ce passage, qui a donc été rattaché à l'immeuble cadastré 519 sis au numéro 32 de la rue G. conservé par Monsieur X., et que ce n'est qu'ensuite que l'immeuble situé au numéro 34 et cadastré 517, a été vendu par l'appelant et par sa sœur aux intimés ;

Attendu qu'il résulte indubitablement des titres des parties que Monsieur et Madame Gérard X., auteurs de Monsieur et Madame Y., n'ont jamais bénéficié d'une quelconque servitude de passage sur le fonds du numéro 32 mais que les propriétaires des immeubles sis 32 et 34 rue G. étaient propriétaires indivis du passage d'environ trois mètres de largeur situé entre leurs deux parcelles et ouvrant sur la voie publique ;

Que les époux Y. ne peuvent, sans confondre propriété indivise et servitude de passage, réclamer que soit reconnue leur propriété commune de la parcelle 518 en se fondant sur les dispositions de l'article 690 du code civil interdisant au propriétaire d'un fonds enclavé de renoncer, avant de vendre son fonds, à la servitude de passage conventionnelle qui lui a été reconnue ;

Que le propriétaire d'un fonds unique constitué antérieurement de plusieurs fonds différents peut revendre une partie du nouveau fonds en procédant à un découpage des parcelles différent de celui d'origine, et que Monsieur Alain X. et sa sœur pouvaient parfaitement décider de rattacher exclusivement, à l'immeuble conservé par l'appelant, le passage auparavant commun avec l'immeuble vendu aux époux Y., lesquels n'ont pu se méprendre sur la consistance du fonds qu'ils acquéraient ;

Que le tribunal n'ayant pas examiné la demande de reconnaissance d'une propriété commune qui lui avait été présentée, sans que les consorts Y ne sollicitent cependant la réparation d'une omission de statuer, il convient d'ajouter à la décision déférée en déboutant les intimés de leur demande tendant à voir reconnaître leur droit de propriété indivis sur le passage litigieux ;

Attendu que si les appelants font à juste titre valoir qu'en acceptant d'acquérir l'immeuble sis 34 rue G., Monsieur et Madame Y. ont été parfaitement informés du droit de passage qui leur était consenti, ils ne sauraient cependant prétendre que cette information caractérise la renonciation de leurs cocontractants à réclamer le bénéfice d'une servitude légale de passage ;

Qu'en effet, nul ne peut renoncer tacitement à un droit qui lui est reconnu par la loi et que, contrairement à ce qu'a indiqué Maître C., notaire, aux appelants, les époux Y., qui n'ont jamais indiqué qu'ils accepteraient de se contenter d'un droit de passage personnel, sont parfaitement fondés, sans qu'un abus ne puisse leur être reproché, à faire valoir l'état d'enclave de leur bien si les droits conventionnellement consentis se révèlent insuffisants pour faire cesser l'enclavement ;

Attendu qu'aux termes de l'article 682 du code civil, il existe un état d'enclave lorsque l'accès à un fonds ne permet pas d'en assurer une desserte suffisante ;

Qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que la cour située derrière l'immeuble bâti des époux Y. n'est pas accessible sans traverser plusieurs pièces de la maison et parvenir dans la véranda qui débouche à l'extérieur par un escalier en pierre de plusieurs marches, ce qui, à l'évidence, ne permet pas une desserte normale du jardin et de l'arrière de l'immeuble pour assurer leur entretien et caractérise un état d'enclave ;

Attendu que, parfaitement conscients que le fonds vendu était partiellement enclavé, Monsieur X. et son épouse ont cependant cru suffisant de consentir aux acquéreurs un droit de passage personnel sur le passage désormais rattaché à leur propriété ;

Qu'ils ont fait une application particulièrement rigoureuse du droit qu'ils avaient ainsi consenti puisqu'ils ont expressément interdit le passage de l'employée de maison des époux Y. et celui d'ouvriers intervenant à l'arrière de la maison de leurs voisins, contraignant ces ouvriers à abandonner le matériel qu'ils entendaient faire transiter par le passage, ce qui revenait à exiger que Monsieur et Madame Y. portent eux-mêmes, sur toute la longueur du passage, les outils et l'ensemble des matériaux nécessaires au chantier ;

Qu'en prétendant avoir consenti "une servitude de passage" aux intimés, les appelants opèrent une confusion entre une telle servitude, qui est un droit réel et perpétuel attaché à un fonds, et un droit de passage exclusivement consenti à une ou plusieurs personnes, qui est un droit personnel et temporaire qui cesse lorsque la personne auquel il est accordé décède ou cesse d'être propriétaire ;

Qu'il est dès lors impossible, de retenir que le "droit de passage" extrêmement limité accordé par les époux X. aux seuls acquéreurs permet d'assurer la desserte normale de la cour vendue alors même que les vendeurs excluent totalement, d'une part qu'une autre personne que les intimés puisse en bénéficier, d'autre part qu'il soit transmis aux futurs propriétaires du fonds mais qu'il doit au contraire être constaté qu'en restreignant volontairement le droit de passage accordé aux époux Y., Monsieur et Madame X. ont été à l'origine de l'enclavement du fonds vendu par Alain X. et par sa sœur ;

Qu'il convient dès lors d'infirmer la décision déférée et de juger que, le fonds acquis étant partiellement enclavé, les intimés sont fondés à solliciter l'application des dispositions des articles 682 et suivants du code civil et à voir déterminer l'assiette de la servitude de passage légale dont ils sont bénéficiaires ;

Attendu que les époux Y. réclament à bon droit l'application des dispositions de l'article 684 du même code qui prévoient que, si l'enclave résulte de la division d'un fonds par la suite d'une vente ou d'un partage, comme c'est le cas en l'espèce, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de cet acte, étant au surplus observé qu'en tout état de cause, la cour des intimés ne peut être desservie que par le passage cadastré AN 518 désormais rattaché au fonds X ;

Qu'il résulte des opérations d'expertise que ce passage a une largeur totale de 2,98 mètres qui apparaît nécessaire à la desserte normale de la cour, notamment pour assurer la circulation d'une tondeuse auto-portée ou le passage de matériaux, et que c'est sans aucun fondement que les appelants prétendent voir réduire ce passage à une largeur de un mètre qui, très insuffisante pour assurer un désenclavement complet, ne peut être retenue que lorsque les actes respectifs des parties la prévoient expressément ;

Attendu que le dispositif des conclusions des époux Y. est affecté d'une erreur manifeste puisqu'il réclame la constitution "au profit de Monsieur et Madame Y." d'une servitude de passage dont ils sollicitent par ailleurs la publication, une telle servitude ne pouvant être reconnue qu'au profit de leur fonds et non à leur profit personnel ;

Qu'il n'y a pas plus lieu de reprendre les quinze lignes de ce dispositif citant tous ceux qui auront le droit d'user de cette servitude, une telle énumération étant antinomique avec la reconnaissance d'un droit réel ;

Attendu cependant, qu'aux termes de l'article 682 du code civil, le propriétaire dont le fonds est enclavé est fondé à réclamer un passage suffisant sur le fonds de son voisin « à charge d'une indemnité proportionnelle au dommage qu'il peut occasionner » ;

Que, malgré cette disposition légale dont le caractère impératif est régulièrement rappelé par la Cour de Cassation, les époux Y. ne formulent aucune proposition au titre d'une telle indemnité qui n'a pas plus été subsidiairement réclamée par les époux X. ;

Qu'il convient dès lors d'ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur ce point ;

Attendu que l'existence d'une servitude légale de passage n'ayant été reconnue que par le présent arrêt, les intimés ne peuvent solliciter réparation que du seul préjudice résultant d'entraves apportées à l'exercice du droit de passage personnel qui leur avait été consenti et qu'ils ne sauraient donc prétendre à une quelconque indemnisation résultant du refus de Monsieur et Madame X. de laisser circuler des tiers sur l'assiette du passage avant le 4 février 2013 ;

Attendu qu'il sera rappelé que l'acte authentique de vente accordait aux époux Y. "par le porche leur appartenant cadastré section AN numéro 518 pour une contenance de 38 centiares constituant le lot numéro un de l'état descriptif de division du 27 octobre 2000, un droit de passage pouvant s'exercer en tous temps et à toute heure personnellement par Monsieur et Madame Y. à pied pour le passage de bicyclettes, voitures d'enfants, tondeuses à gazon et matériel de jardin, matériaux de construction, terre et végétaux " ;

Que, rien, dans l'acte de vente ne limitait la largeur du passage accordé aux intimés, mais qu'il y est au contraire indiqué que la parcelle AN numéro 518 avait une contenance de 38 centiares, une telle mention n'ayant aucune utilité si ce n'est pour préciser l'assiette du droit de passage conventionnellement consenti ;

Que cette assiette est encore confirmée par la remise, lors de la vente, par Monsieur et Madame X. aux époux Y., de la clef du portail ouvrant sur toute la largeur du passage et non de la seule clef du portillon ne permettant qu'un passage réduit d'environ un mètre de largeur ;

Que c'est donc en contradiction totale avec ces dispositions contractuelles que Maître C a cru pouvoir donner à Monsieur et Madame X. le conseil "d'user librement et à leur guise" de la parcelle AN 518 sur laquelle les époux Y. " n'ont aucun droit réel et ne pourraient "tout au plus solliciter qu'un passage d'une largeur d'un mètre maximum" sans tenir compte du droit de passage personnel que les vendeurs avaient reconnu aux acquéreurs sur tout le passage litigieux ;

Attendu qu'il est constant, puisque cela résulte de leurs propres courriers et des constats dressés par huissiers de justice, tant à leur demande qu'à celle des époux Y. que Monsieur et Madame X. ont, au mépris de leurs engagements constatés par acte authentique :

- stationné leur véhicule, à de multiples reprises, le plus souvent en biais ou au milieu du passage, ce qui réduisait considérablement la liberté d'aller et venir de leurs voisins sur l'assiette de ce passage,

- accusé à de multiples reprises les époux Y. et leurs enfants d'avoir endommagé leurs véhicules et déposé plainte pour ces faits qui ne résultaient que du non-respect de leurs propres engagements et de l'obstruction apportée au passage de personnes encombrées de vélos ou de sacs ;

- affirmé qu'ils n'avaient accordé « qu'une simple tolérance de passage » et avaient en conséquence le droit d'utiliser le porche comme garage, leurs voisins devant attendre l'enlèvement de leur voiture avant de faire passer des vélos ou objets pouvant rayer leur véhicule,

- apposé sous le porche, le 10 janvier 2004, une affichette mentionnant: "au cas où de nouvelles rayures apparaîtraient sur notre voiture, au cas où des désordres seraient à nouveau constatés sous notre porche, poubelles ou sacs déplacés, cartons de protections ôtés. nous serons contraints et forcés de condamner le passage sous le porche tant que notre voiture y sera stationnée »

- équipée le portail d'un verrou dont ils n'ont pas remis la clef aux époux Y. ;

Que ces agissements ont indubitablement causé à ces derniers, pendant plus de 8 années, une atteinte à la jouissance de leur droit de passage qui sera réparée par l'octroi d'une somme de 4.000 euros à titre de dommages et intérêts ;

Attendu que Monsieur et Madame X. reprochent sans aucune pertinence aux intimés de "mettre leurs petits-enfants en danger" en refusant de fermer le portillon à clef à chacun de leurs passages alors que ces enfants ne peuvent accéder à ce portillon qu'en franchissant préalablement le portail de l'immeuble de leurs grands- parents, qui peut parfaitement être fermé à clef, et que le portillon litigieux ne peut ouvrir de l'extérieur sans la clef ;

Qu'il est impossible, au regard des excès autoritaires et colériques des deux parties, de déterminer quelle est celle qui a éventré des sacs poubelles ou dégradé le groom équipant le portillon ;

Qu'il est cependant établi, par les attestations versées aux débats, que Monsieur Y. a lui-même stationné une fois son véhicule sous le porche et que Madame Y. s'est à plusieurs reprises montrée insultante et agressive envers Monsieur et Madame X., ce qui a causé à ces derniers un préjudice moral justifiant l'octroi d'une somme de 500 euros à titre de dommages et intérêts ;

Attendu que les photographies versées aux débats par les appelants pour convaincre la cour qu'ils peuvent sans problème stationner leur véhicule sous le passage couvert, et qui montrent Monsieur X. portant une petite table carrée, poussant une brouette, puis une tondeuse à main à côté de leur voiture, conduisent, à l'inverse de l'effet recherché, à constater que l'espace réduit laissé à coté de ce véhicule ne permet pas tels passages sans risques manifestes de rayures ou de heurts et n'autorise pas la circulation d'une tondeuse auto-portée ou d'ouvriers transportant du matériel ;

Qu'il est constant que l'usage privatif du porche par les époux X. porterait atteinte à l'usage normal de la servitude légale qui a désormais été reconnue au fonds de leurs voisins et qu'il convient de faire droit à la demande de ces derniers tendant à voir enjoindre sous astreinte aux appelants de laisser le passage / libre ;

Que l'astreinte de 30 euros par infraction constatée prononcée par le tribunal apparaît peu dissuasive mais que le montant de 1.500 euros sollicitée par les intimés est manifestement disproportionné, ce qui conduit à fixer le montant de cette astreinte à 100 euros ;

Attendu qu'il n'est pas contesté par les intimés que Monsieur et Madame X. leur ont désormais, en application de l'exécution provisoire assortissant le jugement attaqué, remis la clef du verrou placé sur le portail ;

Attendu qu'il convient de surseoir à statuer sur les dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et sur les dépens étant précisé que, les parties ayant été invitées à s'expliquer sur ce point, les frais de l'expertise ordonnée par le juge de la mise en état seront inclus dans les dépens de première instance ;

PAR CES MOTIFS

STATUANT publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort, INFIRME la décision entreprise, hormis en ses dispositions sur les frais irrépétibles et sur les dépens, STATUANT À NOUVEAU sur les autres chefs de la décision,

DEBOUTE Monsieur Frédéric Y. et son épouse. Madame Delphine B., de leur demande tendant à se voir juger propriétaires indivis, avec Monsieur Alain X. et son épouse, Madame Marie-Claude A, du passage cadastré section AN numéro 518 sur la commune de MONTARGIS,

CONSTATE l'état d'enclave partiel de la parcelle cadastrée section AN numéro 517 sur la commune de Montargis,

DIT que le fonds cadastré section AN 517 bénéficie, en raison de cet état d'enclave, d'une servitude légale de passage qui a son assiette sur l'intégralité de la parcelle cadastrée section AN numéro 518 sur la même commune,

ORDONNE la publication de ces dispositions au bureau de la conservation des hypothèques dont dépendent le fonds dominant et le fonds servant à la diligence et aux frais des époux Y.,

CONDAMNE in solidum Monsieur Alain X. et son épouse, Madame Marie-Claude A, à verser à Monsieur Frédéric Y. et à son épouse, Madame Delphine B., ensemble, la somme de 4.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du trouble apporté à l'exercice du droit de passage personnel qui leur a été conventionnellement consenti dans l'acte authentique de vente en date du 19 décembre 2000,

CONDAMNE in solidum Monsieur Frédéric Y. et son épouse. Madame Delphine B., à verser à Monsieur Alain X. et à son épouse. Madame Marie-Claude A, ensemble, la somme de 500 euros de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice moral,

ENJOINT à Monsieur Alain X. et à son épouse, Madame Marie-Claude A, de laisser entièrement libre la parcelle AN numéro 518, assiette de la servitude légale de passage dont bénéficie le fonds AN 157, et ce sous astreinte de 100 euros par infraction constatée,

CONSTATE que Monsieur Alain X. et à son épouse, Madame Marie-Claude A, ont désormais remis à Monsieur Frédéric Y. et à son épouse Madame Delphine B., les clefs du verrou de la porte cochère située au bout de l'assiette de la servitude de passage et donnant accès à la voie publique,

AVANT DIRE DROIT sur l'indemnité devant être versée par les époux Y. aux époux X. en application de l'article 682 du code civil, ORDONNE la réouverture des débats afin de permettre aux parties de s'expliquer sur ce point et de formuler toute demande ou proposition,

ORDONNE le renvoi du dossier à l'audience de mise en état en date du 14 Février 2013 à 14 h 30 pour fixation d'un nouveau calendrier de procédure,

SURSOIT À STATUER sur les frais irrépétibles ainsi que sur les dépens de première instance et d'appel.

[...]

Commentaire : De l'incidence d'un droit conventionnel de passage sur l'état d'enclave exigé pour établir une servitude légale

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel d'Orléans le 04 février 2013 se prononce sur la distinction entre droit conventionnel de passage et servitude légale de passage. Il se livre ainsi à un exercice de qualification digne d'intérêt.

En l'espèce, les époux G. ont réalisé l'acquisition d'un bien immobilier auprès des époux B., le 19 décembre 2000. Dans l'acte authentique de vente, les vendeurs consentent aux acquéreurs un droit de passage sur une parcelle qui leur appartient.

Par la suite, les acquéreurs font état de l'encombrement du passage et, à ce titre, intentent une action en justice aux fins de faire constater l'état d'enclave de leur terrain. Leur objectif est d'établir le caractère commun du passage ou, à défaut, de voir reconnue une servitude de passage.

Le jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Montargis refuse de constater l'état d'enclave en raison de l'existence d'un droit de passage conventionnel, qui porte sur la totalité de la parcelle.

En appel, la Cour d'Orléans est ainsi amené à se prononcer sur le point de savoir si le non-respect d'un droit de passage conventionnel peut constituer un état d'enclave et ainsi entraîner l'établissement d'une servitude légale de passage ?

Elle répond par la négative : constatant la situation d'enclave partielle, elle fait de la parcelle objet du litige l'assiette d'une servitude légale.

Cet arrêt est intéressant dans la mesure où il porte un regard particulier sur la notion d'enclave (I) et sur les conditions relatives à la qualification de servitude (II).

I- L'appréciation de l'état d'enclave

La notion d'enclave est définie à l'article 682 du Code civil : il y a enclave lorsque l'accès à un fonds ne permet pas d'en assurer une desserte suffisante.

La caractérisation de l'enclave est appréciée souverainement par les juridictions du fond, d'après l'état des lieux et les circonstances de la cause.

En l'espèce, les époux B. ont fait une application rigoureuse du passage conventionnel et extrêmement limitée, précisant que c'était une tolérance de passage. De fait, ils utilisaient le porche pour le stationnement de leurs voitures. De plus, ils excluaient totalement qu'une autre personne puisse en bénéficier : notamment, les employés des acquéreurs ne pouvaient pas utiliser ce passage pour transporter du matériel.

La cour d'appel constate que la largeur du passage est insuffisante pour assurer un désenclavement du fonds. L'état d'enclave résulte de l'absence de desserte complète du fonds et ainsi il existe un droit de réclamer une servitude légale de passage.

II- La primauté de la qualification de servitude sur le droit de passage

La Cour d'appel consacre clairement la primauté de la servitude de passage sur le droit conventionnel de passage en soulevant la nature différente de ces droits tout en laissant planer quelques ambiguïtés dans son raisonnement.

Tout d'abord, la cour d'appel invoque l'article 684 du Code civil. Cet article dispose que si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage comme c'est le cas en l'espèce, le passage peut être demandé mais seulement sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes.

En l'espèce, l'existence de la servitude de passage est provoquée en premier lieu par l'atteinte du droit conventionnel de passage par les propriétaires de la parcelle mais également par le caractère personnel du droit de passage n'autorisant le passage qu'aux seuls propriétaires.

Cette solution peut alors paraître ambiguë sur le plan théorique au regard de deux raisonnements envisageables.

D'après une première analyse, la servitude de passage, selon l'article 682 du Code civil, est établie lorsque le propriétaire dont le fond est enclavé et n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante. Cet article consacre donc la nécessité de l'existence d'une enclave pour que soit constituée une servitude de passage. Or, un droit conventionnel de passage suffisant permettant en l'espèce la circulation de véhicules et l'entretien par l'accès d'ouvriers aurait supprimé l'enclave et le fonds n'aurait pu être qualifié de fonds enclavé. Ainsi, selon ce raisonnement, un droit conventionnel de passage appliqué largement par les propriétaires du fonds empêcherait la qualification de servitude de passage, faute de l'existence d'une enclave.

La seconde analyse s'appuie sur la différence de nature entre le droit conventionnel de passage et de la servitude de passage, le premier étant personnel et temporaire, alors que le second est un droit réel et perpétuel. Il ressort de l'arrêt que les deux droits peuvent coexister et qu'une servitude de passage peut être établie, nonobstant l'existence d'un droit conventionnel de passage.

Au-delà, l'exercice de qualification prend parfois une autre tournure lorsqu'il convient de distinguer entre servitude, qui profite à un fonds, et droit conventionnel de passage, qui profite à une personne. Mais c'est là une autre question¹¹³.

Loïc JARRY, Elie LACASSIN et Ugo MARY

7) Concubinage

Cour d'Appel d'Orléans, Chambre civile, 11 févr. 2013, n° 12/00607

Décision entreprise : Tribunal de Grande Instance d'Orléans, 03 janv. 2012

[...]

Monsieur Y. et Madame Z qui avaient, en mars 2006, au cours de leur vie commune, acquis conjointement un véhicule Volkswagen Touran neuf, se sont séparés en septembre 2008.

Faisant valoir qu'elle a seule payé ce véhicule conservé par Monsieur Y., Madame Z a assigné ce dernier le 20 septembre 2010 devant le tribunal de grande instance d'Orléans afin de le voir condamné à lui rembourser la somme de 13.890,40 euros avec intérêts au taux légal à compter du 7 mai 2010.

Par jugement en date 27 février 2012, le tribunal, après avoir déclaré irrecevables les écritures en réplique du défendeur, a débouté Madame Z de cette demande.

La demanderesse a interjeté appel de cette décision par déclaration en date du 24 février 2012.

Les dernières écritures des parties, prises en compte par la cour au titre de l'article 954 du code de procédure civile, ont été déposées :

- le 8 octobre 2012 par l'appelante,*
- le 10 octobre 2012 par l'intimé.*

Madame Z, qui conclut à l'infirmité de la décision entreprise, demande à la cour de faire entièrement droit à son acte introductif d'instance et de condamner l'intimé à lui verser une indemnité de procédure de 2.500 euros. Elle expose que, vivant en concubinage avec Monsieur Y., elle se trouvait dans l'impossibilité morale de lui faire signer une reconnaissance de dette mais affirme qu'elle démontre que le prix du véhicule a été payé comptant 25.310 euros au moyen de retraits de ses comptes d'épargne et de son compte courant et souligne qu'elle produit désormais copie d'un chèque de 20.000 euros émis à l'ordre de Monsieur Y. quatre jours avant l'achat du véhicule. Elle soutient que son ancien compagnon a commencé à rembourser le prêt qu'elle lui a consenti en lui donnant un véhicule automobile d'une valeur de 5.400 euros et en lui versant deux mensualités d'un montant total de 4.000 euros. Elle précise enfin que son père atteste qu'elle a payé la voiture conservée par Monsieur Y. et s'étonne que celui-ci ne s'explique nullement sur les motifs des deux versements qu'il a opérés à son profit après leur séparation.

Monsieur Y. conclut à la confirmation du jugement déféré et à la condamnation de l'appelante à lui verser 3.000 euros de dommages et intérêts pour procédure abusive et 3.000 euros au titre des frais irrépétibles d'appel. Il soutient que son ancienne compagne ne lui a jamais prêté la moindre somme, qu'il n'a d'ailleurs signé aucun écrit constatant un prêt, et souligne que les pièces bancaires produites ne permettent pas de vérifier l'usage des virements ou versements qui y sont détaillés et que la photocopie d'un chèque de 20.000 euros émis le 20 mars 2006 à son ordre ne démontre pas qu'il est tenu à un quelconque paiement, l'appelante renversant la charge de la preuve en lui demandant de justifier de ce qu'il ne

¹¹³ Cass. 3^e civ., 19 déc. 2012 : n° 11-27.219

devait pas rembourser les sommes ayant éventuellement servi à financer le véhicule qu'il a conservé. Il affirme enfin qu'il n'a jamais remis à Madame Z. deux chèques d'un montant total 4.000 euros en remboursement d'un quelconque prêt.

CELA ETANT EXPOSE, LA COUR :

Attendu que, si aux termes de l'article 1341 du code civil, un écrit doit être passé pour tout prêt d'une somme d'argent supérieure à 5000 euros, l'article 1348 du même code exclut l'application de cette règle lorsqu'une des parties n'a pas eu la possibilité morale de se procurer une telle preuve littérale ;

Qu'en l'espèce, Madame Z était la compagne de Monsieur Y. depuis plusieurs années à la date à laquelle serait intervenu le prêt litigieux, et qu'au regard des liens d'affection l'unissant à l'intimé avec lequel elle cohabitait, il sera retenu qu'elle était dans l'impossibilité morale d'exiger la signature, par son concubin, d'une reconnaissance de dette et qu'elle peut donc rapporter par tous moyens la preuve du prêt qu'elle invoque ;

Attendu qu'il est constant que Monsieur Y. a commandé, le 18 février 2006, un véhicule Volkswagen Touran neuf et a versé un acompte immédiat de 1.000 euros, le solde du prix de 25.310 euros devant être payé au moyen d'un chèque de banque remis au vendeur lors de la livraison, laquelle est intervenue fin mars 2006 ;

Qu'il est tout aussi démontré que l'acompte de 1.000 euros a été réglé au moyen de la reprise du véhicule Toyota appartenant à Madame Z ;

Que cette dernière soutient avoir réglé seule le solde du prix du véhicule neuf, et, pour le démontrer, verse aux débats le relevé :

- de son livret A qui fait apparaître un retrait de 15.311,57 euros le 20 mars 2006,
- de son CEL qui fait apparaître un retrait de 665 euros le même jour,
- de son LEP qui fait apparaître un retrait de 4.041,43 euros le même jour,
- de son CEL qui fait apparaître un chèque de banque de 600 euros émis le même jour ;

Qu'elle produit en outre :

- un autre de ses relevés LEP qui fait apparaître un retrait par chèque de banque le 13 mai 2006 pour un montant de 1.682,40 euros,
- la photocopie d'un chèque de banque émis le 20 mars 2006 à hauteur de 20.000 euros à l'ordre de Monsieur Y.,
- un courrier de sa banque attestant que ce dernier chèque provient de retraits effectués sur ses comptes épargne ;

Attendu qu'il résulte de ces pièces que, contrairement à ce que soutient Monsieur Y., son ancienne compagne lui a bien remis des fonds en mars 2006 mais que, contrairement à ce que prétend Madame Z, l'intégralité des sommes retirées de ses comptes épargne n'a pas été remise à l'intimé puisque le chèque de banque tiré sur son LEP le 13 mai 2006 n'a pu servir à régler le véhicule payé comptant à la fin du mois de mars précédent et que, sur le chèque de banque de 600 euros tiré, à son propre nom et non à celui de l'intimé, sur son CEL, figure la mention remboursement de prêt portée par l'établissement bancaire ;

Qu'il est donc établi que Madame Z a remis à Monsieur Y., le 20 mai 2006, la somme totale de 20.000 euros et qu'il lui appartient en conséquence de démontrer que la remise d'une somme de 21.000 euros (chèque de banque + acompte) constituait un prêt qui ne lui a jamais été remboursé ;

Attendu que Madame Z ne peut, pour ce faire, se fonder sur la simultanéité de la remise de ces fonds et de l'achat d'un véhicule neuf par son compagnon d'alors puisque, s'il est constant que la somme de 21.000 euros a bien permis de participer à l'achat du véhicule Volkswagen Touran, cette circonstance ne permet pas de présumer l'existence d'un prêt, Monsieur Y. faisant à bon droit observer que sa compagne a pu opérer paiement en remboursement de dépenses communes qu'il avait auparavant assurées ou qu'il devait assurer ;

Que, contrairement à ce que prétend l'appelante, il ne saurait être reproché à l'intimé de ne produire aucune pièce sur ces charges communes puisqu'en application de l'article 1315 du code civil, il appartient exclusivement à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver ;

Attendu par ailleurs que les concubins, qui vivaient ensemble depuis plusieurs années lors de l'acquisition du véhicule litigieux, se sont séparés en septembre 2008, soit près de deux années après cette acquisition, et que Madame Z a bénéficié de l'usage du véhicule litigieux pendant ces deux années à l'issue desquelles le véhicule s'était nécessairement déprécié ;

Qu'il est démontré que, lors de la séparation, Monsieur Y. a gracieusement cédé à l'appelante un autre véhicule d'une valeur de 5.400 euros et que les parties se sont amiablement arrangées sur le partage des meubles et des comptes bancaires en novembre 2008 ;

Qu'il est surprenant, au regard de cet accord amiable, que Madame Z n'ait pas demandé à Monsieur Y., après estimation commune de la valeur des biens qu'elle conservait, de signer une reconnaissance de dette pour le solde des sommes qu'elle soutient lui avoir prêtées sans avoir obtenu remboursement ;

Que Monsieur Y. fait valoir que le silence de son ancienne compagne pendant 18 mois démontre que le partage opéré lors de la séparation soldait entièrement les comptes de la vie commune tandis que, pour expliquer avoir réclamé pour la première fois paiement en mai 2010, l'appelante soutient quant à elle que son ancien compagnon aurait commencé à la rembourser ;

Mais attendu que le dernier remboursement dont elle fait état date de janvier 2009, ce qui n'explique pas une absence de réclamation jusqu'en mai 2010 ;

Que, surtout, l'appelante prétend apporter la preuve de deux remboursements opérés par Monsieur Y. en versant aux débats des relevés du compte LED ouvert au nom de son père, Monsieur X., sur lesquels apparaissent les encaissements de deux chèques de 2.000 euros les 26 novembre 2008 et 27 janvier 2009 ;

Que, bien que le tribunal lui ait déjà fait observer que ces pièces ne permettent pas de vérifier quels ont été les émetteurs de ces chèques, elle ne produit pas, devant la cour, la copie de ces effets mais se borne à verser aux débats une attestation de son père qui certifie qu'elle a prêté de l'argent à Monsieur Y. pour l'achat d'un véhicule et précise que les deux chèques susvisés émanent l'un de l'intimé, l'autre de la mère de celui-ci, ce qui est contesté par Monsieur Y. ;

Que l'attestation de Monsieur X. ne saurait, en raison des liens l'unissant à l'une des parties, suppléer un document bancaire permettant de vérifier les noms des émetteurs de deux chèques établis, de manière peu cohérente et pour des raisons qui n'ont pas été exposées à la cour, non à l'ordre de l'appelante mais à celui du témoin, et qui ont été encaissés par ce dernier qui ne justifie nullement avoir ensuite reversé 4.000 euros à sa fille ;

Que le témoignage de Monsieur X. doit d'autant plus être écarté des débats qu'il est erroné puisqu'il indique également que l'intimé avait donné sa voiture Golf à sa fille mais que cette dernière a dû la lui racheter à leur séparation ce qui est inexact, l'appelante reconnaissant elle-même que ce véhicule lui a bien été cédé gracieusement par Monsieur Y. ;

Que les pièces versées aux débats par Madame Z sont dès lors très insuffisantes pour lui permettre d'apporter la preuve qui lui incombe de ce que Monsieur Y. est débiteur, envers elle, d'une somme de 21.000 euros qui lui aurait été prêtée en mars 2006, ce qui conduit à confirmer entièrement le jugement déféré ;

Attendu que Monsieur Y., qui ne fait état d'aucun élément caractérisant l'abus de procédure qu'il reproche à l'appelante, sera débouté de sa demande en paiement de dommages et intérêts ;

Qu'il convient de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel ;

PAR CES MOTIFS

*STATUANT publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort,
CONFIRME la décision entreprise,
Y AJOUTANT,
DEBOUTE Monsieur Y. de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour procédure abusive,
CONDAMNE Madame Z à payer à Monsieur Y. la somme de 2.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
CONDAMNE Madame Z aux dépens d'appel,
ACCORDE à la SCP..., avocat, le bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.
(...)*

Commentaire : La preuve d'une créance entre concubins

La célèbre maxime de Bonaparte « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux » reflète l'inexistence d'un régime de juridique pour un tel mode de conjugalité. L'union libre est sans contrainte tant que l'entente dure. Mais bien souvent les concubins regrettent de ne pas avoir anticipé les difficultés inhérentes à leur rupture lorsqu'ils doivent faire face à des obstacles probatoires au moment de la liquidation de leurs intérêts.

Cette absence de précaution est à l'origine de l'arrêt du 11 février 2013 rendu par la Cour d'appel d'Orléans. En l'espèce, des concubins ont acquis conjointement au cours de leur vie commune un véhicule automobile. Deux années après leur séparation, la concubine revendique le remboursement de la somme ayant servi à l'acquisition dudit véhicule, qu'elle a seule financé, et qui a été conservé par son ex-concubin. Elle assigne ainsi ce dernier le 20 septembre 2010 devant le TGI d'Orléans. Ayant été déboutée par un jugement du 27 février 2012, elle interjette appel. Elle prétend que le prix du véhicule a été payé comptant au moyen de retraits sur ses comptes épargne et de son compte courant. Elle invoque l'existence d'un prêt au profit de son ex-concubin et se prévaut de l'impossibilité morale de lui faire signer une reconnaissance de dette.

L'ex-concubin conclut à la confirmation du jugement en affirmant qu'il n'a jamais bénéficié d'un quelconque prêt de la part de son ex-concubine. Selon lui, les pièces bancaires fournies ne permettent pas de vérifier l'usage des virements ou versements. N'ayant signé aucune reconnaissance de dette, il estime n'être tenu à aucun paiement.

Il s'agit donc de savoir si, en présence d'une impossibilité morale, la remise de fonds entre concubins peut être justifiée par des écritures en compte d'un montant équivalent à la dette.

La Cour d'appel d'Orléans dans son arrêt du 11 février 2013 conclut que les pièces fournies par la demanderesse sont très insuffisantes pour lui permettre d'apporter la preuve lui incombant, que le défendeur est débiteur d'une somme de 21.000€ qui lui aurait été prêtée en mars 2006. A cet effet, l'appréciation de l'impossibilité morale d'exiger une reconnaissance de dette est soumise au pouvoir souverain des juges du fond (I). Il n'en reste pas moins que la preuve de l'existence d'un prêt doit être apportée (II).

I - L'impossibilité morale soumise au pouvoir d'appréciation des juges du fond : l'exception à l'exigence d'une preuve littérale

« Au regard des liens d'affection l'unissant à l'intimé [...] elle était dans l'impossibilité morale d'exiger la signature [...] d'une reconnaissance de dette ». Ainsi, les juges du fond se fondent sur l'exception au principe de l'exigence d'une preuve écrite pour « toutes choses excédant une somme ou une valeur » de 1500 euros de l'article 1341 du Code civil. Ils retiennent l'impossibilité morale de se préconstituer une preuve littérale en présence de liens d'affection, de parenté, d'amitié ou d'usages entre les parties, sur le fondement de l'article 1348 du Code civil. La solution retenue n'est pas surprenante au vu de la jurisprudence antérieure constante

en matière d'impossibilité morale entre concubins. Un arrêt de la troisième Chambre civile du 24 octobre 1972 affirme que les juges du fond apprécient souverainement la réalité d'une impossibilité morale¹¹⁴. Ce fondement laisse place à une grande souplesse quant à l'appréciation des faits. Cette liberté est source d'insécurité pour les parties dont les situations sont appréciées au cas par cas.

Pour autant, cette liberté n'est pas complète.

L'impossibilité morale implique en effet traditionnellement deux vérifications : d'une part, il faut un certain type de relations, justifiant qu'il soit délicat de demander un écrit et, d'autre part, il faut que les juges caractérisent que cette relation a bien généré une contrainte telle qu'il était impossible de demander un écrit.

La Cour de cassation exige ainsi depuis un arrêt de la première Chambre civile du 10 octobre 1984 que « les juges du fond sont tenus de chercher les circonstances particulières d'où résultait l'impossibilité morale par une concubine de se procurer un écrit constatant un prêt à son concubin »¹¹⁵. Or dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel d'Orléans s'est bornée à relever l'existence de liens d'affection sans rechercher l'existence de circonstances particulières ; elle ne souligne aucun élément supplémentaire motivant sa solution. L'arrêt est donc critiquable de ce point de vue. Il paraît d'ailleurs assez isolé dans la mesure où les juges du fond ont pris l'habitude, à la suite de l'arrêt de 1984 de tenir compte de la durée du concubinage, de l'effectivité de la relation, afin d'apprécier la réalité de l'empêchement moral de se préconstituer une preuve écrite. Dans la même veine, la Cour de cassation considère le seul fait de vivre en concubinage n'emporte pas en soi une impossibilité morale de se procurer un écrit¹¹⁶. Le lien d'affection entre les concubins semble être insuffisant pour retenir une impossibilité morale.

Il n'en reste pas moins que dès lors que l'impossibilité morale est retenue par le juge, la preuve se libère et peut être apportée par tous moyens. Ainsi, les juges offrent une chance à l'appelante de prouver par tous moyens l'existence d'un prêt conclu avec son ex-concubin.

II - La preuve de l'existence d'un prêt

Nonobstant l'impossibilité morale de se procurer un écrit, il n'en reste pas moins que la demanderesse doit prouver la remise de fonds à son ex-concubin ayant servi à l'acquisition du véhicule¹¹⁷. De nombreux arrêts¹¹⁸ sont venus rappeler les règles applicables en la matière à savoir que la charge de la preuve de l'existence du prêt incombe au prêteur. La preuve du prêt par tous moyens requiert la réunion de deux éléments; un élément matériel, la remise effective de fonds, et un élément intentionnel du prêt, la somme d'argent doit avoir été remise à charge de remboursement par le prêteur. En l'espèce, la preuve de l'élément matériel a été rapportée à l'aide de relevés bancaires, de photocopies, de chèques et d'un témoignage. L'élément intentionnel reste à établir. La Cour d'appel annonce que la simultanéité de la remise des fonds et l'achat du véhicule ne permet pas de présumer l'existence d'un prêt. Les éléments rapportés ne démontrent pas l'intention de la concubine d'avancer cette somme à charge de remboursement, notamment, elle se prévaut vainement de deux chèques qui lui auraient été remis par son ancien compagnon à titre de remboursement du prétendu prêt. Les pièces fournies par la demanderesse pour justifier le remboursement de la somme de 21.000 euros étant insuffisantes, cette dernière est déboutée par la Cour d'appel d'Orléans.

Clémentine BOSC, Claire REGIMBART et Sabrina VINCENT

¹¹⁴ Cass. 3^e civ., 24 oct. 1972 : *Bull. civ.* III, n^o 540.

¹¹⁵ Cass. 1^e, 10 oct. 1984 : *Gaz. Pal.* 1985. 1. 186, note J. M. ; *RTD civ.* 1985. 733, obs. J. Mestre.

¹¹⁶ En ce sens, Cass. 1^e civ., 8 juin 2004 : n^o 02-10.492.

¹¹⁷ C. civ. art. 1315 al.1^{er} : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. »

¹¹⁸ Cass. 1^e civ., 9 févr. 2012 : n^o 09-15.270 ; n^o10-27.785 ; n^o10-28.475. – Cass. 3^e civ., 14 janv. 2014 : n^o 12-28.777. – Cass. 1^e civ., 29 janv. 2014 : n^o 12-27.186 (sur les deux derniers arrêts, *D.* 2014. 709, note E. Garaud).

8) Contrat de vente

Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile, 18 févr. 2013, n° 12/00980

Décision entreprise : Tribunal de Grande Instance de Tours, 19 janv. 2012

[...]

X a acquis, le 28 juin 2007, de la société TOUROTEL dont le gérant est M. Y, un hélicoptère ROTORWAY EXEC 162 HDF pour le prix de 54.000 euro ; il s'est plaint de ce que celui-ci, livré en kit par le fabricant quand la société TOUROTEL l'a acheté en 2001, avait été mal monté et de ce qu'il avait dû faire de nombreux frais et passer de nombreuses heures de travail pour le faire monter, vérifier et homologuer ; il a donc assigné la société TOUROTEL en paiement de la somme de 42.832,55 euro ;

Par jugement du 19 janvier 2012, le tribunal de grande instance de Tours a débouté X de ses demandes et l'a condamné à payer à la société TOUROTEL 2.000 euro d'indemnité de procédure ;

Vu les conclusions récapitulatives :

- du 04 juillet 2012, pour M. X, appelant ;

- du 30 août 2012, pour la société TOUROTEL ;

auxquelles la Cour se réfère pour plus ample exposé des moyens et demandes ;

Au soutien de son appel, M. X fait valoir que M. Y s'était engagé à monter l'hélicoptère selon les préconisations du constructeur mais qu'il n'en a rien fait de sorte qu'il a dû faire effectuer le travail par un professionnel et faire homologuer lui-même l'appareil ; il relève que la société TOUROTEL admet que l'hélicoptère tel qu'elle le lui a vendu n'a jamais pu décoller et que le montage n'a jamais été certifié par le fabricant et n'a jamais obtenu le certificat de navigation ; il expose que les travaux auxquels il a fait procéder ne sont pas des travaux d'amélioration ou des travaux superflus car le fabricant avait, en 2002, alors que la société TOUROTEL était propriétaire de l'hélicoptère, substitué un axe de transmission secondaire de 35 mm à l'axe précédemment monté de 30 mm et qu'il est manifeste que la société TOUROTEL n'a pas effectué cette modification imposée par le fabricant puisqu'elle lui a livré l'engin avec l'ancien axe de 30 mm ; que cette substitution entraîne de très nombreuses heures de main d'œuvre car elle exige la dépose de la carlingue et d'une partie du moteur ; il justifie ainsi, non seulement, les frais de réparation mais aussi les frais de voyage dont il demande le remboursement puisqu'il a dû aller dans le Vaucluse chez l'importateur pour effectuer les travaux ; il conclut donc à l'infirmité du jugement et à la condamnation de la société TOUROTEL à lui payer la somme de 42.832,55 euro outre 5.000 euro de dommages intérêts pour résistance abusive et 2.000 euro d'indemnité de procédure ;

La société TOUROTEL expose, pour sa part, qu'elle avait commencé le montage de l'appareil mais qu'elle ne l'a jamais terminé et qu'elle l'a donc revendu à M. X en pièces détachées ; que celui-ci, qui est pilote d'hélicoptère, ne pouvait l'ignorer car il est venu prendre possession de l'engin et a pu voir les pales dans leur caisse ; que, l'annonce publiée dans un magazine spécialisé mentionnait bien que l'hélicoptère n'avait jamais volé et elle ne prétendait nullement qu'il était doté de son certificat de navigabilité ; elle ajoute qu'elle ne s'est jamais engagée à payer les frais de montage, ni à vendre un appareil en état de vol ; elle affirme que les travaux que veut lui faire supporter M. X sont des modifications et des accessoires installés sur l'hélicoptère en dehors de toute préconisation du constructeur et n'ayant pas eu, non plus, l'aval préalable de ce dernier ; enfin, elle soutient que M. X a acquis l'appareil à un très bas prix et qu'il ne peut faire valoir aucun préjudice ;

SUR QUOI LA COUR :

Attendu que l'annonce passée par la société TOUROTEL portait sur : "ROTORWAY 162 F, biplace, 0 heure de vol, immatriculé, équipement base, voilure à régler, superbe finition, 65.000 euro" ;

Que, par ailleurs, après son achat, en 2001, de l'appareil en kit, M. Y avait établi une attestation en mai 2004 précisant déclarer vouloir monter lui-même l'aéronef sur l'aérodrome de DIERRE-AMBOISE ; que c'est au pied de ce certificat que M. Y a ajouté, peu avant la vente à M. X, le 23 juin 2007, que "l'EXEC 162 HDF 012 a été monté suivant les spécifications du constructeur ROTORWAY inc." .

Attendu que, contrairement à ce que soutient la société TOUROTEL, elle n'a donc pas vendu des pièces détachées ; que, pour autant, il ne s'évince pas de ces éléments que la société TOUROTEL s'est engagée à livrer à M. X un appareil entièrement monté et surtout, en état de voler puisque l'attention de l'acquéreur, pilote confirmé, n'a pu manquer d'être attirée par le fait que le giravion, pourtant âgé de plus de six ans, n'avait jamais volé et qu'il n'était fait état dans l'annonce d'aucun certificat de navigabilité spécial d'aéronef en kit (C.N.S.K) ; que, par ailleurs, M. X ne dément pas qu'il a pu examiner l'appareil avant la vente et il ne dément pas, non plus, l'affirmation du vendeur selon laquelle les pales étaient dans leur caisse d'origine ; qu'il ne prétend pas, enfin, avoir eu la possibilité d'essayer l'appareil en vol et ne pouvait donc ignorer, de ce fait, qu'il lui faudrait faire certains travaux sur l'engin ;

Attendu, dans ces conditions, qu'il aurait dû exiger du vendeur la prise en charge des frais nécessaires pour terminer le montage et rien ne démontre que la société TOUROTEL a pris un tel engagement alors que le prix de vente plutôt modéré, et inférieur de 11.000 euro à celui mentionné dans l'annonce, tend à démontrer qu'il a acquis l'appareil partiellement monté, en l'état où il se trouvait;

Attendu que M. X ne démontre pas, non plus, que le montage réalisé par la société TOUROTEL n'était pas conforme aux exigences du constructeur ; que les factures de la société HELI DIFFUSION qu'il verse aux débats mentionnent une liste de pièces détachées en langue anglaise dont on ignore s'il s'agit de pièces manquantes dans la livraison de la société TOUROTEL, de pièces nécessaires pour mettre l'appareil en conformité avec les données du constructeur ou d'équipements ou d'options supplémentaires simplement voulues par M. X ; que ces factures ne démontrent donc nullement que l'appareil aurait été mal monté par la société TOUROTEL ce qui constitue pourtant le fondement de l'argumentation de M. X ; que la motivation adoptée par le Tribunal pour écarter la demande de celui-ci apparaît donc tout à fait pertinente ;

Attendu qu'en appel, M. X insiste sur le changement de diamètre de l'axe de transmission secondaire par la société ROTORWAY ; qu'il verse aux débats une lettre circulaire de ce constructeur aux possesseurs d'hélicoptères 162 F mais cette lettre écrite en anglais n'est que partiellement traduite et il ne découle nullement du paragraphe traduit que le constructeur imposerait à tous les possesseurs d'appareils de ce type déjà commercialisés de procéder au changement de l'axe de transmission alors, au contraire, que cette lettre précise, in fine, que les ingénieurs de la société estiment que l'axe de 30 mm assurait déjà un fonctionnement satisfaisant ; que M. X ne démontre donc pas que la société TOUROTEL aurait commis une faute en lui livrant un appareil dépourvu de l'axe de 35 mm équipant les versions les plus récentes de ce type d'hélicoptères ; que le jugement sera donc intégralement confirmé ;

Attendu qu'il apparaît inéquitable de laisser supporter à l'intimée la charge de la totalité des frais irrépétibles qu'elle a dû engager ; qu'il lui sera accordé une indemnité de deux mille euros (2.000 euro) à ce titre ;

PAR CES MOTIFS :

STATUANT en audience publique, par arrêt contradictoire et en dernier ressort :

VU les articles 1134, 1147, 1604 et suivants du code civil ;

CONFIRME le jugement entrepris en toutes ses dispositions ;
CONDAMNE M. X à payer à la société TOUROTEL une somme de deux mille euros (2.000 euro) au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
CONDAMNE M. X aux dépens d'appel ;
ACCORDE, pour les dépens d'appel, à Maître GARNIER, le bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile ;
[...]

Commentaire : À propos de la responsabilité contractuelle du vendeur d'un hélicoptère en kit

Le 18 février 2013, la chambre civile de la Cour d'appel d'Orléans a rendu un arrêt relatif à l'obligation de délivrance du vendeur. En l'espèce, une société publie une annonce par laquelle elle met en vente un hélicoptère qu'elle avait acheté en kit mais qu'elle n'a pas réussi à monter. L'offre de vente trouve preneur auprès d'un particulier avisé du mauvais état de l'aéronef. Mais ce dernier se plaint finalement que l'hélicoptère acheté n'était pas en état de fonctionner. Dès lors, il assigne le vendeur en réparation de son préjudice financier.

En première instance, le Tribunal de Grande Instance de Tours le déboute de sa demande par un jugement du 19 janvier 2012.

L'affaire est portée devant la Cour d'appel. Celle-ci doit se prononcer sur le point de savoir si l'acquéreur, bien qu'informé sur l'état de l'hélicoptère, est en droit de réclamer la réparation d'un prétendu préjudice financier occasionné par les travaux de remise en état de la chose.

La Cour d'appel déboute l'acquéreur de son action tant sur le terrain de l'obligation de délivrance conforme (I), que sur celui de la responsabilité contractuelle de droit commun (II).

I – L'obligation spéciale de délivrance conforme.

Sur une première demande principale, l'appelant se fonde sur l'obligation de délivrance conforme spéciale au contrat de vente¹¹⁹. Délivrer, ce n'est pas « seulement transporter la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur¹²⁰ », c'est mettre à sa disposition une chose qui correspond en tout point au but recherché par lui¹²¹. La sanction de principe en matière de défaut de délivrance conforme est la résolution prononcée à la demande de l'acquéreur. Celle-ci peut s'accompagner d'une condamnation à dommages-intérêts, en réparation du préjudice subi par l'acquéreur¹²².

La Cour d'appel, écarte la demande de l'acquéreur au motif qu'il n'était pas indiqué sur l'annonce ayant servi de support aux négociations, que la vente portait sur un hélicoptère « entièrement monté et surtout, en état de voler » et que « l'attention de l'acquéreur, pilote confirmé, n'a pu manquer d'être attirée » par le fait que l'hélicoptère n'avait jamais volé. De plus, les juges affirment que l'acquéreur « a pu examiner l'appareil » et de ce fait, qu'il ne « pouvait donc ignorer que certains travaux seraient nécessaires ».

Les juges ont refusé d'admettre que le vendeur avait commis un manquement dans l'obligation de délivrance conforme. Le défaut invoqué par l'acquéreur était au surplus apparent et il ne pouvait donc l'ignorer.

¹¹⁹ C. civ., art. 1604.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Cass. 1^o civ., 20 mars 1989 : *Bull. civ.* I, n^o140, D. 1989, IR. 178.

¹²² C. civ., art. 1611. Pour une illustration : Cass. com., 19 déc. 2000 : n^o97-22.113, D. 2002. somm. 1007, obs. G. Pignarre.

Pour conclure à l'absence de défaut de délivrance conforme, la Cour d'appel a ainsi appliqué un premier critère, en s'appuyant sur le caractère averti de l'acquéreur. Ce raisonnement est assez classique. Le juge s'attache souvent à déterminer la conformité de la chose livrée avec ce qui a été convenu par la combinaison de deux critères¹²³. Le premier, purement subjectif, s'intéresse à la personne de l'acquéreur et à sa capacité à porter son attention sur les qualités de la chose. Le second, objectif, compare les qualités de la chose livrée avec ce qui avait été convenu entre les parties.

Pour conclure au caractère apparent du défaut de conformité invoqué par l'acquéreur, les juges s'attachent aux circonstances de la délivrance pour savoir si l'acquéreur pouvait constater ces défauts. Cette recherche est importante car la Cour de cassation considère que la « réception sans réserve de la chose vendue couvre ses défauts apparents de conformité », exonérant ainsi le vendeur du défaut de délivrance conforme.

II – La responsabilité contractuelle de droit commun

L'appelant invoque deux autres demandes alternatives fondées, elles, sur la responsabilité contractuelle de droit commun. L'existence du droit à réparation dépend de trois conditions : l'existence d'un dommage, une faute contractuelle et un lien de causalité entre cette faute et ce dommage. Pour caractériser la faute contractuelle, il faut démontrer l'existence d'une obligation et une inexécution de celle-ci. Le lien de causalité sera établi chaque fois qu'il est démontré que le dommage est une « suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention »¹²⁴.

La Cour d'appel déboute l'acquéreur parce qu'il n'est pas démontré que les pièces ajoutées sur l'aéronef étaient celles qui manquaient lors de la livraison. Dès lors le lien de causalité n'est pas établi.

Enfin, la Cour d'appel déboute une nouvelle fois l'acquéreur car les recommandations du constructeur auprès du propriétaire-vendeur de changer une pièce (axe de transmission) n'avaient aucune incidence sur le caractère satisfaisant du fonctionnement.

Eric AMOFAH, Marlise GICQUEL, et Alexandre LEBELLOUR

¹²³ Cass. 1^e civ., 20 mars 1989 préc. – Cass. 1^e civ., 14 fév. 1989 : *Bull. civ.* I, n°84 ; *D.* 1989 IR 80.

¹²⁴ Rapp. C. civ., art. 1151.

Chronique de jurisprudence

Droit social

Test professionnel

Période d'essai

Obligation de sécurité de résultat

Démission

Prise d'acte

Licenciement – Insuffisance professionnelle

Licenciement - Maladie

Licenciement – Faute grave

Chronique de jurisprudence en droit social

*Par les étudiants du Master 2
Droit social et gestion des ressources humaines*

1) Test professionnel

Cour d'appel d'Orléans, Chambre sociale, 10 décembre 2013 n°13/00735

Madame X a saisi le conseil de prud'hommes de TOURS de plusieurs demandes à l'encontre de la SAS Z pour le détail desquelles il est renvoyé au jugement du 5 février 2013, la cour se référant aussi à cette décision pour l'exposé de ses moyens (la société n'a pas comparu).

Madame X a été déboutée de l'ensemble de ses demandes.

Le jugement lui a été notifié le 13 février 2013.

Elle en a fait appel le 4 mars 2013.

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES

Madame X sollicite qu'a titre principal soit reconnue l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée et qu'elle a été embauchée dès le 27 janvier 2012.

En conséquence elle demande que soit dit que la rupture du contrat aux torts de l'employeur s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et que la SAS Z soit condamnée à :

- 1.407,40 euros de rappel de salaires pour le mois de janvier 2012*
- 1.407,40 euros de rappel de salaires pour le mois de février jusqu'à la date de rupture (1mois)*
- 14,07 euros d'indemnité de congés payés (10%)*
- 1.407,40 euros d'indemnité de requalification du CDD en CDI*
- 511,78 euros d'indemnité de préavis*
- 51,18 euros de congés payés sur préavis*
- 8.444,40 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse*
- 8.444,40 euros de dommages et intérêts pour rupture abusive*
- 8.444,40 euros d'indemnité pour travail dissimulé*
- 8.444,40 euros de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail*
- 2.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile*
- la remise des documents de fin de contrat conformes à la décision à intervenir, et ce sous astreinte de 100 euros par jour de retard et par document.*

Elle demande à titre subsidiaire que la SAS Z soit condamnée à 32,27 euros au titre des heures de travail effectuées par Madame X le 27 janvier 2012.

Pour l'exposé plus complet de son argumentation, la cour se réfère à ses conclusions, soutenues oralement.

La SAS Z sollicite que Madame X soit déboutée intégralement de ses demandes ainsi que 2.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Pour l'exposé de son argumentation, la cour se réfère à ses conclusions, soutenues oralement.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Eu égard aux dates ci-dessus, l'appel est recevable.

La SAS Z a pour activité le nettoyage des bâtiments et le nettoyage industriel.

Elle dépose une offre d'emploi auprès de PÔLE EMPLOI afin de recruter un valet ou une femme de chambre sur le site de SAINT PIERRE DES CORPS, dans un hôtel, ayant une

expérience d'au moins 4 ans dans le domaine de l'hôtellerie. Madame X présente sa candidature, indiquant qu'elle possédait des expériences dans le domaine du nettoyage.

SUR LA QUALIFICATION DES RELATIONS EN CONTRAT DE TRAVAIL A DURÉE INDÉTERMINÉE À TEMPS COMPLET

En l'absence de contrat écrit ou d'apparence de contrat, il appartient à celui qui invoque un contrat de travail d'en rapporter la preuve.

Le test professionnel permet à l'employeur d'évaluer les compétences d'un candidat dans des conditions quasiment normales d'emploi.

Madame X soutient avoir été engagée par la SAS Z le 27 janvier 2012 en qualité de femme d'entretien et ce malgré l'absence de rédaction d'un contrat de travail écrit.

Elle ajoute que la société lui a demandé d'effectuer une prestation le 27 janvier 2012 et de revenir le lendemain pour effectuer les prestations sur toute la journée.

Elle relève également qu'il ne peut lui être opposé une période d'essai, ni même l'existence d'un contrat de travail à temps partiel et à durée déterminée, ces dernières nécessitant la rédaction d'une clause précise et claire en ce sens.

Elle indique avoir occupé seule le poste de femme de chambre comme l'aurait fait n'importe quel autre salarié de l'entreprise sans aucun formateur à ses côtés.

La société rétorque qu'il est manifestement erroné de considérer que Madame X bénéficiait d'un contrat de travail oral.

SAS Z indique avoir recherché un salarié bénéficiant d'une expérience en hôtellerie et que l'expérience de Madame X relevait du nettoyage.

La société ajoute que le 26 janvier 2012 un essai professionnel a été réalisé afin de s'assurer que les compétences de Madame X en matière de nettoyage étaient en adéquation avec celles requises pour le présent poste d'hôtellerie.

La SAS Z souligne également que le test proposé à la salariée n'a duré que 3,30 heures et a été donc bref.

La cour remarque que le fait que Madame X ait réalisé son essai le 27 janvier 2012 sans qu'une personne soit présente à ses côtés ne suffit pas à démontrer qu'elle se soit retrouvée dans des conditions normales d'emploi comme tout autre salarié de l'entreprise.

Il appartient à l'employeur de laisser ou non la salariée seule pour réaliser un essai professionnel s'il donne des consignes précises et si la simplicité des tâches ne nécessite pas la présence d'une personne. Madame X devait faire des lits et nettoyer des chambres et des salles de bains ce qui n'est pas une tâche très complexe et ne rend pas impératif la présence d'une personne à ses côtés et d'autant plus que cela s'est déroulé sur une courte durée (3,30 ou 3,40 heures selon l'appelante).

Il était au contraire opportun de la laisser œuvrer pour apprécier objectivement la qualité et la rapidité de son travail, ainsi que son esprit d'initiative en cas d'imprévu.

En outre, dans son courrier du 29 février 2012, Madame X s'est exprimée ainsi : « Certes aucun contrat de travail en date du 27 janvier 2012 pour le poste de femme de chambre ne nous a lié, mais j'estime que ce temps de travail relativement long, pour faire un essai, doit être payé' » ; Cette appréciation est très claire et contraire à ce qu'elle soutient aujourd'hui.

Au regard des éléments produits, il s'agit bien d'un test professionnel qui a pu permettre à la société d'évaluer rapidement par une mise en situation les aptitudes de Madame X à occuper le poste et le fait que l'employeur n'ait pas choisi de garder Madame X ne peut lui être reproché.

SUR LE PAIEMENT DES HEURES EFFECTUÉES PAR MADAME X LE 27 JANVIER 2012

Madame X indique que même si le travail effectué au cours du 27 janvier 2012 venait à être qualifié de test professionnel il n'en demeure pas moins que cette dernière a réalisé une prestation de travail au profit de la SAS Z.

Elle ajoute que dès lors elle est en droit d'obtenir la rémunération des heures effectuées le 27 janvier 2012 dès lors que l'employeur a profité de son travail dans le cadre de cet essai.

La SAS Z rétorque que l'essai a été bref et que Madame X ne s'est pas retrouvée dans des conditions normales d'emploi mais a effectué un simple test professionnel.

La cour remarque que s'il est vrai que Madame X durant son test professionnel n'a réalisé que 3,30 heures ce qui est une durée brève, cela ne suffit pas écarter la demande de Madame X visant au paiement des heures réalisées et ceux d'autant plus que la SAS Z a pu profiter du travail effectué dans le cadre de cet essai de courte durée car Madame X a pu faire différents lits et a nettoyé plusieurs chambres.

Il convient donc d'allouer 32,27 euros à Madame X au titre des heures de travail qu'elle a pu effectuer le 27 janvier 2012.5 (...)

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant contradictoirement et par mise à disposition au greffe, DÉCLARE l'appel recevable, CONFIRME la décision du conseil de prud'homme de TOURS du 5 février 2013, sauf sur le point ci-après, L'INFIRMANTE DE CE CHEF, ET STATUANTE À NOUVEAU, CONDAMNE la SAS Z à payer à Madame X 32,27 euros au titre des 3,30 heures réalisées le 27 janvier 2012,

REJETTE la demande de Madame X en application de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi que celle de la société,

DIT que la SAS Z supportera 1/4 des dépens et que Madame X en supportera 3/4, ces dépens étant recouverts selon les règles en matière d'aide juridictionnelle.

Commentaire : Le test professionnel n'est pas une période d'essai.

Le test professionnel, selon la Cour de Cassation¹²⁵, permet à l'employeur d'évaluer les compétences d'un candidat lorsqu'il est dans des conditions quasiment normales d'emploi. Le test professionnel ne doit donc pas être confondu avec la période d'essai. En effet, cette dernière s'inscrit, elle, dans le cadre d'une relation de travail, le salarié étant placé dans des conditions normales d'emploi et rémunéré. Le test est donc une catégorie particulière de relation entre le candidat et l'employeur.

C'est dans ce cadre que la Chambre sociale de la Cour d'Appel a statué sur le bien-fondé d'une demande de qualification d'un test professionnel en contrat à durée indéterminée.

En l'espèce, la salariée, possédant des expériences dans le domaine du nettoyage, candidate pour un poste de femme de chambre dans la SAS Z. L'employeur lui fait réaliser un test de 3 heures 30 minutes, pour pouvoir évaluer ses compétences et lui demande de revenir le lendemain pour effectuer des prestations toute la journée. Cependant, à l'issue du premier test professionnel, l'employeur considère que la salariée n'a pas les compétences nécessaires, son expérience ayant été acquise dans le domaine du nettoyage et non dans celui de l'hôtellerie.

La salariée saisit alors le Conseil des Prud'hommes d'Orléans pour que soit reconnue l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée en date du 27 janvier 2012 et que la rupture de ce contrat soit analysée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour d'appel d'Orléans confirme partiellement, en son arrêt du 10 décembre 2013, la décision du Conseil des Prud'hommes d'Orléans du 5 février 2013. Elle rejette en effet les demandes de la salariée mais condamne tout de même la SAS Z à rémunérer les 3 heures 30 minutes effectuées au titre de l'essai professionnel.

En ce qui concerne la qualification des relations entre l'employeur et la salariée, la Cour d'appel considère qu'il s'agit bien d'un essai professionnel et non d'une relation de travail à

¹²⁵ Cass. soc., 16 septembre 2009 : n° 07-45.485.

durée indéterminée. En effet, bien qu'un contrat de travail puisse être valablement conclu sans écrit, conformément au principe du consensualisme, les conditions n'étaient pas, en l'espèce, réunies. En outre, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 19 avril 1967¹²⁶, que lors d'un essai professionnel, il n'y avait pas « *de lien de subordination caractéristique du contrat de travail* ».

De plus, la Cour de Cassation considère¹²⁷ qu'une *prestation* de travail n'est pas une *relation* de travail lorsque celle-ci n'est pas exécutée dans des conditions normales d'emploi. Dans cette affaire, la salariée devait faire des lits, nettoyer des chambres et des salles de bains sans que personne ne soit à ses côtés. On aurait donc pu penser que la salariée était effectivement dans des conditions normales d'emploi faisant naître une relation de travail. Au contraire, la Cour d'appel d'Orléans considère que le fait que la personne soit seule au moment du test professionnel ne suffisait pas à démontrer l'existence d'une relation de travail, d'autant plus que les tâches assignées étaient relativement simples et ne méritaient pas de consignes précises pendant toute la durée du test.

Les heures réalisées pendant le test par la salariée doivent-elles être rémunérées ? Tout d'abord, la Cour de Cassation a sur ce point, une position bien tranchée. En effet, dans son arrêt du 16 septembre 2009 précité, elle avait débouté les demandes en rappel de salaire d'une personne au seul motif que « *la prestation pendant quelques heures (...) constituait, non pas une relation de travail impliquant que celle-ci soit placée dans des conditions normales d'emploi, mais un test professionnel* ».

La Cour d'appel d'Orléans va à l'encontre de cette position et statue en faveur de la salariée. La Cour explique que le fait que la salariée n'ait réalisé qu'un test professionnel durant une durée limitée et dans des conditions quasiment normales d'emploi ne suffit pas à écarter sa demande de paiement des heures qu'elle a effectuées. Sur ce point, l'arrêt pourrait subir une annulation en cas de pourvoi.

Cette notion de test professionnel est donc une notion que le juge doit apprécier *in concreto*.

Bien que la jurisprudence soit constante et claire sur ce point, il conviendra pour le juge de vérifier que l'usage de cette pratique est bien réservé à l'évaluation des compétences du candidat en le mettant dans une situation quasiment normale d'emploi. Cette pratique courante pour les entreprises, ne doit en effet pas mener à des dérives en contournant les règles de la relation de travail classique.

Lucile PAPET

2) Période d'essai

Cour d'appel d'Orléans, Chambre sociale, 1^{er} octobre 2013, n°12/02006

[...]

Monsieur X a saisi le conseil de prud'hommes d'ORLÉANS de plusieurs demandes à l'encontre de la société Y, en liquidation judiciaire et représentée par Maître Z, pour le détail desquelles il est renvoyé au jugement du 30 mai 2012, avec la garantie du CGEA d'ORLÉANS.

Le conseil de prud'hommes a considéré que le contrat de travail de Monsieur X a bien été rompu en date du 7 juin 2011 pour motif économique.

Le salarié a été débouté de l'ensemble de ses demandes. Le jugement a été régulièrement notifié au salarié le 12 juin 2012. Il en a fait appel le 3 juillet 2012.

¹²⁶ Cass. soc., 19 avril 1967 : n° 63-10.037.

¹²⁷ Cass. soc., 16. sept. 2009, préc. ; 4 janv. 2000 : n° 97-41.154.

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES

Monsieur X sollicite l'infirmité du jugement rendu par le conseil de prud'hommes d'ORLÉANS le 30 mai 2012 ainsi que les sommes suivantes au passif de la société Y :

- 9.509,51 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse
- 3.169,84 euros de dommages et intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement
- 3.169,84 euros d'indemnité compensatrice de préavis, outre la somme de 316,98 euros de congés payés afférents
- 2.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Il demande également que Maître Z ès qualités de mandataire judiciaire de la société Y soit condamné à délivrer les documents sociaux rectifiés conformément à la décision à intervenir, ce sous astreinte de 50 euros par jour de retard passé un délai de huit jours à compter de la notification de la décision à intervenir. Pour l'exposé de son argumentation, la cour se réfère à ses conclusions, soutenues oralement.

Maître Z sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a débouté Monsieur X en toutes ses demandes, ainsi que 1.500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et subsidiairement la fixation, tout au plus au passif de la liquidation judiciaire de la société Y de toute créance qui viendrait à être reconnue au profit de Monsieur X comme fondée, avec garantie du CGEA. Pour l'exposé de son argumentation, la cour se réfère à ses conclusions, soutenues oralement.

L'AGS CGEA d'ORLÉANS sollicite la confirmation du jugement entrepris en toutes ses dispositions et que la décision à intervenir lui soit opposable en sa qualité de gestionnaire de l'AGS dans les limites et plafonds prévus aux articles D3253 et suivants du code du travail et les plafonds prévus aux articles D3253-1 et suivants du code du travail. Pour l'exposé de son argumentation, la cour se réfère à ses conclusions, soutenues oralement.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Eu égard aux dates ci-dessus, l'appel est recevable.

La société Y est une entreprise de plomberie, ventilation et chauffage. Elle engage, le 10 mai 2010 avec période d'essai d'une durée de 3 mois Monsieur X en qualité de chef de chantier. Le 5 juillet 2010 le salarié est victime d'un accident du travail. Les arrêts de travail de Monsieur X se renouvellent jusqu'au 15 février 2011. Le 15 février 2011, l'employeur met fin au contrat de travail du salarié en considérant que l'essai n'est pas concluant. L'employeur continue de délivrer des bulletins de paie. Dans le cadre de la procédure collective (la société a été mise en liquidation judiciaire le 4 mai 2011), Maître Z licencie le 6 juin 2011 pour motif économique Monsieur X. Monsieur X soulève que la rupture de son contrat de travail est intervenue de manière injustifiée suite à une période d'essai non concluante alors que son contrat de travail était suspendu. Il produit une lettre du 15 février 2011 lui étant adressée par le gérant de la société Y. Il ressort de cette lettre ce qui suit : « Nous vous avons embauché le 10 mai 2010 sous contrat à durée indéterminée avec une période d'essai de 3 mois. Or il s'avère que cet essai n'est pas concluant. En conséquence votre contrat prendra fin à l'issue d'un préavis de 2 semaines qui débutera dès la première présentation de cette lettre ».

Maître Z réplique que la société Y a eu l'intention de rompre la période d'essai mais y a renoncé. Il ajoute que Monsieur X lui a écrit afin de demander à bénéficier d'une poursuite de sa mutuelle, et que ce courrier permet de contredire l'affirmation selon laquelle le salarié ne se serait pas rendu à l'entretien préalable puisque son contrat de travail était déjà rompu et qu'il ne pouvait pas l'être une seconde fois.

Il souligne également que le salarié postérieurement à la prétendue lettre de rupture de la période d'essai continuait non seulement de recevoir ses bulletins de paie mais aussi

d'envoyer lui-même ses arrêts maladie à son employeur, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté et suffit à démontrer qu'il savait pertinemment que son contrat de travail perdurait.

Maître Z verse aux débats un certificat d'arrêt de travail reçu le 23 juin 2011 qui inclut un arrêt de travail au 30 juillet 2011 portant le cachet du centre hospitalier Jacques C'UR à BOURGES.

L'AGS CGEA d'ORLÉANS quant à lui indique que la rupture du contrat de travail de Monsieur X n'a pas été mise en exécution.

La cour remarque qu'un employeur peut certes revenir sur une rupture irrégulière mais il ne peut le faire qu'à la demande du salarié ou avec son accord clair et non équivoque. Il ne peut le faire de sa propre initiative ; ce serait lui permettre d'échapper à sa volonté aux conséquences d'une rupture irrégulière. Donc il importe peu que la société Y ait envoyé des bulletins de paie et qu'il y ait eu une deuxième rupture.

La cour constate que le fait pour le salarié de demander de continuer à bénéficier de la mutuelle pendant un an à compter du licenciement ne prouve pas que ce dernier a entendu revenir sur la rupture ou a donné son accord clair et non équivoque. De la même façon, concernant l'arrêt de travail produit il est envoyé le 23 mai 2011 mais le cachet sur celui-ci est du 23 juin 2011 et il n'est pas rempli, ne porte que le cachet de l'hôpital ainsi que la date du 30 juillet 2011. On ne sait donc pas s'il concerne Monsieur X et si celui-ci a mentionné la société Y comme employeur. Dans ces conditions il n'est pas prouvé que de façon claire et non équivoque il se soit considéré comme toujours salarié de cette société et ait ainsi donné son accord pour revenir sur la rupture de la période d'essai.

Par conséquent il s'agit d'une rupture du contrat de travail intervenue le 15 février 2011.

Ainsi, faute de visite de reprise le contrat de travail de Monsieur X est suspendu et il ne peut être rompu que pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour motif étranger à l'accident. Cette solution s'applique même durant la période d'essai et l'impossibilité de maintenir le contrat de travail ne peut résulter que de circonstances indépendantes du comportement du salarié. La rupture serait donc nulle.

Cependant, Monsieur X ne demande des dommages et intérêts que pour licenciement infondé. Il convient donc d'allouer au salarié 9.509,51 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et 3.169,84 de dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement. Il y a lieu de rejeter les indemnités de préavis et de congés payés sollicitées par Monsieur X car il les a perçues en raison du licenciement pour motif économique intervenu ultérieurement. Il sera ordonné également la remise d'un certificat de travail et d'une attestation PÔLE EMPLOI conformes à l'arrêt sans qu'il y ait lieu à astreinte car un mandataire judiciaire est présumé exécuter spontanément les décisions des juridictions (...)

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par mise à disposition au greffe et contradictoirement, DÉCLARE l'appel recevable, INFIRME la décision du conseil de prud'hommes d'ORLÉANS rendue le 30 mai 2012, FIXE la créance de Monsieur X au passif de la société Y, en liquidation judiciaire et représentée par Maître Z, mandataire liquidateur, à :

- 9.509,51 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

- 3.169,84 euros de dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement,

REJETTE la demande de Monsieur X portant sur la condamnation de Maître Z, ès qualité de mandataire liquidateur judiciaire de la société Y à verser 3.169,84 euros d'indemnité compensatrice de préavis, outre la somme de 316,98 euros de congés payés afférents, ORDONNE à Maître Z, ès qualité de mandataire liquidateur de la société Y à remettre à Monsieur X un certificat de travail et une attestation PÔLE EMPLOI conformes à l'arrêt sans qu'il y ait lieu à astreinte, DIT que l'AGS-CGEA d'ORLÉANS sera tenue à garantie, dans les limites et plafond prévus par les articles L3253 et suivants et D3253-1 et suivants du code du

travail, DIT que les dépens de première instance et d'appel seront passés en frais privilégiés de la liquidation judiciaire.

Commentaire : Licenciement sur rupture d'une période d'essai ne vaut.

La période d'essai a vocation à évaluer les compétences du salarié dans son travail¹²⁸ et peut, sauf abus, être rompue librement par les parties¹²⁹ sous réserve d'un délai de prévenance (art. L 1221-25 du Code du travail). Il n'en va pas de même lorsque le salarié est victime d'un accident du travail au cours de la période d'essai. Son contrat, alors suspendu, ne peut être rompu sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour une raison étrangère à l'accident (art. L 1226-7 et L 1226-9 du Code du travail).

Un employeur qui, en violation de cette protection, rompt la période d'essai peut-il revenir sur sa décision en prononçant un licenciement ? Si la réponse est négative, quelle sera la sanction de la rupture abusive de la période d'essai ?

C'est à ces questions délicates que la Cour d'appel d'Orléans répond dans son arrêt du 1^{er} octobre 2013. Dans cette affaire, le contrat de travail conclu le 10 mai 2010 comportait une période d'essai de 3 mois laquelle n'a pu être réalisée dans sa totalité, le salarié ayant été victime d'un accident du travail le 5 juillet 2010. Son employeur met fin au contrat de travail dès la fin de son arrêt de travail, soit le 15 février 2011, au motif que la période d'essai n'a pas été concluante. Le contrat du salarié est à nouveau rompu par un licenciement économique le 6 juin 2011.

En ce qui concerne la double rupture du contrat, il est jugé de façon constante qu'il est impossible pour le juge de se prononcer sur toute autre rupture intervenue ultérieurement à la première dès lors que le contrat de travail a été rompu de façon effective, ce que l'adage « *rupture sur rupture ne vaut* » tend à exprimer¹³⁰. En l'espèce l'employeur prétendait que la rupture à prendre en considération était le licenciement économique. Il prétendait avoir renoncé à la rupture de la période d'essai et que le salarié l'avait accepté. Pour preuve, des bulletins de paie ont continué à être délivrés au salarié qui, de son côté, a continué de transmettre ses arrêts de travail à l'entreprise.

La Cour d'appel d'Orléans rappelle qu'un « *employeur peut certes revenir sur une rupture irrégulière mais il ne peut le faire qu'à la demande du salarié ou avec son accord clair et non équivoque* ». Par conséquent, la présence de bulletins de salaire délivrés après la rupture et la poursuite de transmission des arrêts au-delà de cette date ne constituent pas un accord clair et non équivoque du salarié de renoncer à la rupture de la période d'essai. Dès lors, le licenciement économique du salarié est nul et seule la rupture de la période d'essai doit être prise en considération.

Si l'employeur ne pouvait « renoncer » à la rupture irrégulière de la période, restait à déterminer la sanction de cette dernière. En l'espèce, l'employeur a rompu le contrat de travail alors qu'il était suspendu du fait de la protection offerte aux salariés victimes d'un accident du travail. L'employeur n'a donc pas respecté la procédure, décrite par une jurisprudence constante,¹³¹ qui impose une visite de reprise afin de mettre un terme à la suspension du contrat de travail et ainsi organiser le retour du salarié dans son emploi. Or, selon la Cour de cassation¹³², dans une telle situation, le salarié est fondé à demander sa réintégration et une indemnisation couvrant la période allant de la rupture du contrat à son retour effectif dans l'entreprise ; la rupture prononcée étant nulle. En l'espèce, le salarié n'a

¹²⁸ Cass., soc., 15 décembre 2010 : n°08-42.951.

¹²⁹ Cass., soc., 20 décembre 2010 : n°08-40.822.

¹³⁰ Cass. soc., 31 oct. 2006: n° 04-46.280 et Cass. soc., 20 déc. 2006 : n° 05-42.539.

¹³¹ Cass. soc., 22 oct. 1996 : n°94.43-691.

¹³² Cass. soc, 25 janv. 2006: n° 03-47.517.

demandé que des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que des dommages et intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement. C'est à cette demande que la Cour d'appel répondra. Ainsi, bien qu'elle ait jugé que la seule rupture à prendre en compte était la rupture de la période d'essai, les juges se basent sur le licenciement économique pour fonder sa condamnation. Pourtant le salarié aurait pu obtenir davantage en se fondant sur la nullité de la rupture de la période d'essai. Ainsi, paradoxalement les juges d'appel vont à l'encontre du chemin qui a été tracé par la Cour de cassation visant à prendre uniquement en considération la première rupture, en ne fondant pas la condamnation sur la nullité de la rupture de la période d'essai mais bien sur le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette solution paraît s'inscrire dans une jurisprudence récente¹³³ qui tend à limiter l'office du juge, et notamment l'article 12 du Code de procédure civile qui oblige le juge à « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués ». En effet, la jurisprudence énonce qu'il n'est « pas fait obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes ».

Lucie PIEDAGNIEL

3) Obligation de sécurité de résultat

Cour d'appel d'Orléans, Chambre sociale, 12 décembre 2013, n°13/00363

M. X a été embauché par la société Y en qualité de chauffeur-mécanicien en contrat à durée indéterminée à compter du 20 septembre 2004. Il a été promu chef d'équipe à compter du 1er mai 2006.

M. X a été mis à pied à titre conservatoire le 14 janvier 2010 et convoqué à un entretien préalable à un licenciement fixé le 22 janvier 2010.

Il a été licencié pour faute grave par lettre du 26 janvier 2010 pour vol de matériel et revente de celui-ci.

M. X a saisi le conseil de prud'hommes d'Orléans, section commerce, le 31 décembre 2010, aux fins de voir :

- constater le manquement de la société Y aux règles relatives aux durées journalières et hebdomadaires maximales de travail et à son obligation de sécurité en matière de protection de la santé du salarié,

- dire et juger que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse,

- condamner la société Y à lui payer :

- 20 000 euros à titre de dommages et intérêts pour non respect des règles relatives au repos quotidien et hebdomadaire et à l'obligation de sécurité,

- 5 299 euros de rappel d'heures supplémentaires entre 2006 et 2009,

- 529 euros à titre des congés payés y afférents,

- 3040,88 euros à titre d'indemnité de repos compensateurs pour la période de janvier 2008 au 31 décembre 2009 et 304,06 euros au titre des congés payés y afférents,

- 18 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

- 3 188,37 euros à titre d'indemnité légale de licenciement,

- 8 972,91 à titre d'indemnité de préavis et 897,89 euros au titre des congés payés y afférents,

- 937,09 euros de rappel de salaire pour la mise à pied conservatoire et 93,71 euros au titre des congés payés y afférents.

¹³³ Cass, ass. plén., 21 déc. 2007: n° 06-11.343

Il était également demandé la remise des documents de rupture sous astreinte et une somme de 2000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Y qui s'en est rapportée sur les demandes relatives aux heures supplémentaires et aux repos compensateurs s'est opposée au surplus des demandes et a sollicité une somme de 2 000 euros pour frais de procédure.

Par jugement du 15 janvier 2013, auquel il est renvoyé pour plus ample exposé, le conseil de prud'hommes d'Orléans, section commerce, en formation de départage, a :

- mis hors de cause la société Z,*
- dit que la société Y avait manqué à son obligation de respecter la législation d'ordre public relative au temps de travail et au repos du salarié,*
- dit que la société Y a manqué à son obligation de sécurité à l'égard de M. X en ne respectant pas la législation de 2006 à 2009,*
- condamné la société Y à payer à M. X les sommes de 10 00 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi, 5 299,06 euros à titre de rappel d'heures supplémentaires, 529,91 euros au titre des congés payés y afférents, 3344,97 euros à titre de dommages et intérêts pour non- respect du droit au repos compensateur,*
- dit que le licenciement de M. X ne reposait sur aucune cause réelle et sérieuse,*
- condamné la société Y à payer à M. X les sommes de 937,09 euros à titre de rappel de salaire pendant la mise à pied conservatoire, 93,71 euros au titre des congés payés y afférents, 8 972,91 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, 897,29 euros au titre des congés payés y afférents, 3 188,37 euros à titre d'indemnité légale de licenciement, 18 000 euros pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.*

Il a également été alloué 1 200 euros pour frais de procédure et statué sur les intérêts.

La société Y a relevé appel de la décision le 31 janvier 2013.

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES.

Pour plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, la cour se réfère à leurs conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience des débats et qui sont ci-après résumées.

1) Ceux de la société Y :

La société Y demande à la cour de confirmer le jugement déféré en ce qu'il a mis hors de cause la société Z, de l'infirmer pour le surplus, de lui donner acte qu'elle s'en rapporte sur les demandes de M. X relatives aux heures supplémentaires et aux repos compensateurs, de débouter M. X de ses prétentions et de le condamner à lui payer 2 000 euros pour frais de procédure.

La société Y fait valoir s'agissant de la durée maximale de travail et du droit au repos, que les conditions d'exercice de son activité de fourrière rendaient difficile le respect des règles relatives au temps de travail et que M. X, qui n'a jamais formulé de contestations, est mal fondé à solliciter des dommages et intérêts alors qu'il gérât ses horaires et qu'il ne justifie d'aucun préjudice.

La société Y qui affirme rapporter la preuve du vol ayant justifié le licenciement pour faute grave de M. X, explique qu'elle a découvert, à l'occasion de la consultation du relevé annuel des ventes de la société Loiret recyclage, que 6 factures de vente de matériels de la société pour un montant de 1 598,64 euros avaient été établies au nom de M. X et que quatre d'entre elles supportaient sa signature, que le fait que ces factures aient été émises au nom de M. X démontre qu'il a bien été bénéficiaire du prix de vente.

Elle souligne que la décision de classement sans suite qui n'a pas d'autorité de la chose jugée n'empêche pas de retenir les faits constatés dans le cadre de la plainte qu'elle a déposée lors de la découverte du vol.

2) Ceux de M. X :

M. X conclut à la confirmation de la décision, sauf en ce qui concerne le montant des dommages et intérêts alloués pour non-respect des règles relatives au repos quotidien et hebdomadaire et à l'obligation de sécurité qu'il souhaite voir porter à la somme de 20 000 euros.

M. X fait valoir pour l'essentiel :

- que l'amplitude journalière conventionnelle maximale de 10 heures a été dépassée pendant 28 jours en 2006, 16 jours en 2007, 20 jours en 2008 et 17 jours sur la période du 1er mai au 31 décembre 2009,

- qu'il a travaillé, en violation des dispositions de l'article L3132 du code du travail, plus de six jours par semaine pendant 9 semaines en 2006, 8 semaines en 2007, 11 semaines en 2008 et 9 semaines du 1er mai au 31 décembre 2009,

- que les dispositions de la convention collective relatives à la durée maximale de travail de 46 heures hebdomadaire n'ont pas été respectées, puisqu'il a effectué 12 dépassements en 2006, 10 en 2007, 8 en 2008 et 8 du 1er mai au 31 décembre 2009,

- que le manquement de la société Y à la législation d'ordre public relative au temps de travail et de repos ainsi qu'à son obligation de sécurité, dont il ne peut être tenu pour responsable dès lors qu'il appartenait à la société d'adapter ses effectifs à son activité, lui a occasionné un préjudice important,

- qu'il rapporte la preuve des heures supplémentaires effectuées dont certaines au-delà du contingent qui n'ont pas été rémunérées et n'ont pas donné lieu à repos compensateurs,

- que la société Y ne prouve pas le vol de matériel dont elle l'accuse, que la vente de batteries était une pratique connue et mise en place par la direction, que la société ne peut, en conséquence, lui imputer à faute, d'autant que l'argent alimentait une caisse collective dont il n'a pas profité, que le fait que sa signature puisse figurer sur certaines factures n'établit pas qu'il ait conservé le produit de la vente, qu'en raison de la décision de classement sans suite et de l'absence de preuve, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, que ses demandes en paiement sont justifiées dans la mesure où il avait plus de 5 ans d'ancienneté et que la société Y a agi avec une précipitation blâmable.

MOTIFS DE LA DÉCISION

La notification du jugement est intervenue le 22 janvier 2013, en sorte que l'appel, régularisé au greffe de cette cour, le 31 janvier 2013 suivant, dans le délai légal d'un mois, est recevable en la forme.

1) Sur la mise hors de cause de la société Z :

Il n'est pas discuté que c'est par erreur que la société Z a été attraitée dans la procédure.

Il convient en conséquence de confirmer le jugement qui l'a mise hors de cause.

2) Sur le respect des règles relatives au temps de travail aux repos et le manquement à l'obligation de sécurité :

Aux termes de l'article 5.1. de l'annexe relative à l'annualisation des horaires de travail de la convention collective nationale des services de l'automobile applicable à la relation de travail, en période de forte activité, aucune journée ne peut excéder 10 heures de travail, aucune semaine ne peut excéder 46 heures, et aucune période de 12 semaines consécutives ne peut conduire à une moyenne hebdomadaire supérieure à 44 heures.

Selon

l'

article L 3132-1 du code du travail , il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine.

En application des dispositions conjuguées des articles L3132-2 et L3131-1 du code du travail, le repos hebdomadaire a une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives auxquelles s'ajoutent onze heures consécutives de repos quotidien.

En l'espèce, M. X produit pour preuve du non-respect par la société Y des règles relatives à la durée quotidienne et hebdomadaire maximale de travail et au repos quotidien et hebdomadaire, un courrier du contrôleur du travail du 12 juillet 2010, qui, à l'issue d'un contrôle réalisé dans l'entreprise, a procédé aux constatations suivantes :

- dépassement de la durée quotidienne maximale de travail de 10 heures à 17 reprises sur la période du 14 mai 2009 au 30 novembre 2009,
- dépassement de la durée hebdomadaire maximale de travail de 48 heures à 8 reprises pour la période du 18 mai 2009 au 13 décembre 2009,
- non-respect de l'interdiction d'occuper un salarié plus de 6 jours par semaine à 8 reprises sur la période du 18 mai 2009 au 13 décembre 2009,
- non-respect du repos hebdomadaire de 35 heures consécutives à 7 reprises sur la période du 18 mai 2009 au 13 décembre 2009.

M. X produit également des états récapitulatifs des temps de travail établis par son employeur qui révèlent qu'il a dépassé la durée quotidienne maximale de travail de 10 heures, 28 fois au cours de l'année 2006, 16 fois en 2007, 20 fois en 2008, la durée hebdomadaire de travail de 46 heures, à 12 reprises en 2006, à 10 reprises en 2007 et à 8 reprises en 2008, qu'il a travaillé plus de 6 jours par semaine pendant 9 semaines en 2006, 8 semaines en 2007 et 11 semaines en 2008.

Ces éléments, non discutés et au demeurant non critiquables, établissent la preuve suffisante des manquements de la société Y aux règles relatives au temps de travail et au repos du salarié, dont celle-ci ne pouvait s'affranchir aux motifs invoqués que la nature de son activité et les contraintes inhérentes auraient rendu difficile leur respect, alors qu'il lui appartenait, comme l'a relevé le conseil de prud'hommes de prendre toutes dispositions afin d'assurer l'effectivité de ces règles d'ordre public.

Il est tout aussi vain pour la société Y d'en rejeter la responsabilité sur M. X qui était placé à son égard dans un lien de subordination et n'avait pas la maîtrise de ses temps de travail et de repos.

En ne respectant pas les dispositions protectrices, relatives à la durée du travail et aux temps de repos, destinées à assurer la santé et la sécurité des salariés, la société Y a manqué à son obligation de sécurité imposée par l'article L 4121-1 du code du travail.

Ce manquement a nécessairement causé un préjudice à M. X.

Toutefois celui-ci sera plus justement évalué à la somme de 5 000 euros compte tenu du nombre d'infractions à la législation retenues et de la durée pendant laquelle la société n'a pas respecté la législation protectrice relative à la durée du travail et aux repos, soit de 2006 à 2009.

La décision du conseil de prud'hommes sera infirmée sur ce point.

3) Sur les heures supplémentaires et les repos compensateurs :

- sur les heures supplémentaires :

Aux termes de l'article L 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu

de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

En l'espèce, M. X produit :

- les états récapitulatifs des temps de travail établis par l'employeur pour les années 2006 à 2009,

- une lettre du contrôleur du travail du 12 juillet 2010 qui a constaté, pour l'année 2009, que M. X avait effectué 328,40 heures supplémentaires, dont 148 heures 40 semblaient ne pas avoir été payées, et que 98 heures 38 supplémentaires avaient été effectuées au-delà du contingent conventionnel et ouvraient droit à un repos compensateur,

- un tableau récapitulatif des heures supplémentaires réalisées et des heures payées de 2006 à 2008,

- les fiches de paie correspondant à la période.

La société Y qui s'en rapporte, ne fournit aucun élément venant contredire les éléments produits par M. X qui établissent qu'il a bien effectué les heures supplémentaires non rémunérées ou ayant donné lieu à une rémunération minorée.

Le conseil des prud'hommes a alloué à M. X au titre des heures supplémentaires minorées ou non payées la somme de 5 299,06 euros outre celle de 529,91 euros au titre des congés y afférents calculés comme suit :

- 1 950,66 euros pour 2006, correspondant pour 281,29 euros à la majoration sur 190 heures rémunérée à 10 % au lieu de 25 %, et pour 1 669,37 euros à 135 heures 33 au taux majoré de 25 %,

- 1 688,43 euros pour 2007, correspondant pour 379,74 euros à la majoration sur 208 heures rémunérées à 10 % au lieu de 25 % et pour 1308,69 euros à 86,02 heures au taux majoré de 25%,

- 1 330,44 euros pour 2008, correspondant à 87 heures 45 au taux majoré de 25 %,

- 329,53 euros pour 2009, correspondant à 21 heures 66 au taux majoré de 25%.

Le calcul opéré étant régulier, il convient de confirmer la décision du conseil.

- Sur les repos compensateurs :

Le salarié qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur en temps utile, a droit à l'indemnisation du préjudice subi ; celle-ci comporte à la fois le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents. Il est justifié par les documents communiqués mentionnés ci-dessus que M. X a effectué 143,33 heures supplémentaires hors contingent en 2006, 162,25 heures en 2007, 85,45 heures en 2008 et 108,66 heures en 2009, soit un total de 499,69 heures.

Le jugement du conseil de prud'hommes sera également confirmé en ce qu'il a alloué à M. X une somme de 3 344,97 euros à titre de dommages et intérêts.

4) Sur le licenciement de M. X :

Il résulte des articles L 1234-1 et L 1234-9 du code du travail que, lorsque le licenciement est motivé par une faute grave, le salarié n'a droit ni à un préavis ni à une indemnité de licenciement.

La faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations

de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée du préavis.

L'employeur qui invoque la faute grave pour licencier doit en rapporter la preuve.

La lettre de licenciement de M. X est ainsi rédigée : 'L'entretien en date du 22 janvier 2010 nous a permis de vous faire part des griefs que nous avons à formuler à votre rencontre. Il en ressort que vous n'avez pas pu donner des explications que nous attendions de vous suite aux faits que nous vous reprochons (vol de matériel dans l'entreprise et revente de celui-ci à votre profit'.

Pour preuve des faits reprochés à M. X, la société Y produit :

- six copies de factures d'achat de la société L émises entre le 29 janvier et le 10 décembre 2009, portant sur l'achat de batteries, de pots d'échappements et de carters pour un montant de 1 598,64 euros, établies au nom de M. X, précisant comme mode de règlements espèces, et supportant une signature sous la mention 'bon pour acquis' et comprenant les références d'un permis de conduire et le numéro d'immatriculation d'un véhicule l'immatriculation ;

- un procès-verbal de dépôt de plainte en date du 29 janvier 2010 de M. E gérant de la société Z, à l'encontre de M. X pour 'avoir vendu le matériel destiné à la destruction à son nom au lieu de celui de l'entreprise afin de récupérer les sommes d'argent'. La plainte étant fondée sur les 6 factures d'achat de la société L établies au nom de M. X.

- un procès-verbal d'audition de M. E du 5 mai 2010, dans lequel celui-ci déclare que : 'l'entreprise de recyclage payait en espèces le déposant à savoir M. X, seule personne de mon entreprise habilitée à déposer ces pièces automobiles, qui était censé déposer ensuite l'argent dans une caisse située dans mon bureau. Cette caisse servait à financer les cafés, les repas de fin d'année du personnel et certains cadeaux pour des événements tels que mariages, naissance', et précise que 4 factures supportent la signature de M. X et les références de son permis de conduire ;

- un procès-verbal d'audition de M. X du 23 mars 2010, dans lequel, celui-ci explique que sa signature figure sur trois factures, qu'il est probable que ce soit l'un de ses collègues qui a imité sa signature par commodité car il était le responsable, que l'adresse mentionnée n'est pas la sienne, que Monsieur E. avait les références de son permis de conduire, que le véhicule mentionné sur la facture n° 25509 ne pouvait être présent car il était gravement accidenté, que la société de recyclage effectuait les versements en espèces qui étaient déposées dans le bureau de Monsieur E. qui tenait une caisse 'noire' ;

- les procès-verbaux de proposition et de notification de composition pénale, aux termes desquels M. X a refusé la composition pénale aux motifs : 'qu'il n'y a aucun justificatif comptable des sommes qui ont été déclarées volées à savoir 1 598,64 euros. Aucune audition des personnes citées par M. X. L'adresse qui a été portée sur les factures n'est pas l'adresse de M. X Eric puisqu'il habite (...). Sur trois factures nous retrouvons les signatures de M. X et sur trois autres nous ne connaissons pas le signataire. Sur l'une des fractures est portée la date du 30 juillet 2009 alors qu'à cette date M. X se trouvait à LONGEVILLE SUR MER'.

M. X produit les attestations de Messieurs T. et C. qui attestent qu'il était d'usage de vendre les batteries des véhicules destinées à la destruction et que le produit de la vente alimentait une caisse tenue par le gérant de la société.

Il ressort de ces témoignages et des déclarations de Monsieur E. qu'il existait un usage au sein de la société instauré par l'employeur consistant à vendre du matériel récupéré sur les véhicules destinés à la destruction, dont le produit de la vente, réglé en espèces, abondait une caisse tenue par le gérant de la société.

Outre qu'il est manifeste que M. X n'a pas pu procéder à la vente correspondant à la facture émise le 30 juillet 2010 puisqu'il se trouvait à cette date à LONGEVILLE SUR MER, comme il en justifie par la production d'une facture de camping, ce qui permet de douter du sérieux avec lequel les factures ont été établies et affecte leur valeur probante, la société Y ne peut

sérieusement reprocher à M. X d'avoir procédé à la vente de matériels récupérés sur des voitures destinées à la destruction alors qu'il s'agissait d'un usage instauré par l'employeur. Par ailleurs, il n'est pas établi que M. X a détourné l'argent provenant des ventes du matériel. Comme l'a relevé le conseil de prud'hommes, en l'absence de comptabilité de la caisse occulte tenue par l'employeur et alimentée par la revente des matériels prélevés sur les véhicules destinés à la destruction, il n'est pas démontré que les règlements en espèces correspondant aux factures litigieuses n'aient pas été encaissés par la société. Par suite, la société Y ne rapportant pas la preuve qui lui incombe de la faute grave reprochée à M. X, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse et le jugement du conseil de prud'hommes sera confirmé.

5) Sur les demandes en paiement :

Le licenciement étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, M. X est en droit d'obtenir le paiement du rappel de salaire et des congés payés y afférents au titre de la mise à pied conservatoire non justifiée, de l'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés y afférents et de l'indemnité légale de licenciement dont il a été privé.

La décision du conseil de prud'hommes sera également confirmée de ces chefs de demandes, les sommes allouées ayant été régulièrement calculées et n'étant pas critiquables.

En vertu de l'article L 1235-5 du code du travail applicable en l'espèce l'effectif de la société étant inférieur à 11 salariés, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté ou opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, le salarié peut prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi.

M. X avait une ancienneté plus de 5 ans à la date de son licenciement, était âgé de 39 ans et percevait une rémunération brute moyenne de 2 990,97 euros. Il n'est fourni aucun élément concernant la situation de M. X à la suite de son licenciement.

Au regard des ces éléments et du préjudice moral causé à M. X par les circonstances de son licenciement, il convient de ramener le montant de l'indemnité pour licenciement abusif à la somme de 6 000 euros.

La décision déférée sera infirmée en conséquence(...)

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant contradictoirement et par mise à disposition au greffe

REÇOIT, en la forme, l'appel de la SARL;

CONFIRME la décision du conseil de prud'hommes d'Orléans, section commerce, sauf en ce qu'il a condamné la SARL à payer à M. X la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi pour manquement de la société à son obligation de sécurité et celle de 18 000 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

RAMÈNE le montant de la condamnation au titre des dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, alloués à M. X par le conseil de prud'hommes de 10 000 euros à la somme de 5 000 euros (**CINQ MILLE EUROS**) ;

RAMÈNE le montant de la condamnation au titre des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alloués à M. X par le conseil de prud'hommes de 18 000 euros à la somme de 6 000 euros (**SIX MILLE EUROS**)

ET Y AJOUTANT

CONDAMNE la SARL à payer à M. X, la somme de 1 500 euros (**MILLE CINQ CENTS EUROS**) en application de l'article 700 du code de procédure civile.

CONDAMNE la SARL aux dépens.

Commentaire : Obligation de sécurité, durée du travail et droit au repos sont liés

La durée du travail est une question incontournable dès lors qu'il s'agit d'évoquer la question de la santé des salariés. Ainsi, l'obligation de sécurité de résultat concrétisée par l'article L 4121-1 du Code du travail suppose le respect de la réglementation relative à la durée du travail dans un objectif de protection de la santé des travailleurs.

En l'espèce, entre la date d'embauche et la date de licenciement du salarié demandeur (soit 3 années), un nombre significatif d'infractions ont été commises par l'employeur tant aux règles relatives à la durée du travail qu'à celles relatives au droit au repos. Ces manquements ont eu pour effet de faire subir au salarié une charge de travail très importante et ce de manière répétée. A l'appui de ses prétentions, le salarié produit pour preuve un courrier du contrôleur du travail qui constate d'importants dépassements des plafonds relatifs à la durée maximale quotidienne et hebdomadaire de travail ainsi que le non-respect régulier du droit au repos quotidien et hebdomadaire. Le Conseil de prud'hommes condamne l'employeur au paiement de dommages et intérêts. En appel, la société soutenait que les conditions d'exercice de son activité de fourrière rendait difficile le respect des règles relatives au temps de travail et que le salarié gérait lui-même ses horaires.

Concernant la violation manifeste des durées maximales de travail, la Cour d'appel a répondu sans détour. En effet, après avoir rappelé que ni la nature de l'activité d'une société, ni les contraintes inhérentes à celle-ci pouvaient justifier le manquement aux règles relatives à la durée du travail, elle réaffirma qu'il appartenait à l'employeur « *de prendre toutes dispositions afin d'assurer l'effectivité de ces règles d'ordre public* ». Il était donc totalement vain pour la société de soutenir que c'était au salarié de gérer son temps de travail dans la mesure où « *il était placé à son égard dans un lien de subordination et n'avait pas la maîtrise de ses temps de travail et de repos* ». En effet, c'est à l'employeur qu'il appartient de contrôler la charge de travail effective des salariés. Ce contrôle doit ainsi lui permettre de s'interroger sur l'impact que peut avoir le temps et l'intensité du travail sur la santé de ses salariés. L'article L. 3171-2 du Code du travail prévoit qu'il appartient à l'employeur d'établir les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective.

En outre, comme l'employeur n'apportait pas la preuve du respect de ces seuils¹³⁴ la Cour d'appel en déduit logiquement un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

Concernant le droit au repos, au nombre des exigences constitutionnelles comme le rappelle la Cour de cassation¹³⁵, la Cour d'appel a répondu avec la même sévérité. En effet, l'employeur n'a pas rémunéré les heures supplémentaires effectuées par le salarié et ne lui a pas accordé la contrepartie obligatoire qui devait en découler, à savoir un repos compensateur. Pour rappel, en vertu de l'article L 3121-11 du Code du travail, toute heure effectuée au-delà du contingent d'heures supplémentaires doit s'accompagner de l'octroi d'une contrepartie obligatoire en repos. Face à de tels agissements, la Cour a fait application du principe posé à l'article L 3171-4 du Code du travail selon lequel « *en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié* » afin que le juge forme sa conviction. La Cour ajoute que l'employeur a l'obligation de mettre en place des mesures permettant de suivre l'activité de ses salariés et ainsi s'assurer que leur droit au repos n'est pas bafoué.

¹³⁴ Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-13.267 : la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne mais aussi des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur.

¹³⁵ Cass. soc., 24 avril 2013, n°11-28398.

La position de la Cour d'appel face à ce « cas d'école » n'est donc pas surprenante et montre une fois encore que la santé et la sécurité des salariés doit être une priorité pour les employeurs. Ainsi, la Cour d'appel confirme la condamnation de la société au versement de dommages et intérêts.

Gwladys COEURET

4) Démission

Cour d'Appel d'Orléans, Chambre Sociale, 24 octobre 2013, n°12/00885

Madame X... a été embauchée le 10 juin 2002 par la société M. en qualité de secrétaire-accueil.

Elle a été promue assistante responsable du service administration des ventes le 1er juillet 2007.

Elle a été en congé maternité du 22 avril au 14 août 2006 et a travaillé à temps partiel à 80 % à compter de sa date de reprise jusqu'au 18 août 2008.

A l'issue d'un second congé maternité, elle a repris son poste à 80 % le 1er juin 2010.

Madame X... a remis sa démission par lettre du 16 septembre 2010 et a demandé à être dispensée de 15 jours de préavis.

Madame X... a refusé d'exécuter son préavis jusqu'au 15 octobre 2010 comme le lui demandait la société M..

Le 15 novembre 2010, Madame X... a saisi le conseil de prud'hommes de Tours, section commerce, aux fins de voir juger que la rupture du contrat de travail avait pour origine le comportement inadapté de Monsieur Y..., que sa démission était équivoque et voir, en conséquence, requalifier sa démission en prise d'acte de la rupture avec effet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Elle a demandé la condamnation de la société M. à lui payer les sommes suivantes :

- indemnité de préavis : 3 158,80 euros,
- indemnités de congés payés sur préavis : 315,88 euros
- indemnité légale de licenciement : 2 612,48 euros
- indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : 20 000 euros
- article 700 du code de procédure civile : 2 000 euros

Madame X... a également sollicité, outre l'exécution provisoire de la décision, la remise des documents de rupture sous astreinte.

La société M. qui s'est opposée aux prétentions de Madame X... a poursuivi, reconventionnellement, sa condamnation à lui payer la somme de 756,44 euros à titre d'indemnité de préavis, celle 5 000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et celle de 4000 euros pour frais irrépétibles.

Par jugement du 27 janvier 2012 auquel il est renvoyé pour plus ample exposé, le conseil de prud'hommes de Tours a débouté Madame X... de l'intégralité de ses demandes et l'a condamnée à payer à la société M. les sommes de 756,44 euros à titre d'indemnité de préavis, de 1 euro à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et de 100 euros pour frais irrépétibles.

Le 21 mars 2012 Madame X... a interjeté appel de ce jugement.

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES

Pour plus amples exposé des moyens et prétentions des parties, la cour se réfère à leurs conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience des débats qui sont ci-après résumées.

1° Ceux de Madame X... appelante :

Madame X... conclut à l'infirmité du jugement déféré. Elle demande à la cour de requalifier sa démission en prise d'acte de la rupture et de juger qu'elle produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Elle sollicite la condamnation de la société M. à lui payer les sommes revendiquées devant le conseil de prud'hommes outre celle de 15 000 euros de dommages et intérêts au titre des actes de harcèlement, celle de 5 000 euros de dommages et intérêts au titre du manquement de la société M. à son obligation de prévention et celle de 4 000 euros pour frais de procédure. Elle réclame encore, la remise sous astreinte des documents de rupture.

Madame X... fait valoir au soutien de ses prétentions qu'elle rapporte la preuve, au moyen des attestations et procès-verbaux des auditions recueillies dans le cadre de la plainte qu'elle a déposée contre Monsieur Y..., du harcèlement moral et sexuel dont elle a été victime qui a affecté sa santé physique et psychique.

Elle souligne que ces témoignages attestent notamment que Monsieur Y... la convoquait tous les soirs dans son bureau, l'a embrassée par surprise dans le cou en 2007, ce qui l'a blessée et a alimenté une rumeur au sein des sociétés du groupe, lui demandait de déjeuner en tête-à-tête au restaurant ou qu'elle lui prépare ses repas, lui tenait des propos désobligeants, insultants, portait des appréciations sur son apparence physique et lui faisait des réflexions déplacées sur ses tenues vestimentaires, pratiquait un humour douteux axé sur le sexe, lui a réservé un traitement spécial suite à sa première grossesse, lui faisait subir des brimades et l'a affectée à son retour de son second congé de maternité à un poste occupé par une autre salariée sans bureau, ni chaise ni ordinateur.

Elle considère qu'il ne peut être apporté un quelconque crédit à l'enquête interne réalisée par la société M. pour les besoins de la cause.

Elle soutient que sa démission a un caractère équivoque et qu'il est sans importance qu'elle n'ait assorti sa lettre de démission d'aucune réserve dès lors qu'il résulte des circonstances antérieures ou contemporaines de sa démission que celle-ci était équivoque, comme elle en justifie par le harcèlement qu'elle subissait qui l'a amenée à saisir la HALDE en juillet 2010 et à déposer plainte le 27 septembre 2010.

Madame X... qui souhaite par suite voir accueillir ses demandes en paiement, fait valoir que le préjudice résultant du harcèlement subi et du manquement de la société M. à son obligation de prévention sont des préjudices distincts dont elle est fondée à obtenir réparation.

2° Ceux de la société M. :

La société M. sollicite la confirmation du jugement et la condamnation à titre reconventionnel de Madame X... à payer la somme de 5 000 euros de dommages et intérêts pour procédure abusive, outre celle de 5 000 euros pour frais irrépétibles.

Elle expose que la lettre de démission de Madame X... est claire et non équivoque qu'elle n'a formulé aucun grief et n'est pas revenue sur les motifs de sa démission à l'occasion des échanges qui ont suivi et que ce n'est que le 15 novembre 2010 qu'elle a saisi le conseil de prud'hommes lorsque la société lui a demandé le règlement du préavis de 15 jours qu'elle refusait d'exécuter. Elle considère que sa démission a pour seul motif son embauche à compter du 1er octobre 2010 sur un emploi mieux rémunéré et qu'en conséquence, en l'absence de manquement de l'employeur antérieur ou contemporain de la démission, Madame X... ne peut obtenir sa requalification.

Elle soutient qu'il ne peut lui être reproché le non-respect de son obligation de résultat et de sécurité au travail, alors qu'elle n'a jamais été informée de ce que Madame X... aurait été harcelée.

Elle considère que Madame X... ne rapporte pas la preuve qu'elle a saisi la HALDE avant le 15 octobre 2010 et qu'en tout état de cause, il ne s'agit pas d'un élément de nature à étayer le prétendu harcèlement.

Elle estime qu'en raison du principe d'indépendance des qualifications civiles et pénales, Madame X... ne peut se prévaloir de l'enquête diligentée à la suite de la plainte déposée à l'encontre de Monsieur Y... et ce d'autant, que la procédure est dirigée contre la société M..

Elle fait remarquer que Monsieur Y... a été relaxé par le tribunal correctionnel et que l'enquête pénale établit que Madame X... n'a jamais été victime de harcèlement comme le corroborent les conclusions de l'audit interne qu'elle a fait pratiquer. Elle affirme que les allégations de Madame X... ne sont pas fondées et que les attestations produites dont elle réfute la pertinence sont imprécises et contradictoires.

Elle souligne que Madame X... a bénéficié d'une évolution professionnelle et salariale au sein de la société et que ces demandes de travail à temps partiel ont toutes été acceptées sans difficulté. Elle soutient que toutes les dispositions ont été prises pour que Madame X... puisse être équipée d'un ordinateur à sa reprise de service alors qu'elle n'a prévenu de son retour que la veille et qu'elle a retrouvé l'intégralité de ses attributions.

Elle fait observer que Madame X... ne justifie pas d'une quelconque altération de son état de santé en lien avec les faits dénoncés et que les documents médicaux produits se rattachent à sa grossesse.

Elle reproche à Madame X... d'avoir formé des accusations dans le seul but de ne pas exécuter son préavis et s'estime bien fondée à obtenir sa condamnation pour procédure abusive.

Subsidiairement, elle conteste le montant des sommes réclamées qui ne tiennent pas compte du dernier salaire perçu.

MOTIF DE LA DÉCISION

La notification du jugement est intervenue le 25 février 2012, en sorte que l'appel, régularisé au greffe de cette cour, le 21 mars 2012, dans le délai légal d'un mois est recevable.

Au regard des moyens et prétentions invoqués, il convient de rechercher en premier lieu si la démission de Madame X... est ou non équivoque.

1 - Sur la démission :

La démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail. Lorsque le salarié remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur et lorsqu'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, le juge doit l'analyser en une prise d'acte qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou, dans le cas contraire, d'une démission. Madame X... a adressé sa démission à la société M. par lettre en date du 16 septembre 2010, rédigée en ces termes :

« Madame Je vous informe de ma volonté de démissionner du poste d'Assistante responsable Administration des ventes que j'occupe depuis le 1 avril 2007 au sein de la société M..

Je sollicite votre accord pour effectuer uniquement 15 jours de préavis au lieu d'un mois comme indiqué dans la convention collective, cela me ferait partir le 30 septembre 2010.

Je vous remercie par avance de bien vouloir tenir à ma disposition, au plus tard à la date de mon dernier jour de travail tous les documents de fin de contrat. »

La lettre de démission ne contient aucune réserve et Madame X... ne justifie pas de circonstances antérieures ou contemporaines de sa démission établissant l'existence d'un litige l'opposant à son employeur et dont celui-ci aurait été informé directement ou indirectement, de nature à remettre en cause sa volonté claire et non équivoque de démissionner.

En effet, s'il est établi par les courriers et attestations émanant de Monsieur René G., correspondant de la HALDE en Indre et Loire que Madame X... l'a informé dès le 21 juillet 2010 lors d'un rendez-vous de sa décision de saisir cette Haute autorité pour des faits de harcèlement moral et sexuel reprochés au directeur de M., il n'est nullement démontré ni même soutenu que la HALDE en a avisé la société M..

Il n'est communiqué aucun élément établissant que Madame X... a, avant sa démission, informé son employeur du harcèlement dont elle se plaint, Monsieur Ludovic H. responsable administratif de la société M. a déclaré lors de son audition par les gendarmes que Madame X... ne s'était jamais plainte de harcèlement et qu'il n'en a été informé qu'à l'occasion de l'instance prud'homale. Les courriers échangés entre Madame X... et la société M. à l'occasion de sa démission, en date des 30 septembre 2010, 12 et 22 octobre 2010 dans lesquelles elle demande à ne faire que 15 jours de préavis et réclame son solde de tout compte ne font pas davantage allusion à des faits de harcèlement et ne comportent aucun grief.

Madame X... a déposé plainte auprès du procureur de la République de Tours par lettre du 27 septembre 2010 pour harcèlement, mais là encore, il n'est pas établi que la société M. en a été informée, étant relevé que les gendarmes ont été saisis le 11 décembre 2010, que Madame X... a été entendue le 19 décembre suivant et Monsieur Y... seulement le 30 mars 2011.

Ce n'est que le 15 novembre 2010, et après que la société M. lui a réclamé le paiement de la somme de 756,44 euros au titre de la période de préavis qu'elle a refusé d'exécuter sans doute en raison de ce qu'elle avait été embauchée le 1er octobre 2010 par la société SECMEPLAST que Madame X... a saisi le conseil de prud'hommes de Tours, en évoquant devant cette juridiction des faits de harcèlement moral et sexuel.

Compte tenu du délai écoulé, soit deux mois, cette contestation n'est pas contemporaine de la démission et ne peut lui conférer un caractère équivoque.

Ainsi en l'absence d'éléments tangibles rendant équivoque la démission de Madame X... donnée sans réserve, celle-ci a valablement produit ses effets et ne peut être remise en cause.

Il convient, par suite, de confirmer le jugement du conseil de prud'hommes en ce qu'il a débouté Madame X... de sa demande tendant à voir requalifier sa démission et de celles subséquentes tendant à obtenir le paiement de sommes pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2 - Sur le harcèlement :

Le harcèlement sexuel est défini par l'article L 1153-1 du code du travail dans sa rédaction applicable à l'époque des faits dénoncés, qui dispose que les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits.

Le harcèlement moral est prévu par l'article L 1152-1 du code du travail qui énonce qu'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

En matière prud'homale, la preuve est libre.

Rien ne s'oppose, en conséquence, à ce que Madame X... produise comme éléments de preuve, les procès-verbaux d'audition des personnes entendues dans le cadre de l'enquête diligentée à

la suite de la plainte qu'elle a déposée auprès du procureur de la République dont il convient de relever qu'il l'a autorisée à en faire état le 23 mars 2012.

Le fait que des personnes entendues dans le cadre de la procédure pénale ou à l'occasion de l'enquête interne diligentée par la société M. n'aient rien constaté ou dépeignent Monsieur Y... en termes positifs ne sont pas de nature à affecter la crédibilité ni à affaiblir les témoignages et auditions sur lesquels se fondent Madame X... dans la mesure où ils ne remettent pas en cause la véracité des faits attestés.

Plusieurs salariés ou ex salariés de l'entreprise (Thomas G., Robin R., Yann A., Régis T., Emmanuelle B., Sandrine M., Elodie G.), ont attesté ou déclaré lors de leur audition par les gendarmes que Monsieur Y... avait une attitude déplacée avec les employées féminines qu'en particulier il faisait des réflexions sur leurs tenues vestimentaires, tenaient des propos à connotation sexuelle ou tendancieux, comparait la taille de son sexe à celui de produits commercialisés par M., livrait son goût pour les femmes à forte poitrine.

Il est établi par les mêmes dépositions et témoignages que Madame X... a été plus particulièrement victime des agissements de Monsieur Y... qui ne sauraient se justifier sous couvert d'humour.

Monsieur Sébastien V. ancien responsable commercial de la société témoigne avoir vu Monsieur Y... embrasser par surprise Madame X... Plusieurs salariés (B., B., N. M.) confirment avoir eu connaissance de cet événement et de ce qu'il a affecté Madame X... et alimenté une rumeur chez le personnel de l'entreprise.

Madame Emmanuelle B. atteste avoir entendu Monsieur Y... demander à Madame X... si elle portait une culotte sous ses leggings.

Madame Rachel B. témoigne également avoir entendu Monsieur Y... dire à Madame X... qu'il trouvait plus sexy ses soutiens gorge avec bretelles transparentes et qu'il aimait qu'elle porte des pantalons blancs ce qui lui permettait de voir son string à travers.

Les réflexions de Monsieur Y... concernant les tenues vestimentaires de Madame X..., sont également attestées par Monsieur V., qui indique que Monsieur Y... lui disait qu'il « aimerait des vêtements plus près du corps », de Madame N. M. et Madame G., cette dernière expliquant que Madame X... ne savait plus comment se vêtir de peur d'avoir des remarques.

Il est également démontré par les témoignages de Mesdames N. M., Emmanuelle B., Rachel B. et Monsieur V. que Monsieur Y... convoquait régulièrement le soir Madame X... dans son bureau, sans qu'il soit justifié d'un motif valable, Monsieur V. qui était alors son chef de service, précise dans son audition qu'il n'en comprenait pas les raisons et se « demandait ce qu'il lui voulait ».

Il ressort également du témoignage de Madame Emmanuelle B. que Monsieur Y... a traité Madame X... de « pute » et de « salope » lorsqu'elle lui a annoncé la seconde grossesse de cette dernière. Ces insultes ont eu un écho dans l'entreprise, puisque Monsieur Robin R. l'avoir appris par les membres du comité de pilotage.

Toutefois, ces agissements de Monsieur Y... dont la matérialité est suffisamment établie ne constituent pas des faits de harcèlement sexuel dans la mesure où il n'est pas démontré et qu'il ne peut s'en déduire qu'ils avaient pour objet d'obtenir des faveurs de nature sexuelle de la part de Madame X...

Madame X... a d'ailleurs déclaré aux enquêteurs que Monsieur Y... ne lui avait jamais demandé de faveurs sexuelles.

Ces agissements répétés consistant de la part de Monsieur Y... à tenir des propos déplacés concernant la tenue vestimentaire de Madame X... et injurieux, et de la convoquer régulièrement en fin de journée sans motif dans son bureau caractérisent en revanche une forme de harcèlement moral.

En effet, ces faits par leur nature ont nécessairement et de manière objective affectés les conditions de travail de Madame X... et porté atteinte à sa dignité. Il est, en outre, démontré

par la production des certificats médicaux des docteurs F. et L. qu'ils ont eu des répercussions sur sa

En revanche, il n'est pas établi comme le soutient Madame X... que sa situation dans l'entreprise a défavorablement évolué postérieurement à sa demande de prolongation de son premier congé de maternité et qu'elle a été « mise au placard » à son retour de congé de maternité le 1er juin 2010, n'ayant ni bureau, ni ordinateur, ni chaise et qu'elle n'a pas retrouvé son poste et ses précédentes attributions.

Il résulte des éléments communiqués aux débats (avenants aux contrats de travail) que l'entreprise M. n'a jamais fait de difficultés pour lui accorder les temps partiels sollicités, qu'il ressort au contraire d'un échange de courriels en avril 2010 en vue de la préparation de son retour dans l'entreprise qu'il a été tenu compte de ses souhaits pour fixer ses horaires de travail.

Il est également établi par les copies des échanges de courriers électroniques avec Madame X... qu'elle n'a confirmé sa reprise de service que le 31 mai 2010 pour le 1er juin suivant, et que le même jour, il était demandé au service informatique que le nécessaire soit fait pour qu'elle puisse retrouver son ordinateur dans sa configuration initiale.

Il ressort en outre des attestations de Messieurs Arnaud H. et Tony B. que Madame X... a retrouvé l'intégralité de ses attributions et que la création d'un second poste d'assistant de responsable Front Offices confié à Madame P. répondait à des nécessités d'organisation de l'activité du service.

Enfin, elle a signé le 1er juin 2010 un avenant à son contrat de travail, reprenant conformément à son souhait, comme intitulé de poste : assistante responsable du service administration des ventes au lieu d'assistante du responsable du Front Office mentionné dans un précédent avenant qu'elle avait refusé de signer.

3 - Sur les demandes de dommages et intérêts :

- sur la demande de dommages et intérêts pour harcèlement :

L'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise notamment en matière de harcèlement moral, l'absence de faute de sa part ne pouvant l'exonérer de sa responsabilité

La société M. est en conséquence tenue de réparer le préjudice subi par Madame X... du fait du harcèlement moral commis par son directeur Monsieur Y....

Compte tenu de la nature des agissements caractérisant le harcèlement, de leurs conséquences pour Madame X... son préjudice sera réparé par la somme de 8 000 euros que la société M. sera condamnée à lui payer.

- sur la demande de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de prévention :

Aux termes de l' article L 1152-4 du code du travail, l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.

En l'espèce, il a été ci-dessus démontré que la société M. n'avait pas eu connaissance des faits de harcèlement dont Madame X... a été victime.

Par ailleurs, Madame X... qui se contente d'affirmer sans le démontrer avoir subi un préjudice résultant du manquement de la société M. à son obligation en matière de prévention du harcèlement moral ne justifie d'aucun préjudice distinct de celui résultant du harcèlement.

Elle sera, par suite, déboutée de sa demande de dommages et intérêts formée à ce titre.

[...]

PAR CES MOTIFS :

La cour, statuant contradictoirement et par mise à disposition au greffe

REÇOIT, en la forme, l'appel de Madame X... ;

au fond, CONFIRME le jugement déferé (conseil des prud'hommes de Tours, section commerce, du 27 janvier 2012) en ce qu'il a :

- débouté Madame X... de ses demandes tendant à voir juger que la rupture du contrat de travail avait pour origine le comportement inadapté de Monsieur Y..., que sa démission était équivoque et voir requalifier sa démission en prise d'acte de la rupture avec effet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que des demandes en paiement subséquentes fondées sur la rupture du contrat de travail,

- condamné Madame X... à payer à la société M. la somme de 756,44 euros à titre d'indemnité de solde de préavis.

l'INFIRME pour le surplus ;

Y AJOUTANTCONDAMNE la société M. à payer à Madame X... la somme de 8 000 euros (HUIT MILLE EUROS) euros à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral,

DÉBOUTE Madame X... de ses plus amples demandes ;

DÉBOUTE la société M. de sa demande pour procédure abusive ;

CONDAMNE la société M. à payer à Madame X... la somme de 1 800 euros (MILLE HUIT CENTS EUROS) en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

CONDAMNE la société M. aux dépens de première instance et d'appel

Commentaire : Le harcèlement ne rend pas équivoque toute démission.

La frontière entre les différents modes de rupture du contrat de travail peut parfois s'avérer floue. Il en est ainsi lorsqu'une démission est intervenue dans le cadre d'une situation de harcèlement dont le démissionnaire était victime. La démission du salarié victime de harcèlement peut-elle réellement être regardée comme une démission ou doit-on considérer que le salarié n'était pas à même d'exprimer une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat? La Chambre Sociale de la Cour d'Appel d'Orléans a eu l'occasion de se prononcer dans un arrêt du 24 octobre 2013. Les juges n'ont pas requalifié la démission.

En l'espèce, la salariée avait remis sa démission par lettre le 16 septembre 2010 et refusé d'exécuter son préavis. Elle a par la suite saisi le conseil de prud'hommes de Tours le 15 novembre 2010 en lui demandant de requalifier sa démission en prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle prétend que la rupture de son contrat de travail avait pour origine des actes de harcèlement de la part de son manager. La salariée avait, en effet, porté plainte le 27 septembre 2010 contre ce dernier pour harcèlement moral et sexuel. Un ensemble de témoignages attestait que son responsable la convoquait tous les soirs dans son bureau sans fondement, l'avait embrassé par surprise alimentant ainsi des rumeurs dans l'entreprise, l'avait insultée à de nombreuses reprises, avait tenu des propos désobligeants notamment sur son apparence physique, pratiquait un humour axé sur le sexe ou encore lui demandait de déjeuner en tête à tête au restaurant.

L'employeur s'est opposé aux demandes de la salariée et l'a poursuivie reconventionnellement en vue d'obtenir les indemnités de préavis ainsi que des dommages et intérêts pour procédure abusive. Dans son jugement du 27 janvier 2012 le conseil des prud'hommes de Tours s'est prononcé en faveur de l'employeur et a ainsi débouté la salariée de l'intégralité de ses demandes. La salariée a par la suite interjeté appel le 21 mars 2012.

La question était alors de savoir si les actes de harcèlement à l'encontre de la salariée permettaient d'établir l'existence d'un litige l'opposant à son employeur de nature à remettre en cause sa volonté claire et non équivoque de démissionner. Selon une jurisprudence constante¹³⁶, la démission doit résulter d'une manifestation non équivoque de volonté du salarié. Dans plusieurs arrêts la Cour de Cassation a affirmé que la démission ne doit pas être

¹³⁶ Cass. soc., 21 mai 1980 : *Bull. civ.* V, n° 452.

la conséquence d'actes de harcèlement moral¹³⁷. La Cour d'appel rappelle ici, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de Cassation¹³⁸ que « *lorsque le salarié remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur et lorsqu'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, le juge doit l'analyser en une prise d'acte qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient* ». La requalification de la démission en prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse suppose que l'employeur ait eu un comportement fautif.

En l'espèce, la Cour a relevé que la lettre de démission ne comportait aucune réserve et que la salariée ne justifiait pas de circonstances antérieures ou contemporaines de sa démission établissant l'existence d'un litige l'opposant à son employeur et dont celui-ci aurait été informé. La connaissance par l'employeur du litige constitue donc une condition à la requalification en prise d'acte ayant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur qui n'a pas eu connaissance des faits de harcèlement ne peut pas par conséquent avoir eu un comportement fautif, et la démission qui n'a pas été précédée ou immédiatement suivie d'une dénonciation du manager par la salariée en amont du recours juridictionnel ne peut pas se voir reconnaître un caractère équivoque. Dans cette affaire, les faits de harcèlement ont été connus de l'employeur deux mois après la démission de la salariée, ils ne peuvent pas être considérés comme contemporains à la démission et ne donnent pas à celle-ci un caractère équivoque. La Cour d'appel confirme ainsi le jugement du Conseil de prud'hommes.

Il faut néanmoins rappeler que l'employeur n'est pas pour autant exonéré de sa responsabilité puisque « *l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité* »¹³⁹.

Elodie MAROIS

5) Prise d'acte

Cour d'appel d'Orléans, Chambre sociale, 3 décembre 2013, 13/01044

Monsieur P. qui a le statut de travailleur handicapé a été embauché en qualité de chauffeur par la société Z, le 28 avril 2003, en contrat à durée déterminée, renouvelé jusqu'au 29 février 2004.

La relation s'est poursuivie en contrat à durée indéterminée à compter du 1er janvier 2010.

Par lettre recommandée du 2 novembre 2010, Monsieur P. a pris acte de la rupture du contrat de travail pour fautes graves reprochées à son employeur.

Monsieur P. a saisi le conseil de prud'hommes d'Orléans, section commerce, le 15 novembre 2010, aux fins de voir :

- *juger que la prise d'acte de la rupture vaut licenciement sans cause réelle et sérieuse,*
- *condamner la société Z à lui payer :*
- *5.500 euros à d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés*
- *3.500 euros à titre d'indemnité de licenciement*

¹³⁷ Cass. soc., 19 oct. 2005 : n° 04-42.902, 8 mars 2006 : n° 04-40.259, 5 juin 2008 : n° 06-45.779, Cass. soc., 26 mai 2010 : n° 08-44.923.

¹³⁸ Cass. soc., 1er déc. 2009 : n° 07-42.796.

¹³⁹ Cass. soc., 21 juin 2006 : n°05-43.914.

- 30.000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, outre intérêts à compter de la date de conciliation.

Il était également demandé une somme de 600 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Z s'est opposée aux demandes et a sollicité une somme de 3.000 euros pour frais de procédure.

Par jugement du 11 mars 2013, auquel il est renvoyé pour plus ample exposé, le conseil de prud'hommes d'Orléans, section commerce, en formation de départage, a dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail s'analyse en une démission et débouté Monsieur P. de toutes ses demandes.

L'appel du jugement a été relevé par Monsieur P. le 26 mars 2013.

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES

Pour plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, la cour se réfère à leurs conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience des débats et qui sont ci-après résumées.

1) Ceux de Monsieur P.

Monsieur P. qui conclut à la réformation de la décision dont appel, reprend devant la cour les demandes formées en première instance et réclame une somme de 1.500 euros pour frais irrépétibles. Monsieur P. fait valoir pour l'essentiel qu'il a été victime de harcèlement moral et de violences verbales de la part de ses collègues dont son employeur était informé sans qu'il ne réagisse, que la société Z a obtenu, après avis de la médecine du travail, un financement par OHÉ PROMETHÉE afin de faire équiper un camion d'une boîte de vitesse automatique et d'une pompe hydraulique pour lui faciliter la conduite, que cependant la société a mis ce véhicule à la disposition d'un chauffeur qui ne souffrait d'aucun handicap, ce qui l'a conduit à dénoncer ces faits au ministère du travail, qu'en raison du harcèlement subi et de la dégradation de ses conditions de travail, il a été contraint d'adresser à la société Z une prise d'acte de la rupture.

2) Ceux de la société Z

La société qui sollicite la confirmation du jugement querellé, entend voir Monsieur P. débouté de l'ensemble de ses prétentions et condamné à lui payer la somme de 3.000 euros à titre de dommages et intérêts et celle de 4.000 euros pour frais irrépétibles.

La société qui conteste avoir commis une quelconque faute, fait valoir en substance, que Monsieur P. a été déclaré apte à la conduite des véhicules du groupe lourd par le médecin du travail lorsqu'il a intégré l'entreprise, sans aucune restriction, qu'elle a cependant pris l'initiative en 2005 de rechercher des financements pour faire aménager un camion, que sans attendre la subvention, elle a fait l'acquisition de deux camions avec boîte de vitesse automatique pour réaliser des trajets longues distances et un camion citerne avec lanceur hydraulique pour effectuer des trajets régionaux, que ce n'est qu'en avril 2009, à l'occasion d'une visite qu'elle a sollicitée, que le médecin du travail a préconisé pour Monsieur P. l'usage d'un camion équipé à la fois d'une boîte de vitesse automatique et d'un compresseur hydraulique, que renseignements pris auprès des fournisseurs, il n'était pas envisageable pour des raisons techniques d'équiper un véhicule de chantier de ces deux dispositifs, que Monsieur P. a alors été consulté sur le matériel qui lui paraissait le plus adéquat, qu'en l'absence de réponse de sa part, il a été envisagé de mettre à sa disposition un véhicule grande distance équipé d'une boîte et d'un compresseur automatiques, que le médecin du travail a informé la société que le véhicule prévu favoriserait la reprise du travail de Monsieur P. qui était en arrêt de travail depuis le 15 novembre 2009 et qui a été déclaré

temporairement inapte en octobre 2010, 15 jours avant qu'il adresse sa prise d'acte de la rupture.

La société qui considère comme diffamatoires les accusations de harcèlement moral et de violences au travail de Monsieur P., relève que celui-ci ne fournit aucun élément de preuve à l'appui de ses allégations mais, qu'en revanche, ses collègues de travail et certains clients se sont plaints de son comportement et qu'il a fait l'objet de plusieurs avertissements pour non respect des règles de fonctionnement de l'entreprise.

MOTIFS DE LA DÉCISION

La notification du jugement est intervenue le 15 mars 2013, en sorte que l'appel, régularisé au greffe de cette cour, le 26 mars 2013 suivant, dans le délai légal d'un mois, est recevable en la forme.

1) Sur la prise d'acte de la rupture

En cas de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié, cette rupture produit soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, si les faits invoqués la justifiaient, soit dans le cas contraire, d'une démission.

Il appartient au salarié d'établir les faits qu'il allègue à l'encontre de l'employeur.

L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige ; le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit.

En l'espèce, la lettre de prise d'acte de la rupture du contrat de travail en date du 2 novembre 2010 adressée par Monsieur P. à la société Z qui ne peut être reproduite compte tenu de sa longueur énonce 5 types de griefs à savoir : le non respect des aménagements de poste en qualité de travailleur handicapé, la modification du poste de travail, le harcèlement moral et la violence au travail, le manquement de l'employeur à ses obligations et des anomalies concernant les repos compensateurs. L'ensemble de ces griefs ont été repris à l'audience par Monsieur P. à l'exception de ceux concernant les repos compensateurs.

Ces griefs seront analysés successivement ci-après.

- Sur l'adaptation du poste de travail :

Monsieur P. reproche à la société Z de ne pas avoir mis à sa disposition le véhicule équipé d'une boîte automatique dont l'installation avait été financée par l'association OHÉ PROMETHÉE en considération de son handicap.

Il résulte des documents communiqués que le médecin du travail, après une première visite réalisée le 14 mai 2003, ayant donné lieu à un avis d'aptitude avec préconisation d'examen complémentaires, a, lors de la seconde visite du 16 juillet 2003, déclaré Monsieur P. apte sans réserve pour la conduite de véhicules du groupe lourd.

A l'occasion d'un examen pratiqué le 9 avril 2004, Monsieur P. a de nouveau été déclaré apte sans aucune réserve.

Le 31 août 2005, le médecin du travail a déclaré Monsieur P. apte, tout en précisant qu'un aménagement de poste serait à envisager.

Le 28 septembre 2005, le médecin du travail attestait que l'état de santé de Monsieur P., nécessitait la conduite d'un camion équipé d'une boîte de vitesse automatique pour compenser son handicap.

Par courrier du même jour, le médecin écrivait à Monsieur P. pour l'informer qu'il avait contacté son employeur pour qu'il soit équipé d'un camion avec une boîte de vitesse automatique et qu'il avait adressé un certificat à OHÉ PROMETHÉE qui devait s'occuper de financer partiellement cet aménagement dans le cadre de la reconnaissance de travailleur handicapé. Ce médecin demandait à Monsieur P. de transmettre à cet organisme le document attestant de sa qualité de travailleur handicapé.

Le 6 octobre 2005, le médecin du travail attestait que l'état de santé de Monsieur P. nécessitait la conduite d'un camion équipé d'une boîte de vitesse automatique ainsi qu'un compresseur automatique branché sur le moteur du véhicule afin de supprimer l'utilisation du lanceur d'un compresseur manuel.

Le même jour, le médecin écrivait à nouveau à Monsieur P. pour l'informer que Monsieur F. l'avait interrogé sur la possibilité d'avoir un véhicule qui soit équipé d'un compresseur automatique en plus de la boîte de vitesse. Le médecin qui indiquait avoir donné son accord de principe, mentionnait que Monsieur F. lui avait précisé que Monsieur P. était d'accord.

Il se déduit de ces éléments que ce n'est pas la société Z qui a pris l'initiative de solliciter l'association OHÉ PROMETHÉE mais que cette démarche a été initiée par le médecin du travail en considération du handicap de Monsieur P. dont l'état de santé nécessitait un aménagement du véhicule, la société Z ayant uniquement suggéré de faire installer, en complément de la boîte automatique, un compresseur automatique.

Il est établi par le courrier du 6 mars 2006 du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées que la société Z a perçu une subvention de 5.409,49 euros pour l'aménagement du véhicule.

Or cette subvention n'a été accordée qu'en considération de la situation de Monsieur P. et de la nécessité d'aménager le poste de conduite comme préconisé par le médecin du travail.

La société Z ne peut sérieusement soutenir que ce n'est qu'en 2009 que le médecin du travail a indiqué la nécessité pour Monsieur P. d'avoir à la fois une boîte de vitesse automatique et un compresseur hydraulique, alors que dans le certificat d'aptitude du 31 août 2005, le médecin du travail précisait qu'un aménagement de poste serait à envisager et qu'il a dans les attestations ultérieures mentionné expressément la nature de ces aménagements, ce qui a permis à la société Z de bénéficier du financement alloué par le Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées.

Les avis médicaux d'aptitude des 21 février 2009 et 9 avril 2009 reprennent d'ailleurs très précisément les préconisations déjà faites par le médecin en 2005 à savoir la nécessité d'une boîte de vitesse et d'un compresseur automatiques branchés sur le moteur.

A cet égard, il n'est pas vain de relever que près de 4 années se sont écoulées entre ces visites alors que Monsieur P. en sa qualité de travailleur handicapé bénéficiait, en application de l'article R 4624-19 du code du travail, d'une surveillance médicale renforcée.

Il n'est pas sans intérêts également de constater que Monsieur P. a saisi l'Inspection du Travail par lettre du 1er décembre 2008 pour se plaindre de ce que la société Z n'avait pas mis à sa disposition le véhicule équipé d'une boîte automatique et que la société, qui n'avait accompli aucune diligence jusqu'à cette date, a saisi le 13 février 2009, soit deux mois plus tard le médecin du travail, pour l'interroger sur les tâches que Monsieur P. pouvait effectuer alors qu'elle connaissait depuis 2005 la nature des aménagements préconisés par le médecin.

La société ne peut être suivie dans ses explications concernant le fait que le système de pompe hydraulique et de boîte de vitesse automatique a été monté sur des camions différents, et qu'il était impossible d'équiper un camion, pour des raisons techniques, de ces deux dispositifs, alors même que la préconisation initiale du médecin du travail concernait l'utilisation d'une boîte automatique et que ce n'est qu'après suggestion de la société qu'il a avalisé l'installation d'un compresseur qui ne s'imposait pas au départ mais qui était nécessairement de nature à simplifier la tâche de Monsieur P..

Au demeurant la société Z, comme elle l'écrit dans son courrier en date du 1er septembre 2009 adressé au médecin du travail avec copie à OHÉ PROMETHÉE, disposait d'un véhicule de marque RENAULT avec boîte automatique et compresseur automatique se manipulant de la cabine du véhicule pour Monsieur P..

Il se déduit, enfin, des courriers adressés par la société Z au médecin du travail avec copie à l'association OHÉ PROMETHÉE que les démarches entreprises en 2009 par la société ont

été réalisées dans le cadre de son projet de renouvellement du parc de véhicules (courrier du 18 juin 2009) et afin d'obtenir un nouveau financement et qu'elles n'étaient pas destinées à se mettre spécifiquement en conformité avec les préconisations du médecin du travail puisqu'elle disposait depuis 2006 d'un camion adapté qu'elle n'a pas mis à la disposition de Monsieur P.. Ce grief est caractérisé.

- La modification du poste de travail :

Il est constant que de février 2009 à mai 2009 Monsieur P. a effectué des trajets impliquant de ne pas rentrer en soirée à son domicile.

La société Z explique que ces changements étaient justifiés par les difficultés économiques qu'elle rencontrait. Monsieur P. ne justifie pas que son handicap nécessitait un retour à son domicile tous les soirs. Les avis du médecin du travail ne comportant aucune restriction ou recommandation à ce sujet.

Au demeurant, le médecin du travail dans son courrier du 7 septembre 2009 à la société Z écrit qu'il serait souhaitable que Monsieur P. : ' ait un retour quotidien à son domicile, comme cela se passe depuis 6 ans '. Ce qui démontre qu'il n'y avait pas d'obligation.

Il s'ensuit que ce grief n'est pas fondé.

- Sur le harcèlement moral :

Aux termes de l'article L 1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

L'article L 1154-1 du même code prévoit qu'en cas de litige, le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et il incombe alors à l'employeur, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

En l'espèce Monsieur P. expose qu'il a été victime d'injures de la part de collègues de travail les 28 novembre 2008, 30 janvier et 20 mars 2009. Il reproche également à son employeur, de lui avoir adressé un avertissement et des demandes d'explications.

Monsieur P. qui produit la copie des lettres adressées à l'inspection du travail pour dénoncer les injures dont il affirme avoir été l'objet de la part de ses collègues, ne justifie pas qu'il en ait informé son employeur et ne produit aucun élément de preuve établissant la réalité de ces faits. Ainsi en l'état des pièces fournies, Monsieur P. n'établit pas la matérialité des injures et violences dont il affirme avoir été victime pouvant laisser supposer l'existence d'un harcèlement moral.

S'agissant de l'avertissement et des demandes d'explications, Monsieur P. produit :

- un courrier du 26 mars 2009, par lequel la société Z reproche à Monsieur P. d'être rentré le 17 mars 2009 à son domicile avec le camion après être passé au dépôt sans solliciter l'autorisation d'utiliser le camion, et lui donne pour instruction de ramener le camion au dépôt, sauf cas de découchage

- l'avertissement qui lui a été adressé le 5 juin 2009 par la société Z pour non respect des consignes relatives au remplissage des réservoirs les fins de semaine

- un courrier du 9 octobre 2009 de la société Z lui demandant des explications concernant l'utilisation du téléphone portable mis à sa disposition.

Or, cet avertissement et ces demandes d'explications qui ressortent du pouvoir de direction de l'employeur reposent sur des éléments objectifs qui ont d'ailleurs été discutés par Monsieur P. et qui sont, par suite, étrangers à tout harcèlement.

Ce grief ne sera pas retenu.

- Sur le manquement de l'employeur à ses obligations :

Monsieur P. reproche à la société Z d'avoir refusé de venir le prendre en charge alors qu'il avait dépassé l'amplitude maximale journalière et de lui avoir donné pour instruction de rejoindre le dépôt. Or, la société Z a justifié sa décision dans son courrier en réponse à Monsieur P., par le fait qu'il l'avait prévenu au dernier moment de cette situation et qu'il n'y avait plus de chauffeurs sur le site pour venir le chercher.

Dès lors, Monsieur P. ne prouvant pas que des chauffeurs étaient présents sur le site, aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de la société Z.

Ce grief n'est pas caractérisé.

Il résulte de ce qui précède que seuls se trouvent établis les faits reprochés de non mise à disposition d'un véhicule adapté au handicap de Monsieur P., alors que cet aménagement avait été préconisé par le médecin du travail et que la société avait bénéficié d'un financement au titre du handicap dont Monsieur P. est atteint. Ces faits qui ont affecté au quotidien les conditions de travail de Monsieur P. revêtent une particulière gravité et justifient que la prise d'acte de la rupture produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2) Sur les demandes en paiement

- sur l'indemnité de licenciement :

Au vu des éléments produits, l'attestation ASSEDIC reprenant le salaire mensuel servi pendant les douze derniers mois travaillés, il convient d'allouer à Monsieur P. une indemnité de licenciement calculée conformément aux dispositions plus favorables de l'article R 1234-4 du code du travail sur la base du douzième de la rémunération des douze derniers mois, de 3.440,45 euros.

- sur l'indemnité de préavis :

Monsieur P. ayant la qualité de travailleur handicapé la durée du préavis déterminée en application de l'article L 1234-1 du code du travail est doublée en vertu de l'article L 5213-9 du code du travail dans la limite maximale de trois mois.

Il sera par suite fait droit à sa demande en paiement de la somme de 5.500 euros au titre de l'indemnité de préavis et des congés payés y afférents.

- sur l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse :

Monsieur P. est travailleur handicapé, à la date de la rupture il était âgé de 45 ans et avait plus de 7 années d'ancienneté, il a retrouvé un emploi de chauffeur poids lourds dès le mois de novembre 2010, il convient d'évaluer à la somme de 12.000 euros le montant de l'indemnité allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

5) Sur la demande de la société Z pour procédure abusive et diffamatoire

Monsieur P. ayant gain de cause, la procédure n'est pas abusive, étant relevé, en outre, que les griefs avancés par Monsieur P. méritaient, même pour ceux qui n'ont pas été retenus, d'être discutés et soumis à la juridiction et qu'ils ne revêtent aucun caractère diffamatoire.

La société Z sera déboutée de sa demande de dommages et intérêts.

6) Sur la demande pour frais de procédure

Il serait inéquitable de laisser supporter à Monsieur P. la charge des frais qu'il a exposés en cause d'appel, la société Z condamnée à lui payer, la somme de 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par mise à disposition au greffe et contradictoirement,

REÇOIT, en la forme, l'appel de Monsieur P., INFIRME le jugement du conseil de prud'hommes d'Orléans, section commerce, du 11 mars 2013, DIT que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par Monsieur Bernard P., produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, CONDAMNE la SARL Z à payer à Monsieur P. la

somme de 3.440,45 euros (TROIS MILLE QUATRE CENT QUARANTE EUROS ET QUARANTE CINQ CENTIMES) à titre d'indemnité de licenciement,
CONDAMNE la SARL Z à payer à Monsieur P. la somme de 5.500 euros (CINQ MILLE CINQ CENT EUROS) à titre d'indemnité de préavis licenciement et de congés payés y afférents,
CONDAMNE la SARL Z à payer à Monsieur P. la somme de 12.000 euros (DOUZE MILLE EUROS) à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
DÉBOUTE Monsieur P. de ses plus amples demandes ou contraires,
DÉBOUTE la SARL Z de sa demande de dommages et intérêts,
CONDAMNE la SARL Z à payer à Monsieur Bernard P. la somme de 500 euros (CINQ CENTS EUROS) en application de l'article 700 du code de procédure civile.
CONDAMNE la SARL Z aux dépens.

Commentaire : L'obligation d'adaptation en faveur des travailleurs handicapés doit être justifiée.

La prise d'acte permet au salarié, de « rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail »¹⁴⁰. Toutefois, cette pratique reste assez risquée pour le salarié. En effet, lorsque la prise d'acte est jugée injustifiée, elle produira alors les effets d'une démission.

Dans un arrêt du 3 décembre 2013, la Chambre sociale de la Cour d'appel d'Orléans devait statuer sur la prise d'acte d'un salarié engagé en qualité de chauffeur et reconnu travailleur handicapé le 28 avril 2003. Après avoir pris acte de la rupture de son contrat le 2 novembre 2010 le salarié saisit le Conseil des Prud'hommes d'Orléans qui le déboute de ses demandes. Le Conseil des Prud'hommes considérera effectivement que la prise d'acte produit les effets d'une démission par un jugement du 11 mars 2013. En l'espèce, le plaignant invoque devant la Cour plusieurs griefs. Seul sera retenu comme fondé et seul étudié ici celui tenant au non-respect des aménagements de poste liés à sa qualité de travailleur handicapé, la modification du poste de travail.

La Cour d'appel retiendra en effet l'absence d'adaptation du poste de travail. L'employeur n'a pas respecté les préconisations du médecin du travail et ce à plusieurs reprises. En outre deux avis d'aptitude délivrés par le médecin du travail du salarié du 21 février et 9 avril 2009 reprenaient ces préconisations.

Ce manquement caractérise une violation de l'obligation de sécurité de résultat à laquelle l'employeur est tenu au titre de l'article L 4121-1 du code du travail. En effet, par un arrêt du 5 mars 2008¹⁴¹, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation rappelle en ce sens que « l'employeur est tenu à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité et de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs ». Elle ajoute également que « il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés ».

Cet arrêt se situe en effet, dans la logique de la jurisprudence de la Cour qui avait déjà statué à plusieurs reprises sur la légitimité de prise d'acte de salariés face à des manquements de l'employeur à son obligation de sécurité et de résultat.

Nous pouvons, dans un premier temps, citer en exemple l'arrêt du 29 juin 2005¹⁴², dans lequel la Cour a jugé la prise d'acte d'un salarié comme produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse face aux manquements de l'employeur. En l'espèce, l'employeur

¹⁴⁰ Cass. soc., 24 mars 2014 : n° 12-23.634.

¹⁴¹ Cass. soc., 5 mars 2008 : n° 06-45.888.

¹⁴² Cass. soc., 29 juin 2005 : n° 03-44.412.

s'était uniquement borné à interdire à ses salariés de fumer en apposant des panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau collectif et en communiquant cette interdiction à un salarié de l'entreprise seulement, ce qui était insuffisant.

Autre exemple, celui du harcèlement moral. L'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Il est donc, en matière de harcèlement moral, responsable, même s'il n'a pas commis de « faute » à proprement parler. C'est en s'appuyant sur ce principe que la Cour de Cassation a jugé, dans un arrêt de 2012¹⁴³, que « *l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat (...); qu'il manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime, sur le lieu du travail, d'agissements de harcèlement moral, quand bien même il aurait ultérieurement été mis fin à ces agissements; que dans ce cas, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié doit s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (...)* ».

Par ailleurs, ce non-respect de l'obligation de sécurité et de résultat de l'employeur est d'autant plus « inexcusable » que le salarié est déclaré travailleur handicapé. En effet, selon l'article L 5213-6 du code du travail, l'employeur doit en permanence veiller à prendre les mesures nécessaires pour permettre aux travailleurs handicapés d'accéder ou de conserver un emploi. L'employeur n'a donc pas respecté cette obligation d'adaptation et ce malgré les financements qu'il avait obtenus auprès de l'AGEFIPH. Il convient de remarquer que l'article L 5213-6 relatif à l'obligation d'adaptation du travailleur handicapé n'est pas invoqué par la Cour d'appel pour appuyer sa décision.

La prise d'acte reste tout de même risquée pour les salariés. Les juges devront apprécier *in concreto* les circonstances dans lesquelles ce manquement est intervenu ainsi que l'impact réel sur l'exécution du contrat de travail.

Lucile PAPET

6) Licenciement pour motif personnel – insuffisance professionnelle

Cour d'Appel d'Orléans, Chambre Sociale, 3 septembre 2013, 459/13, n°12/03212

La SAS POLYCLINIQUE DES LONGUES ALLÉES, de SAINT JEAN DE BRAYE (Loiret) a embauché Madame X., en qualité de pharmacien, cadre, coefficient 580, d'une part en contrat à durée déterminée du 16 au 30 avril 2007, et d'autre part, à compter du 1er mai suivant, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée à temps plein.

La nouvelle direction, arrivée en juillet 2008, a critiqué son mode d'action.

Le 1er avril 2009, elle a été convoquée à un entretien préalable au licenciement pour le 8 avril suivant, avant d'être licenciée pour cause réelle et sérieuse le 11 avril 2009, pour inadéquation au poste confié.

Dès le 17 avril 2009, ce docteur en pharmacie a formé une action devant la conseil de prud'hommes d'ORLÉANS, section encadrement, contre son ancien employeur pour obtenir sa condamnation à lui régler :

- 81.000 euro de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et harcèlement moral*
- 13.500 euro de dommages et intérêts complémentaires pour licenciement à l'âge de 50 ans*
- 5.500 euro au titre de l'article 700 du code de procédure civile*

La société, de son côté, s'est opposée à ces demandes.

Par jugement du 15 juin 2011, ce conseil de prud'hommes a :

¹⁴³ Cass. soc., 26 sept. 2012 : n° 11-21.003.

- rejeté toute expertise e technique
 - dit que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse
 - dit que Madame X. n'avait pas été victime de harcèlement moral
 - condamné la société à lui payer :
 - 35.000 euro de dommages intérêts pour licenciement abusif, incluant le préjudice lié à l'âge
 - 1.500 euro au titre de l'article 700 du code de procédure civile
 - débouté la salariée de ses autres demandes
 - ordonné le remboursement par la société aux organismes concernés des indemnités de chômage versées à Madame X. dans la limite d'un mois
 - dit n'y avoir lieu à exécution provisoire
 - condamné la société aux dépens.
- Celle-ci a interjeté appel le 7 juillet 2011.
Faute de diligences des parties, cette cour a prononcé la radiation le 8 novembre 2012 et la société a fait réinscrire l'affaire au rôle le 9 novembre suivant.

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES

1°) ceux de la société appelante

Elle conclut à l'infirmité du jugement critiqué et au constat que le licenciement est bien fondé sur un motif réel et sérieux.

Elle rappelle les difficultés à travailler en équipe pour Madame X., après la plainte des médecins anesthésistes pour le retrait, décidé, unilatéralement, des médicaments nécessaires à la prise en charge de l'urgence vitale, la mauvaise gestion des stocks de médicaments et de matériels, puisqu'une rupture des stocks a été constatée à diverses reprises.

Elle stigmatise les déficiences concernant l'aspect administratif et organisationnel de ses fonctions, pour préparer les inspections, par exemple.

Elle avait fait l'objet de mises en garde de la direction sur la qualité de son travail.

Elle observe que les attestations fournies par Madame X. concernent essentiellement des praticiens de structures qui ne sont pas à prédominance chirurgicale, comme LES LONGUES ALLÉES, où officient 6 anesthésistes à plein temps et 40 chirurgiens.

Les contraintes s'avèrent donc différentes.

Subsidiairement, elle relève l'absence de justification du préjudice invoqué et sa présence inférieure à deux dans au sein de la clinique.

2°) ceux de Madame X.

Elle souhaite la confirmation du jugement critiqué sur le licenciement abusif reconnu, mais l'infirmité pour le harcèlement moral et les quantums, et reprend les sommes sollicitées en première instance.

Elle insiste sur le drame actuel de la fonction hospitalière qui met en valeur l'ignorance des métiers par les administratifs, que le cas de la cause illustre parfaitement.

Elle-même a vécu un parcours de pharmacien sans faute, comme les nombreuses attestations le démontrent, et elle dément avec force avoir eu la moindre difficulté à œuvrer avec d'autres services ou collègues, alors que la direction, toute administrative, ignore de quoi elle peut parler au plan technique, alors que l'inspection de l'A.R.H. de septembre 2009 ne conteste que le défaut de réalisation des engagements souscrits.

Elle développe son argumentation pour contrecarrer la mauvaise gestion des stocks et des matériels qui lui est reprochée et souligne que les ruptures de stocks de médicaments (Carbocaïne) s'avéraient exister au niveau national.

Elle expose les raisons pour lesquelles les difficultés à assumer l'aspect administratif et organisationnel de ses fonctions de chef de service relèvent d'une pure illusion d'optique de la

direction, sans référence à une réalité tangible. Elle moque les attestations adverses qui ne reflètent rien de sérieux.

Elle s'appesantit sur le harcèlement moral vécu pendant plusieurs mois, marqué par le dénigrement de ses fonctions et une sous-évaluation de sa charge de travail.

Elle magnifie l'investissement important accompli dans sa tâche, effectuée avec un maximum de qualité, dont l'inspection a pu mesurer l'ampleur et fustige les incidents qui ont émaillé son travail dus à la morosité de la direction.

Elle insiste, enfin, sur ses préjudices de tous ordres et qui méritent une juste réparation.

MOTIFS DE LA DÉCISION

La notification du jugement est intervenu le 30 juin 2011, en sorte que l'appel principal, régularisé au greffe de cette cour le 7 juillet suivant, dans le délai légal d'un mois, s'avère recevable en la forme, comme l'appel incident sur le fondement des dispositions de l'article 550 du code de procédure civile

1°) sur le harcèlement moral allégué

L'article 1152.1 du code du travail dispose qu'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits ou à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Il appartient au salarié d'étayer les faits de harcèlement dénoncés et à l'employeur de démontrer que ceux-ci restent étrangers à tout comportement de harcèlement de sa part.

En l'espèce, Madame X., a fourni au débat un certain nombre de courriels et courriers dans ses pièces concernant le harcèlement moral. Il y a lieu d'écarter celles postérieures au licenciement, puisqu'elle a continué sa tâche trois mois dans le cadre du préavis.

Ne restent que quelques maigres courriers de septembre, octobre, décembre 2008 et janvier 2009 de la direction qui cernent des critiques de son action de chef de service-pharmacien qui ne débordent pas des simples pouvoirs administratifs de la direction en la matière et qui restent courtois en la forme, même s'ils peuvent apparaître vifs au fond.

Ceux-ci, en l'absence de toute autre pièce (certificat médical pour syndrome anxio-dépressif, attestations diverses, par exemple, décrivant des scènes de harcèlement moral en public) ne sauraient étayer des faits de harcèlement moral.

En toute hypothèse, la société justifie ces critiques par l'accumulation des dysfonctionnements qui aboutiront à son licenciement pour insuffisance professionnelle, ce qui reste totalement étranger à un comportement de harcèlement moral.

Aussi, la cour repoussera-t-elle la thèse du harcèlement moral, mal fondée, comme les dommages intérêts qui en sont la suite.

2°) sur la nature du licenciement

L'insuffisance professionnelle s'analyse comme l'incapacité objective, non fautive et durable d'un salarié à accomplir correctement la prestation de travail pour laquelle il est employé, conformément à un salarié moyen dans ce type d'emploi.

En l'occurrence, la lettre de licenciement du 11 avril 2009 expose :

' Depuis maintenant plusieurs mois, je dois constater un décalage de plus en plus important entre les missions du poste de pharmacien-chef de service de polyclinique qui vous a été confié et la façon dont vous vous acquittez de vos missions.

Cette inadéquation entre les impératifs du poste et vos qualités professionnelles se manifeste notamment par :

- une grande difficulté à travailler en coordination et en concertation avec d'autres services ou avec vos collègues

- une mauvaise gestion du stock des médicaments et de matériel (exemple : Célocurine, Atria-curium, Carbocaïne, perfuseurs, sondes d'intubation) et les services anesthésie et réanimations ont dû se plaindre de pénurie de ces médicaments et matériels indispensables à la sécurité des malades. C'est ainsi notamment qu'il s'avère que vous prenez seule des décisions (par exemple, composition des chariots d'anesthésie) sans concertation, sans communication et même sans information des services concernés. Cette absence de coordination des actions des différents services ne peut que conduire à mettre en péril la sécurité des malades.

- des difficultés à assumer l'aspect administratif et organisationnel de la fonction de chef de service . C'est ainsi notamment que des retards et/ou des insuffisances ont dus être constatés dans les plans d'action CO-MEDIMS et sécurité du circuit des médicaments.

Ces difficultés génèrent des dysfonctionnement source d'un double risque pour la clinique : le premier, et le plus important, qui concerne la sécurité des patients, et le second qui concerne la clinique elle-même, au regard de ses obligations administratives vis à vis notamment de l'autorité de tutelle...

Je dois donc vous notifier la rupture de votre contrat de travail pour le motif d'inadéquation au poste confié, ... votre préavis étant de trois mois ...

Ce courrier n'évoque pas le terme d'insuffisance professionnelle, mais les parties conviennent toutes deux que le champ de la discussion doit s'inscrire dans ce domaine. Il leur en sera donné acte.

Pour statuer sur le licenciement, les premiers juges n'ont sans doute pas eu en main les attestations des courriers des médecins qui seront évoqués ci-après, et qui colorent cette procédure d'une toute autre manière.

Il n'est pas contestable que Madame X. a donné satisfaction dans l'exercice de son art, antérieurement à son emploi à la POLYCLINIQUE DES LONGUES ALLÉES comme de nombreuses attestations circonstanciées le prouvent.

Mais, en l'occurrence, il s'agit d'apprécier son travail au sein de cette société et non antérieurement. En effet, cette clinique présente une très importante activité chirurgicale (6 anesthésistes et une quarantaine de praticiens).

Le Docteur G., anesthésiste réanimateur à la clinique et président du COMEDIS écrit le 12 mars 2009 au directeur général:

' j'ai constaté à plusieurs reprises une gradation dans l'improvisation et une prise d'initiatives malheureuses dans l'interprétation dédiée au pharmacien. Je rappellerai :

- le non-suivi des commandes et la mauvaise gestion des stocks sans rendre compte au personnel concerné et compétent,

- rupture de stock de médicaments (Carbocaïne)

- rupture de stock de perfuseurs

- rupture de sondes d'intubation

- anomalies découvertes après initialisation de la matinée opératoire

- remise en question permanente du bien fondé de la commande de matériels spécifiques d'anesthésie nécessaires à la prise en charge élémentaire de techniques chirurgicales (obligation de débiter une induction en possédant une sonde de calibre supérieure et inférieure d'intubation sélective)

- prise d'initiative malheureuse et irresponsable de soustraire des médicaments nécessaires à la prise en charge de l'urgence vitale sans information préalable et en l'absence de concertation (Celocurine et autres curares)

- retrait des dispositifs d'accès aux voies aériennes supérieures sans remplacement risquant alors la mise en jeu du pronostic vital dans la prise en charge des malades

- l'absence de gestion des priorités, le manque de dialogue, l'absence de réponse aux problèmes récurrents rendent une collaboration difficile, voire impossible : autant d'attitudes

qui témoignent d'une méconnaissance profonde de notre établissement et un manque d'investissement dans la structure'.

Le Docteur G., autre anesthésiste de la clinique, écrit au directeur le 23 mars 2009 pour l'alerter sur les difficultés croissantes que les médecins en général et plus particulièrement, mes collègues anesthésistes, rencontrons dans notre travail avec le pharmacien de notre établissement.

Les produits Celocurine, Atriacurium, Cyntocinon, ont été retirés des chariots d'anesthésie sans qu'aucun médecin n'ait été informé. Les chariots ne constituent pas un lieu de stockage mais simplement une réserve pour leur utilisation, pour les interventions et, en particulier, les césariennes. Ce diktat traduit la méconnaissance des réalités de terrain du travail quotidiens des médecins anesthésistes.

Par ailleurs, le retrait de certains dispositifs d'accès aux voies respiratoires, sans avertir les médecins, est inadmissible ... beaucoup de décisions ont été prises récemment dans l'établissement par le pharmacien, sans concertation, changement de fournisseur pour la nutrition parentérale, les anticoagulants, les systèmes de récupération de sang, les pansements transparents. Tout cela crée un climat de suspicion peu propice à l'amélioration de la qualité des soins. Je pense que les récentes décisions prises montrent là encore sa méconnaissance des réalités par rapport aux décisions administratives'.

La directrice des soins (cadre infirmier), Madame Y., insiste, dans un courrier au directeur, du 3 avril 2009, sur ' le mode de fonctionnement en individuel de Madame X. qui porte conséquence sur l'amélioration de l'organisation institutionnelle... Je lui ai demandé que la vérification des périmés soit co-réalisée avec une préparatrice et une infirmière à disposition. Une fois de plus, je lui ai redemandé concrètement de me planifier les passages pour cette vérification mais 15 jours se sont écoulés sans qu'elle ne m'ait communiqué quoi que ce soit. Le souci s'est produit au bloc opératoire et bien que les anesthésistes lui aient clairement dit de ne pas toucher au chariot d'anesthésie lors du COMEDIS du 30 mars 2009, dès le lendemain, elle a dit à sa préparatrice de continuer à faire les périmés au titre de sa responsabilité de pharmacienne... Les exemples qui pourraient illustrer mes propos sont multiples. J'ai pris les plus récents.

En synthèse, je dirais, qu'il m'est impossible de travailler avec Madame X. qui ne connaît pas l'esprit d'équipe... '.

Le responsable des blocs opératoires, Madame B., émet un son analogue, le 6 avril 2009 : ' en tant que responsable de l'assurance qualité en stérilisation et moi, responsable des blocs opératoires, nous aurions dû travailler ensemble. Cela n'a jamais été le cas. Jamais, lors des gros problèmes survenus en stérilisation fin 2008, elle ne s'est inquiétée auprès de moi de ce qui ce passait, des conséquences éventuelles pour les patients '.

Par ailleurs, il résulte des réponses à un questionnaire rempli en septembre 2009 par celle qui a succédé à Madame X., à destination de l'assurance maladie, qu'il n'existe pas de registre avec la traçabilité des indications et, qu'il n'y avait pas de suivi des consommations de produits hors G.H.S., alors que ce point faisait partie de l'ordre du jour du 31 mars 2009 . En outre, il n'existait pas d'estimation des dépenses présentées en COMEDIS tandis que l'état en fin d'année était diffusé sans commentaires et sans analyse des écarts de consommation.

Les 24 décembre 2008 et 5 janvier 2009, elle avait été pressée par un courrier du directeur d'agir comme il convenait.

Les anesthésistes, les Docteurs L. et A., témoignent dans le même sens que leurs confrères précités.

Il ne peut être contesté que certaines carences de produits anesthésiants ressortaient d'une carence au niveau national et que Madame X. a pu se fournir auprès de consœurs pour pallier les manques.

Cependant, la réitération des dysfonctionnements concernant le travail à élaborer avec les anesthésistes et la directrice des soins, la mauvaise gestion itérative des stocks de médicaments, l'absence de véritable coordination entre les différents services, ont pu conduire à mettre indiscutablement en danger la vie des malades.

Ces seuls points, sans que la cour ait à statuer sur les autres, mis en exergue dans la lettre de licenciement démontrent, malgré les attestations fournies par Madame X. et sa thèse totalement et utilement combattue par les praticiens, qu'elle est restée durablement à accomplir sa tâche de manière non correcte au point que la sécurité et la santé des patients hospitalisés pouvaient en souffrir.

Aussi convient-il d'infirmier le jugement déféré, et Statuant à nouveau, de préciser que le licenciement de Madame X., docteur en pharmacie, pharmacien chef de service à la POLYCLINIQUE DES LONGUES ALLÉES, repose bien sur une cause réelle et sérieuse, l'insuffisance professionnelle.

En conséquence, elle sera déboutée de toutes ses demandes de dommages et intérêts et d'indemnités de rupture, mal fondées. Il sera précisé, pour les puristes, qu'elle ne pouvait d'ailleurs revendiquer des dommages et intérêts pour licenciement après 50 ans, alors que la rupture est intervenue à 49 ans et 5 mois.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par mise à disposition au greffe et contradictoirement,

- REÇOIT, en la forme, l'appel principal de la SAS POLYCLINIQUE DES LONGUES ALLÉES et l'appel incident de Madame X.,

- Au fond, CONFIRME le jugement déféré (conseil de prud'hommes d'ORLÉANS en date du 15 juin 2011, section Encadrement) sur le rejet du harcèlement moral et des dommages et intérêts afférents,

- Mais L'INFIRME pour le surplus et, STATUANT à NOUVEAU,

- DÉBOUTE Madame X. de toutes ses autres demandes,

- LA CONDAMNE aux dépens de première instance et d'appel.

Commentaire : L'insuffisance professionnelle retenue lorsque le comportement met en danger des tiers.

Lorsqu'un salarié ne remplit plus ses missions de façon satisfaisante se pose alors la question de la rupture de son contrat de travail. En l'absence de faute, à partir de quel degré de dysfonctionnements dans le travail est-on fondé à rompre le contrat de travail pour insuffisance professionnelle ? La Chambre Sociale de la Cour d'Appel d'Orléans a eu l'occasion de se prononcer dans un arrêt du 3 septembre 2013 sur le licenciement d'une salariée d'une clinique, docteur en pharmacie, du fait d'un certain nombre de problèmes dans l'exécution de son travail. Ce type de licenciement, qui ne trouve pas de fondement dans la faute d'un salarié¹⁴⁴, intervient lorsqu'on est en présence d'une « *incapacité objective, non fautive et durable d'un salarié à accomplir correctement la prestation de travail pour laquelle il est employé, conformément à un salarié moyen dans ce type d'emploi* ».

En l'espèce, l'intéressée était salariée d'une polyclinique, en qualité de pharmacien, depuis le 16 avril 2007. Lors d'un changement de direction en 2008 son mode d'action fait l'objet de critiques. Par la suite, elle est convoquée à un entretien préalable puis licenciée le 11 avril 2009 pour inadéquation au poste confié. La salariée a formé une action devant le conseil de prud'hommes afin d'obtenir notamment des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

¹⁴⁴ Cass. soc., 9 mai 2000 : *Bull. civ.* V, n° 170.

Dans son jugement du 15 juin 2011, le Conseil de prud'hommes a retenu l'absence de cause réelle et sérieuse. La société a donc interjeté appel en demandant l'infirmité du jugement du fait des dysfonctionnements dans le travail de la salariée, qui n'ont pas cessé malgré les mises en garde de la direction. En effet, les témoignages attestent des difficultés pour la salariée de travailler en équipe, de la mauvaise gestion des stocks de médicaments et de matériels, des déficiences concernant les aspects administratifs et organisationnels de ses fonctions ; l'ensemble de ces éléments conduisant à mettre en péril la sécurité des patients. La salariée quant à elle avançait notamment en sa faveur des attestations démontrant qu'elle a donné satisfaction dans ses précédents emplois et affirmait que les ruptures de stocks reprochées existaient au niveau national et donc ne relevaient pas de son fait.

La Cour d'Appel d'Orléans a infirmé le jugement, reconnaissant que le licenciement de la salariée repose sur une cause réelle et sérieuse qui est l'insuffisance professionnelle. Pour cela, l'arrêt s'appuie sur la « *réitération des dysfonctionnements concernant le travail* », la mauvaise gestion des stocks, l'absence de coordination entre les services, puisque l'ensemble de ces éléments « *ont pu conduire à mettre indiscutablement en danger la vie des malades* » bien qu'elle ait été sommée d'agir comme il convenait à deux reprises par courrier.

Ici, il s'agit bien de la répétition d'agissements contraires à un bon déroulement de l'exercice des missions, alors même que la direction avait alerté la salariée sur la question. Si des faits isolés et n'ayant pas fait l'objet de reproche ne peuvent pas être invoqués pour fonder un licenciement pour insuffisance professionnelle¹⁴⁵, la répétition de ceux-ci et l'absence de prise en compte par le salarié des remarques de la direction viennent appuyer la légitimité d'un tel licenciement¹⁴⁶.

Au-delà du caractère récurrent des faits, l'arrêt s'attache aux conséquences des agissements de la salariée afin de fonder le licenciement. La Cour d'Appel d'Orléans a ainsi statué au motif que la salariée a accompli sa tâche « *de manière non correcte au point que la sécurité et la santé des patients hospitalisés pouvaient en souffrir* ». On se situe ici dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de Cassation qui avait reconnu l'insuffisance professionnelle dans des cas où les agissements des salariés avaient causé des préjudices pour les tiers¹⁴⁷.

De manière accessoire, il est intéressant de souligner que bien qu'il ne soit pas contestable que la salariée ait « *donné satisfaction dans l'exercice de son art, antérieurement à son emploi à la polyclinique des longues allées* », il s'agit ici « *d'apprécier son travail au sein de cette société et non antérieurement* ». L'insuffisance professionnelle s'apprécie donc au regard du poste occupé, et non pas de façon plus large au regard de la profession exercée, la question de la satisfaction dans un poste précédent n'étant pas un élément d'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

Elodie MAROIS

7) Licenciement – maladie

Cour d'appel d'Orléans, Chambre sociale, 1^{er} octobre 2013, n°12/02840

Madame P a saisi le conseil de prud'hommes de TOURS de plusieurs demandes à l'encontre de la SCP, pour le détail desquelles il est renvoyé au jugement du 5 septembre 2012, la cour se référant aussi à cette décision pour l'exposé de la demande adverse au titre de l'article 700 du code de procédure civile et des moyens initiaux.

¹⁴⁵ Cass. soc., 27 mars 1991 : Juris-Data n° 1991-002132.

¹⁴⁶ Cass. soc., 31 mai 1978, n° 77-40.377, 21 mai 1986 : *Bull. civ.* V, n° 221.

¹⁴⁷ Cass. soc., 21 déc. 2006 : CSBP, n° 189, 2007, p. 162.

La salariée a obtenu :

-2 890€ de dommages et intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement

-3 000€ de dommages et intérêts pour défaut de diligences à la mise en place des institutions représentatives du personnel

-1 100€ en application de l'article 700 du code de procédure civile

Le jugement lui a été notifié le 7 septembre 2012 et la salariée en a fait appel le 5 octobre 2012.

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES

Madame P demande la réformation partielle de la décision rendue par le conseil de prud'hommes de TOURS le 5 septembre 2012 et la condamnation de la SCP aux sommes suivantes :

- 75 000€ de dommages et intérêts pour licenciement nul*
- 3 000€ de dommages et intérêts pour irrégularité de procédure*
- 5 000€ de dommages et intérêts pour non-respect des obligations en matière de formation*
- 2 000€ en application de l'article 700 du code de procédure civile*
- Les 3 000€ par les institutions représentatives étant confirmés.*

Pour l'exposé de son argumentation, la cour se réfère à ses conclusions, soutenues oralement. La SCP sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a jugé le licenciement de Madame P parfaitement fondé et rejette les dommages intérêts pour l'absence de formation, ainsi que l'infirmité du jugement concernant les dommages et intérêts pour irrégularité de procédure et pour non-respect des obligations relatives à la mise en place des représentants du personnel. Elle demande également 2 000€ en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Pour l'exposé de son argumentation, la cour se réfère à ses conclusions, soutenues oralement.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Eu égard aux dates ci-dessus les appels, principal et incident, sont recevables.

La SCP est une étude notariale. Elle engage le 17 septembre 2001 Madame P en qualité de comptable taxateur.

Madame P est arrêtée pour maladie durant 6 mois en 2009 et également du 25 mars 2010 au 29 octobre 2011.

Le 13 juin 2011, la salariée est convoquée à un entretien préalable.

Le 4 juillet 2011, elle est licenciée en raison de la perturbation causée par son absence prolongée et de la nécessité de la remplacer définitivement à son poste de travail.

LE LICENCIEMENT

La lettre de licenciement fixe les limites du litige.

La lettre de licenciement du 4 juillet 2011 adressée à Madame P indique les motifs suivants :

« Compte tenu de la désorganisation de notre étude par votre absence prolongée et la nécessité de vous remplacer définitivement, il ne nous est malheureusement plus possible d'attendre plus longtemps votre retour au sein de l'étude.

En effet, vous êtes en absence pour maladie sans discontinuité depuis le 25 mars 2010.

Votre arrêt de travail a eu des conséquences tant sur l'organisation que sur l'équilibre psychologique de Monsieur LU, lequel a dû être arrêté par son médecin plusieurs semaines et a entraîné des difficultés d'organisation du service de comptabilité et de l'ensemble de l'Etude.

En effet, depuis votre départ, nous sommes confrontés à des difficultés d'organisation, des retards et mécontentements à savoir notamment retard dans les soldes clients, retard dans l'apurement des soldes débiteurs, retard dans la taxation des actes ».

Contrairement à ce que font les parties dans leurs conclusions, il faut commencer par examiner le fond, puisque si elle obtenait gain de cause au fond il serait inutile d'examiner la procédure du fait qu'elle ne pourrait cumuler les 2 indemnisations.

1) La réalité et le sérieux de la désorganisation de la SCP en l'absence de Madame P

La salariée indique que la désorganisation invoquée n'est pas avérée, alors même qu'un troisième notaire a rejoint la société en 2010, entraînant une hausse d'activité, et que le choix d'un temps partiel a été opéré.

Elle ajoute également qu'il n'est nullement prétendu par la concluante que les tâches d'un comptable entrent dans le cadre des missions d'un notaire associé, mais qu'alors que l'activité a augmenté de par l'arrivée de ce troisième associé, il a été fait le choix d'un recrutement d'une comptable à temps partiel, ce qui démontre l'absence de désorganisation ou à tout le moins l'absence d'imputabilité à l'arrêt de travail de la concluante.

La SCP rétorque que compte tenu de la taille de l'étude et du poste occupé par la salariée l'organisation et le fonctionnement de l'étude notariale en raison de son absence ont été fortement perturbés.

Elle souligne également que le poste de comptable taxateur est un poste clé indispensable et spécifique, le salarié l'occupant ayant de lourdes responsabilités au regard des exigences et des contrôles régulièrement effectués par la Chambre Régionale des Notaires.

Elle ajoute aussi que pour tenter de pallier l'absence de Madame P, Maître B, notaire associé, a été contraint de prendre en charge la comptabilité de l'étude, ce au détriment de ses missions (signatures, négociations'), lesquelles ont dû être réparties pour partie entre les deux autres notaires associés.

La SCP produit pour étayer ses allégations la convention de prêt de personnel du 9 avril 2010 au 31 juillet 2010 concernant Madame F, comptable taxateur au sein de l'étude de Maître C, qui a été mise à disposition de la SCP à raison de deux demi-journées par semaine pour pallier l'absence de Madame P.

Elle verse aux débats également les attestations du 22 mai 2012 de Monsieur LU, aide comptable au sein de la SCP ainsi que celle du 31 mai 2012 de Madame J, négociatrice immobilière, salariée de la SCP.

Il ressort tout d'abord de l'attestation de Monsieur PE que : « j'ai pu constater que les absences prolongées de Madame P ont lourdement désorganisé le service comptabilité et la marche de l'étude. Nous avons du retard dans les soldes clients, la taxation des actes et Maître B m'a beaucoup aidé durant cette période ».

Il ressort également de l'attestation de Madame J que : « pendant les périodes d'absences de Madame P, le service comptabilité et l'étude ont été désorganisés, ne sachant pas si elle reprendrait son poste et quand. Maître B a pallié partiellement à cette désorganisation en faisant les taxes et les salaires le soir tard. Depuis l'arrivée de Madame L l'étude semble mieux fonctionner ».

La SCP produit aussi un courrier du 5 janvier 2011 du président de la chambre des notaires d'INDRE ET LOIRE portant sur le rapport de l'inspection de l'année 2010.

Ce courrier mentionne notamment un certain manque en matière de perception des honoraires et de suivi des pièces comptables.

Enfin, une lettre du 1er avril 2011 de Madame L adressée à la SCP est versée aux débats.

Celle-ci indique notamment qu'elle souhaite : « que notre collaboration se poursuive de façon pérenne en contrat à durée indéterminée et à défaut je serais contrainte de refuser toute

nouvelle mission temporaire, la précarité d'un tel contrat étant à mon sens en totale contradiction avec le poste que j'occupe et l'investissement dont je fais preuve ».
La cour décide que la réalité et le sérieux de la désorganisation sont bien prouvés.
Ainsi, toutes les solutions envisagées par la SCP n'étaient pas satisfaisantes et il était dès lors indispensable de remplacer à titre définitif Madame P.

2) La régularité du remplacement définitif de Madame P

Madame P indique quant à elle que l'embauche de Madame L a été faite antérieurement au licenciement, soit dès le 7 avril, alors que le 11 avril, il avait été affirmé à la concluante qu'on tenait à la garder.

La cour tient à souligner qu'il importe peu que le remplacement de Madame P soit intervenu avant le licenciement, l'essentiel étant qu'il soit intervenu dans un temps relativement proche de celui-ci.

En outre, le remplacement définitif dans l'emploi implique une durée de travail qui soit équivalente.

Madame P était à temps plein soit 151,67 heures par mois.

Madame L quant à elle était à temps partiel soit 121,33 heures par mois.

La SCP souligne que Madame L a clairement indiqué à la SCP qu'elle n'accepterait un contrat à durée indéterminée que sous la condition de pouvoir bénéficier de ses mercredis pour s'occuper de ses enfants. A défaut, elle indique elle-même qu'elle aurait accepté l'offre d'une autre étude lui ayant proposé un contrat à durée indéterminée.

La cour remarque qu'il importe peu que, selon son attestation, ce soit Madame L qui ait demandé à ne pas travailler le mercredi à cause de ses 2 jeunes enfants.

La SCP n'était en effet pas obligée d'accepter cette condition et aurait dû rechercher une autre candidate à temps plein (d'autant plus que selon elle ce poste normalement à temps plein, était indispensable au bon fonctionnement de l'étude).

Ainsi, il ne s'agit pas d'un remplacement définitif.

Ce n'est pas pour autant que le véritable motif du licenciement soit la maladie, même si, selon l'attestation de Monsieur G, les notaires se sont permis, lors de l'entretien préalable, quelques réflexions sur la maladie.

Donc le licenciement n'est pas nul mais infondé.

La SCP compte au moins 11 salariés il convient d'allouer au minimum 6 mois de salaire à Madame P.

Néanmoins, selon les bulletins de paie, elle a été réglée jusqu'au 2 octobre 2011.

En outre, selon les avis de la CRPCEN, elle a continué d'être en arrêt maladie jusqu'au 1er mars 2012.

Madame P perçoit depuis une pension d'invalidité.

La situation aurait été la même si elle n'avait pas été licenciée.

Il y a donc lieu d'allouer 18.000 euros de dommages et intérêts à la salariée en raison du préjudice matériel et moral subi.

Il convient également d'ordonner le remboursement des indemnités chômage dans la limite de 1 mois.

Il est ainsi inutile d'examiner le non-respect de la procédure.

(...)

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par mise à disposition au greffe et contradictoirement,

DÉCLARE l'appel recevable,

INFIRME le jugement rendu par le conseil de prud'hommes de TOURS le 5 septembre 2012, et, STATUANT À NOUVEAU,

CONDAMNE la SCP à payer à Madame P les sommes suivantes :

- 18 000 € de dommages et intérêts pour licenciement infondé
- 1 000 € de dommages et intérêts pour l'absence d'institutions représentatives du personnel,
- 2 000 € de dommages et intérêts pour non-respect des obligations en matière de formation et d'évaluation,

CONDAMNE la SCP à payer 1.800 euros à Madame P au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la SCP à supporter les dépens de première instance et d'appel.

Et le présent arrêt a été signé par le président de chambre et par le greffier : Mireille LAVRUT Daniel VELLY

Commentaire : Remplacement définitif d'un salarié malade à temps complet : un temps partiel ne suffit pas !

L'article L 1132-1 du Code du travail pose l'interdiction de licencier un salarié en raison de son état de santé, sauf s'il y a une inaptitude constatée par le médecin du travail. Mais il ne s'oppose pas à son licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé. Toutefois, il ne peut être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié.¹⁴⁸

En l'espèce, une salariée, comptable taxateur au sein d'une étude notariale, a été absente 25 mois entre 2009 et 2011. Elle a été licenciée le 4 juillet 2011 en raison de la perturbation causée par son absence prolongée et de la nécessité de la remplacer définitivement à son poste de travail.

En premier lieu, il convient de s'intéresser à la réalité et au sérieux de la désorganisation de l'étude notariale en l'absence de la salariée. Le critère de la désorganisation s'apprécie au cas par cas en prenant en compte des éléments relatifs à l'entreprise et au salarié. Pour cela la Cour va, tout d'abord, s'intéresser à la taille de l'entreprise. En effet, il sera plus facile de caractériser la désorganisation dans une petite structure plutôt que dans un grand groupe¹⁴⁹. De plus, il est important de prendre en compte l'emploi et la qualification du salarié. En effet, la Cour de cassation précise que la perturbation du fonctionnement de l'entreprise n'est pas établie quand la salariée absente a peu de qualification et peut ainsi être facilement remplacée¹⁵⁰. Or ici, l'étude notariale précise bien que « *le poste de comptable taxateur est un poste clé indispensable et spécifique* ». Enfin, la dernière condition est la durée de l'absence, plus l'entreprise est grande plus la durée de l'absence doit être longue pour que le licenciement soit justifié. Dans cette affaire la réalité et le sérieux de la désorganisation de l'étude sont démontrés. Il s'agit d'une petite structure et l'emploi de la salariée est important pour son bon fonctionnement. Ainsi ses 25 mois d'absence ont réellement désorganisé l'étude. Il est donc nécessaire de remplacer définitivement la salariée.

En second lieu, il convient de s'intéresser à la régularité du remplacement définitif de la salariée. Le licenciement de la salariée ne peut être envisagé que si les perturbations entraînent la nécessité pour l'étude notariale de procéder à son remplacement définitif, c'est-à-dire en concluant un contrat à durée indéterminée (CDI). La jurisprudence précise que ce remplacement doit intervenir dans un délai « raisonnable »¹⁵¹ ou à « une époque proche »¹⁵²

¹⁴⁸ Cass. soc., 6 fév. 2008 : n° 06-45.762.

¹⁴⁹ Cass. soc., 23 sept. 2003 : n°01-44.159 : une absence prolongée au sein d'une petite unité de travail permet d'envisager rapidement un licenciement.

¹⁵⁰ Cass. soc., 4 oct. 2000 : n° 98-42.501.

¹⁵¹ Cass., soc. 10 nov. 2004 : n° 02-45.156.

du licenciement et ce délai s'appréciera en fonction de l'entreprise et de l'emploi concerné. Or ici, la nouvelle salariée a été embauchée le 7 avril 2011 alors que la salariée malade a été licenciée le 4 juillet 2011. On considère que le remplacement a été fait dans une époque proche du licenciement, peu importe que ce soit avant ou après ce licenciement, compte tenu de la spécificité de l'emploi de comptable taxateur. Toutefois, il est important que l'employeur embauche en CDI¹⁵³ sur les mêmes fonctions et pour une durée de travail identique à celle effectuée par la salariée licenciée¹⁵⁴. Or, la nouvelle salariée est embauchée à temps partiel, c'est-à-dire 121,33h/mois alors que la personne licenciée avait un temps plein c'est-à-dire 151,67h/mois. Les juges considèrent donc que le licenciement ne respecte pas le critère du remplacement définitif au motif que la durée de travail de Madame L n'est pas identique à celle de Madame P. Selon la Cour, l'étude notariale aurait dû rechercher un autre candidat à temps plein.

En conclusion le licenciement de la salariée est justifié au motif de la réalité et du sérieux de la désorganisation de l'étude notariale durant ses absences. Toutefois, l'étude notariale a procédé à un remplacement à temps partiel alors qu'il aurait dû être à temps complet, donc le remplacement de la salariée n'est pas définitif, ainsi son licenciement est infondé. Au titre de ce manquement l'étude notariale est condamnée à verser des dommages et intérêts à la salariée.

Charline BOSSUET

8) Licenciement – Faute grave

Cour d'appel d'Orléans, Chambre sociale, 24 décembre 2013, n°13/00975, 835/13

L'association Y a embauché, par contrat à durée indéterminée du 1er septembre 2006, M. X en qualité de formateur affecté principalement au centre d'Amboise, élargi si besoin à la région Centre.

Il était classé au coefficient 80, avec une rémunération mensuelle de 2.200 euro sur 13 mois pour 218 jours de travail annuel. La convention collective applicable est celle des ingénieurs et cadres de la métallurgie.

Le 13 mars 2012, il a été convoqué à un entretien préalable avec mise à pied conservatoire puis, à nouveau convoqué, le 20 mars suivant, pour le 2 avril 2012, jour où il a été assisté avant d'être licencié pour faute grave le 6 avril 2012. Il a contesté cette éviction par lettre du 12 avril et a saisi le conseil des prud'hommes de Tours, section de l'encadrement dès le 30 mai 2012 pour obtenir la condamnation de l'association à lui verser diverses sommes, énoncées dans le jugement et tenues pour reproduites ici.

L'association a conclu au rejet pur et simple de toutes ces demandes et à sa condamnation à lui régler une somme de 3000 euros pour les frais de l'article de l'article 700 du code de procédure civile.

Par jugement du 6 mars 2013, ce conseil de prud'hommes a jugé que le licenciement litigieux relevait bien d'une faute grave et l'a débouté de toutes ses demandes, en rejetant la demande

¹⁵² Cass., soc. 16 sept.2009 : n° 08-41.879.

¹⁵³ Cass. soc., 2 mars 2005 : n° 03-42.800 : la condition de remplacement définitif n'est pas remplie lorsque le salarié est finalement remplacé par un salarié en CDD.

¹⁵⁴ Cass. soc., 6 fév. 2008 : n°06-44.398 : de même la condition de remplacement définitif n'est pas remplie quand la salariée est recrutée en CDI pour une durée de travail de 61h/mois alors que la personne licenciée effectuait 121h/mois.

*reconventionnelle de l'association au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ce cadre étant condamné aux dépens de l'instance.
Il a interjeté appel le 19 mars 2013.*

DEMANDES ET MOYENS DES PARTIES

1° ceux du cadre appelant

Il sollicite, au principal, l'infirmité du jugement déféré et la condamnation de l'association à lui régler les sommes suivantes :

- 3.229 euro d'indemnité de licenciement*
- 8.646 euro d'indemnité compensatrice de préavis pour trois mois et 864,60 euro de congés payés afférents*
- 2.423,03 euro de salaires pour la période de mise à pied conservatoire et 242,30 euro de congés payés afférents*
- 28.800 euro de dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse*
- 10.000 euro de dommages-intérêts pour procédure vexatoire et abusive*
- 2.882 euro de dommages-intérêts pour procédure irrégulière du fait de la décision de le licencier déjà prise*
- subsidiairement, au cas où seul serait retenu le licenciement pour cause réelle et sérieuse, les mêmes sommes, sauf celle de 28.800 euro*
- en tout état de cause 2500 euro pour les frais de l'article 700 du code de procédure civile*

Il constate que la prescription de la faute afférente à la loi de PARETO est acquise puisqu'il n'est pas démontré que ce fait ait été porté à sa connaissance moins de deux mois avant l'engagement de la procédure de licenciement.

Il reproche à la procédure suivie d'avoir conservé un caractère intimidant et vexatoire, dans la mesure où la méthode utilisée par l'employeur, celle de faire constater les faits par un huissier de justice peut être qualifiée de fautive à son égard.

Il s'est retrouvé, en effet, devant un véritable tribunal composé de deux huissiers de justice, du directeur d'établissement et d'un de ses collègues, ce qui peut s'analyser comme une pression pour le pousser à administrer une preuve qui n'était pas détenue par l'employeur.

Il estime que les éléments probants ne sont pas fournis au débat alors qu'il avait été encouragé par une collègue qui lui avait demandé de réaliser le tableau des taux de charges de l'ensemble des salariés pour clarifier l'emploi du temps fourni et pour pouvoir suivre d'une façon synthétique de travail hebdomadaire de chacun.

En ce qui concerne le document concernant la loi de Pareto, il ne l'a pas affiché, en sorte que la critique concernant ce point devra être écartée. Il revendique, à cet égard, un droit de critique sans que cela puisse constituer un comportement fautif. À ses yeux, la sanction du licenciement pour faute grave apparaît disproportionnée par rapport aux faits reprochés.

Subsidiairement, il stigmatise que l'association ait déjà décidé de se séparer de lui coûte que coûte, avant même que la procédure ne soit engagée, comme cela résulte du procès-verbal d'huissier du 13 mars 2012. Par ailleurs, si les faits reprochés ont été commis dans la semaine du 16 au 20 janvier 2012, il n'a été convoqué à un entretien préalable que par courrier du 20 mars suivant soit plus de deux mois après le constat des faits, ce délai devant être jugé comme trop long pour pouvoir retenir les faits reprochés.

Enfin, il insiste sur les conséquences qu'a eues pour lui cette éviction alors qu'il était âgé de 44 ans et qu'il a dû rester au chômage jusqu'au mois d'août 2013.

2° ceux de l'association

Elle souhaite la confirmation du jugement déféré et la condamnation de son adversaire à lui régler une somme de 3.000 euro pour les frais de l'article 700 du code de procédure civile

Elle rappelle que ce salarié s'était montré, dans le passé, volontiers vulgaire vis-à-vis de ses collègues, nourrissant une acrimonie envers la direction, en considérant qu'il existait une injustice permanente entre les formateurs, en fonction de leur secteur d'activité ainsi que vis-à-vis de certains apprentis qui auraient été sacrifiés par la direction.

Elle relève que les faits qui ont généré le licenciement sont basés sur des éléments matériels incontestables, puisque les plannings de cours de formateurs sont établis par la direction et affichés et qu'il avait retraits faussement ces plannings tout en les affichant de façon à montrer que certains formateurs étaient privilégiés par rapport à d'autres en termes de temps de cours.

La présentation des faits qu'il a essayée de faire ne restait pas conforme à la réalité et les documents qu'il a rédigés intitulés loi Pareto étaient destinés à démontrer que 20 % des apprentis du centre bénéficiaient de 80 % des investissements, ce qui ne représentait aucune consistance scientifique puisqu'il est aisé de comprendre que certaines matières demandent plus d'investissements en machines que l'électricité. Cependant, ces documents avaient pour objectif de nuire puisque plusieurs salariés ont exprimé dans des courriels le désagrément que ces faits ont provoqué pour certains d'entre eux, rendant l'atmosphère de travail très délétère.

Elle rappelle que la prescription ne court qu'à compter de la prise de connaissance par l'employeur des faits qui sont reprochés et que si l'un des faits n'est pas prescrit, des faits antérieurs peuvent également être invoqués sur le fondement des articles 1332 -4 et 5 du code du travail.

Enfin envisager une procédure de licenciement ne signifie pas nécessairement que la procédure aboutira à la rupture.

MOTIFS DE LA DECISION

La notification du jugement est intervenue le 8 mars 2013, en sorte que l'appel, régularisé le 19 mars suivant au greffe de cette cour, dans le délai légal d'un mois, s'avère recevable en la forme.

1° sur les contestations de la forme

A) sur la prescription de la faute afférente à la loi Pareto

L'article L 1332 - 4 du code du travail dispose qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu, à lui seul, à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

Il en ressort qu'aucun des faits poursuivis n'est prescrit si un seul n'est pas prescrit. En l'espèce, les faits concernant l'affichage des tableaux frelatés ont été établis par le constat d'huissier du 12 mars 2012 et la procédure de licenciement a été mise en place le jour même par une mise à pied conservatoire prolongée par une convocation à l'entretien préalable du 20 mars suivant.

L'exception de prescription devra donc être rejetée comme mal fondée.

B) sur le licenciement verbal

Le cadre considère qu'il a été licencié verbalement, dès lors que les deux huissiers de justice, au cours du constat du 13 mars 2012, ont relevé que le directeur de l'établissement a indiqué au cadre qu'il devait se considérer à partir de cet instant en mise à pied conservatoire car il était décidé d'engager à son encontre une procédure de licenciement.

Engager une procédure de licenciement ne signifie pas nécessairement que l'aboutissement sera le licenciement. En effet, le motif du licenciement étant révélé, le salarié peut, en

présentant ses moyens de défense, convaincre l'employeur que le licenciement s'avère excessif et qu'il peut être utilement remplacé par une sanction, comme un avertissement ou une mise à pied.

Rien, en effet, ne démontre que la décision de licencier était d'ores et déjà prise par l'association au moment de l'intervention des deux huissiers de justice.

Dans ces conditions, cette thèse ne résiste pas à l'analyse et devra être repoussée comme infondée, comme la somme de 2.882 euro, revendiquée à ce titre.

C) sur l'allégation d'une procédure intimidante et vexatoire

L'employeur a désiré fournir des preuves incontestables au dossier et imaginé qu'un constat d'huissier se prêterait particulièrement de façon adaptée à cette volonté.

Les deux officiers ministériels qui l'ont établi ont souhaité que les faits constatés puissent recevoir une contestation éventuelle de leur auteur et c'est dans ces conditions qu'ils ont interrogé M. X, dans un but contradictoire qui ne peut leur être reproché. Celui-ci, doté d'une très forte personnalité et, né en 1968, n'a pas cru devoir opposer le silence aux questions qui lui étaient posées, ce qu'il aurait pu faire.

C'est donc en toute connaissance de cause, sans pression démontrée, qu'il a reconnu certains faits. Cette reconnaissance n'était d'ailleurs pas indispensable, au regard des faits relatés et qui seront analysés plus loin.

Dans ces conditions, aucune procédure intimidante et vexatoire ne saurait être caractérisée en l'espèce. Et ce cadre devra être débouté de sa demande de 10.000 euro de dommages-intérêts pour procédure vexatoire.

2° sur le fond

La cause réelle du licenciement est celle qui présente un caractère d'objectivité. Elle doit être existante et exacte. Quant à la cause sérieuse, c'est celle d'une gravité suffisante pour rendre impossible la poursuite des relations contractuelles.

La faute grave s'analyse comme une cause réelle et sérieuse, mais d'une gravité telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée du préavis.

La lettre de licenciement du 6 avril 2012 expose :

« nous avons constaté l'affichage de documents calomnieux et discriminatoires. En effet, l'emploi du temps des formateurs du centre d'Amboise a été rectifié et affiché sur le panneau d'affichage, ainsi qu'un document sur la loi de Pareto. Le 13 mars 2012, les deux huissiers de justice d'Amboise se sont rendus au centre pour constater que vous avez rectifié et affiché ces documents.

Vous avez reconnu avoir rectifié et affiché l'emploi du temps de l'ensemble des formateurs, sous-entendant que l'emploi du temps délivré par le chef de centre ne reflétait pas le travail effectif de vos collègues et que ceux-ci, dans la réalité, travaillaient bien moins.

Ces documents, erronés et calomnieux, ont suscité des protestations de la part de certains de vos collègues et un sentiment d'inégalité, engendrant ainsi une ambiance délétère au sein des formateurs.

En outre, vous avez affiché ces documents sur le panneau d'affichage et à la vue des apprentis, ce qui parfaitement intolérable.

Il n'est pas de votre compétence de vous ériger en censeur de la durée du travail de vos collègues et encore moins de juger de vérifier leur taux de charge, au surplus sur la base de fausses allégations. Vos propos ont créé un trouble objectif caractérisé au sein de l'association, en mettant en cause la probité de vos collègues.

De plus, vous avez également reconnu avoir été l'auteur d'un tract sur la loi de Pareto, affichage visible de tous, y compris des apprentis, qui s'en sont émus puisque ce trac évoquait la loi de Pareto dite loi des 20 % -80 % : 20 % des apprentis du centre d'Amboise se

partagent 80 % des investissements et 20 % des apprentis se partagent 80 % de la surface habitable. Je ne précise pas qui sont ces 20 % d'apprentis par correction. Mais c'est injuste et alors pourvu qu'elle justifie Pareto!

Nous ne pouvons tolérer de tels propos de nos formateurs vis-à-vis des apprentis leur laissant croire qu'il a été organisé sciemment une discrimination entre eux et que certains seraient de ce fait mieux traités mieux préparés que d'autres et qu'ainsi les chances de réussite notamment aux examens et épreuves futures seraient obérées pour ces derniers.

En conséquence, nous vous notifions votre licenciement pour faute grave pour les motifs ci-dessus énoncés... ».

Le constat d'huissier du 13 mars 2012 établit que M. X a reconnu qu'il a rectifié et affiché les emplois du temps corrigés par ses soins, ce qui lui avait été demandé par une collègue pour qu'elle puisse vérifier son taux de charge. Il a admis que cette modification n'était pas de son ressort. Il a ajouté qu'il n'était pas un spécialiste d'Excel et du procédé VBA, reconnaissant qu'il avait pu commettre certaines erreurs notoires qui avaient pu blesser certains de ses collègues et qu'il ne pouvait qu'en être navré, plaidant mea culpa sur ce point.

Quant au document sur la loi Pareto, il l'a rédigé mais ne l'a pas affiché lui-même.

Ces faits ont eu un retentissement certain parmi les collègues puisque le 3 février 2012 Madame M adresse un courrier à la direction en se demandant de quel droit et dans quel but des collègues du centre font le calcul et affichent le nombre d'heures hebdomadaires de tous les formateurs sans que cela corresponde ni au nombre d'heures de l'emploi du temps de nombre d'heures réellement effectuées au moins en ce qui la concerne.

Le même jour, Monsieur G adresse un courriel à la direction où il relève que M. X affiche et envoie par courriel des tableaux où sont notées quart d'heure par quart d'heure les emplois du temps de ses collègues, ces tableaux sont par ailleurs faux car il ne peut détenir toutes les informations.

Monsieur A se plaint par voie d'attestation que M. X fasse la comptabilisation sous forme de tableaux informatiques des quarts d'heure de cours de chacun et des formateurs intervenant à Amboise. Le tableau qu'il a vu afficher à la vue de tous y compris des apprentis ne reflète pas la réalité des face-à-face.

Ainsi, ce cadre s'est arrogé le droit de modifier au moins partiellement les tableaux des emplois du temps des formateurs du centre affichés à la vue de tous, en commettant des erreurs, ce qui a provoqué la colère de certains de ses collègues et un climat délétère au centre, en raison des pouvoirs dont s'était emparé ce cadre sans autorisation. Même s'il n'a pas lui-même affiché le tract sur la loi Pareto, il en a été l'auteur moral en présentant de manière disproportionnée une réalité qui pouvait faire réagir vivement les formateurs et les apprentis, qui pouvaient très bien s'égarer dans ce couloir et lire ce tract.

Rien ne permet d'affirmer que la direction ait constaté l'affichage avant les jours qui précédaient le 12 mars 2012, en sorte que le délai de deux mois a bien été respecté avant l'engagement de la procédure de licenciement le 13 mars 2012, par la mise à pied conservatoire.

Ces faits dépassaient l'exercice libre de la critique, puisqu'ils s'avéraient en partie faux, avaient déclenché la réprobation et la colère de certains de ses collègues concernés, sans compter qu'ils pouvaient enflammer l'imagination de certains apprentis mal aguerris. Ce faisant, la direction a été directement mise en porte-à-faux en raison de ces révélations faussées, elle était bafouée dans l'exercice de son autorité, en sorte qu'il était nécessaire d'intervenir rapidement pour faire cesser ce désordre par une mise à pied conservatoire et sans que l'intéressé puisse être maintenu dans le centre pendant le délai de préavis.

Il est clair, ainsi, que ces faits doivent être rangés dans le cadre d'une faute grave, comme l'ont apprécié les premiers juges.

La faute grave est privative de toute indemnité de rupture, comme l'indemnité de licenciement, l'indemnité de préavis et les dommages et intérêts. Toutes les sommes sollicitées à cet égard devront être rejetées comme mal fondées.

Il n'est pas inéquitable que l'association conserve à sa charge les frais engagés au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par mise à disposition au greffe et contradictoirement,

- REÇOIT, en la forme, l'appel de M. X,

- AU FOND, CONFIRME en toutes ses dispositions le jugement déféré (conseil de prud'hommes de Tours, section de l'encadrement, 6 mars 2013),

- Y AJOUTANT, DÉBOUTE les parties de toutes leurs autres demandes,

- CONDAMNE ce cadre aux dépens d'appel.

Commentaire : Le statut de cadre joue un rôle dans l'appréciation de la faute.

Si les salariés cadres ont de par leur statut un haut niveau de responsabilité et de rémunération, celui-ci peut constituer une circonstance aggravante dans l'appréciation de la faute. L'espèce ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 24 décembre 2013 permet de le vérifier.

En l'espèce, une association qui avait embauché en 2006 par contrat à durée indéterminée un formateur, statut cadre, a procédé à son licenciement pour faute grave le 6 avril 2012. Le conseil de prud'hommes ayant jugé que le licenciement litigieux reposait bien sur une faute grave, le salarié interjeta appel de la décision estimant que la sanction du licenciement pour faute grave était disproportionnée par rapport aux faits reprochés.

On pouvait en effet se demander à la lecture des faits si la faute devait être qualifiée de sérieuse ou de grave. En l'espèce, le cadre avait modifié au moins partiellement les tableaux des emplois du temps des formateurs du centre affichés à la vue de tous, en commettant des erreurs, ce qui avait provoqué la colère de certains de ses collègues et un climat délétère au centre de formation. Il a également été l'auteur moral du tract sur la loi Pareto qui présentait de manière disproportionnée une réalité qui pouvait faire réagir vivement les formateurs et les apprentis. La société mettait en exergue le trouble objectif caractérisé auquel elle devait faire face et ses conséquences néfastes sur le climat et l'autorité de la direction. La Cour d'appel s'attache à reprendre la définition jurisprudentielle donnée par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁵⁵. La Cour d'appel rappelle que « *la cause réelle du licenciement est celle qui présente un caractère d'objectivité. Elle doit être existante et exacte. Quant à la cause sérieuse, c'est celle d'une gravité suffisante pour rendre impossible la poursuite des relations contractuelles* ». Elle poursuit en rappelant les caractéristiques de la faute grave qui « *s'analyse comme une cause réelle et sérieuse, mais d'une gravité telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée du préavis* ».

Dans la reconnaissance de la faute grave, il semblerait que le statut du salarié joue un rôle important. En effet, ce statut implique des fonctions et des responsabilités plus importantes. Il pèse sur les cadres des obligations spécifiques dont celle d'avoir un comportement exemplaire/modèle au sein de l'entreprise. En retenant la faute grave, l'arrêt de la Cour d'appel s'inscrit donc dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation qui fait preuve de sévérité lorsqu'elle apprécie la gravité de la faute commise par un salarié cadre. A titre d'exemple, la Cour de cassation a retenu la faute grave dans une décision du 9 avril 2014 (Cass. soc. 9 avril 2014, n° 08-42893) au motif que « ces seuls faits, de la part d'une salariée

¹⁵⁵ Cass. soc., 27 sept. 2007 : n° 06-43867.

occupant les *fonctions de directrice de ressources humaines, et de nature à rompre la confiance tant à l'égard de l'employeur que du personnel placé sous sa responsabilité* ». Les juges considèrent en effet qu'un salarié occupant une position hiérarchique élevée doit montrer l'exemple aux salariés placés sous ses ordres. En l'espèce, la salariée cadre avait trompé son employeur à deux reprises sur un mois pour obtenir le paiement indu d'une somme à titre de remboursement de frais. Il ressort de cette décision que le statut de cadre est un élément pris en compte dans la détermination de la gravité de la faute comme pourrait l'être également le critère de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise ou encore son âge. Les juges auront donc tendance à retenir plus facilement la faute grave à l'encontre d'un cadre qui a une faible ancienneté et qui n'a pas encore fait ses preuves, qu'à l'encontre d'un non cadre qui a une forte ancienneté dans l'entreprise et qui a toujours eu un comportement irréprochable.

Dans cette affaire, la Cour d'appel a donc retenu la qualification de faute grave et a ainsi légitimé le départ immédiat du salarié qui s'est traduit par sa mise à pied conservatoire à titre de précaution. Rappelons néanmoins que le licenciement pour faute grave n'implique pas nécessairement la mise en œuvre de la mise à pied conservatoire¹⁵⁶ et aucun texte n'oblige l'employeur à prendre une mesure conservatoire avant d'ouvrir une procédure de licenciement motivée par une faute grave¹⁵⁷.

Gwladys COEURET

¹⁵⁶ Cass. soc., 24 oct. 1991 : n° 90-41195.

¹⁵⁷ Cass. soc., 9 nov. 2005 : n° 03-46.797.

Mémoire

La montée cachée de LVMH au capital d'Hermès

Monika MOSKAL

Master Droit des affaires français et international

**Question théorique traitée dans le
Rapport de stage
Soutenu le 20 décembre 2013
à Cracovie (Pologne)**

**Sous la responsabilité pédagogique de
Sandie Lacroix de Sousa
Maître de conférences à l'Université d'Orléans**

INTRODUCTION

En 2013, le marché du luxe reste dominé par trois grands groupes d'origine européenne: LVMH (français), Kering (français) et Richemont (suisse). Appartenant à des patrons d'origine industrielle, ce sont des groupes à trésoreries très importantes, qui rachètent les maisons dites "de luxe" nées d'un vrai savoir-faire et de passion.

A l'inverse de ces groupes, il existe des maisons qui malgré le passage du temps, des crises et des difficultés, sont restées sous le contrôle des ascendants des familles fondatrices. On peut lier le fait qu'elles existent encore aujourd'hui à leur choix de rester fidèles à leur savoir-faire, à leurs valeurs. Ce choix influe indéniablement sur les décisions des actionnaires, des directeurs financiers et du département marketing.

Dans ce rapport seront présentés les événements qui ont eu lieu depuis le début des années 2000 entre le groupe d'un industriel –LVMH et un groupe familial, Hermès. Ces deux entreprises polarisent en effet le modèle dit "industriel" et le modèle dit "familial".

LVMH, holding gérant plusieurs entreprises et marques du luxe, est souvent critiquée et admirée pour l'aptitude avec laquelle elle arrive à prendre le contrôle des plus belles marques et des maisons du secteur de luxe.

Le communiqué du 21 octobre 2010 après l'assemblée générale de LVMH annonçant que le groupe détenait désormais 17,07% du capital et plus de 10% des droits de vote d'Hermès International était complètement inattendu et a stupéfait tous les secteurs et surtout la famille détenant toujours la majorité des parts du sellier parisien.

LVMH déclarait avoir converti les instruments financiers à terme- equity linked swaps- détenus jusque-là par les sociétés contrôlées, et détenir des titres du capital et de droits de vote de son concurrent. Les contrats ont été conclus par les filiales de LVMH en 2008 avec des banques. Ces instruments étaient dénouables en numéraire selon la réglementation de l'époque et ne faisaient pas l'objet de déclaration de franchissement des seuils. Néanmoins, dans les rapports financiers consolidés, ils étaient dispersés parmi les catégories du bilan ou ils n'attiraient pas l'attention. Les equity linked swaps (ELS) étaient les contrats qui selon leurs objectifs permettent au contractant de bénéficier de la performance économique des titres sous-jacents (ici les actions Hermès). L'établissement avec lequel le contrat est conclu se trouvant obligé de rembourser la différence entre le cours de l'action au moment de la conclusion du contrat et le cours à la fin du contrat, qui peut être dénoué soit en numéraire soit par la livraison physique en actions. La deuxième possibilité est celle choisie par LVMH qui a rendu les instruments financiers ne donnant pas de droit aux actions un moyen pour les acquérir finalement.

A la suite de ces événements les membres de famille Hermès (ascendants des fondateurs historiques) ont décidé de prendre des mesures de protection contre le "nouvel" actionnaire. Hermès International est une société commanditée par action cotée à la bourse Euronext de Paris. 75% des titres appartiennent à "la famille Hermès" et les titres restant se trouvent sur le marché flottant. Ils décidèrent de créer une holding "H51", à laquelle 52 membres apporteraient leurs actions d'Hermès International. Pour rendre cette opération

légale et irréprochable, ils ont demandé l'autorisation de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) de la dispenser du dépôt de l'offre publique d'acquisition qui est obligatoire dès que la cession ou l'acquisition des titres porte sur plus que 30% des titres de la société cible. L'AMF donna son accord pour cette dérogation au motif de reclassement des actions, car les détenteurs restaient au sein de la même société. Cette décision rencontra l'opposition de la part de l'association d'actionnaires minoritaires (ADAM) qui voulait voir des propositions d'offres. Finalement la Cour de Cassation condamna cette pratique et a soutenu la décision de l'AMF.

Quant au cours d'actions Hermès entre 2010 et 2012 il a flambé considérablement. Entre temps la procédure qui devait sanctionner les démarches de LVMH suivait son cours à l'AMF. La décision fut rendue le 25 juin 2013 et imposa à LVMH une amende de 8 millions d'euros au titre de sanction pour manquement à l'obligation d'information¹⁵⁸. Finalement LVMH a décidé en septembre 2013 de clore la procédure devant l'AMF et de ne pas interjeter appel de sa condamnation pour ne pas entraver la gestion de sa participation dans Hermès¹⁵⁹.

Après cette présentation générale de l'affaire opposant LVMH à Hermès, il convient d'envisager les problèmes juridiques les plus importants qu'elle soulève. Quelles peuvent être les techniques financières d'approche pour réaliser une « montée cachée » au capital d'un concurrent ? Quels en sont les avantages et les risques ? Pour mieux comprendre comment LVMH a manœuvré sa stratégie de montée au capital d'Hermès, nous allons présenter les principes réglementant les offres publiques d'acquisition (I), puis revenir sur le rôle des instruments financiers (II) et sur la problématique des franchissements de seuils (III).

¹⁵⁸ AMF, commission des sanctions, 25 juin 2013, LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton, *JCP E* 2013, p. 1503, note P. Pailler.

¹⁵⁹ S. TORCK, *Affaire LVMH/Hermès*, *Bull. Joly sociétés* 2013, p. 738.



Date de fondation: **1837**

Forme juridique : **Société en Commandite par Actions**

En 1993 introduit sur le Second Marché de la Bourse de Paris

Siège social: 24 rue du Faubourg Saint Honoré FR-75008 Paris France

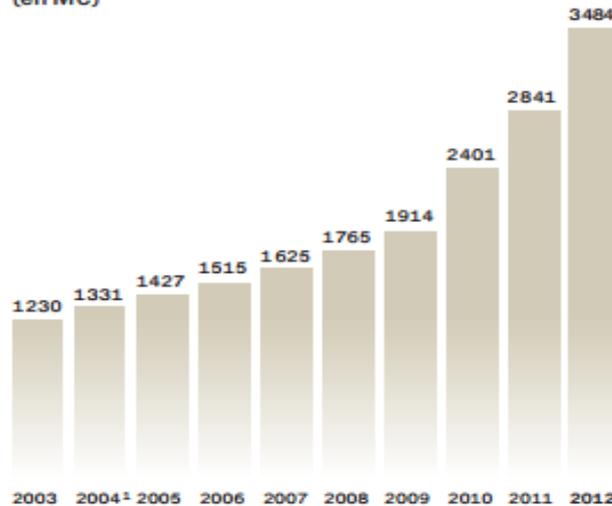
Dirigeants : Monsieur Axel Dumas

Monsieur Patrick Thomas

Hermès International est spécialisé dans la conception, la fabrication et la commercialisation de produits de luxe surtout la vente de sacs, bagages, produits de sellerie, maroquinerie, vêtements, chaussures et accessoires, d'articles de soie, parfums etc.

La société Émile Hermès SARL est le seul associé commandité d'Hermès International depuis le 1er avril 2006, la faculté d'être associé d'Émile Hermès SARL est réservée aux descendants de M. Émile-Maurice Hermès, et à leurs conjoints, mais seulement en qualité d'usufruitiers de parts¹⁶⁰.

ÉVOLUTION DU CHIFFRE D'AFFAIRES CONSOLIDÉ
(en M€)



*Rapport
International*

*Annuel d'Hermès
2012*

¹⁶⁰ Rapport annuel Hermès International 2012.



Cours d'Hermès International sur le marché Euronext à Paris entre 1.01.2008 et 30.10.2013, bourse.latribune.com

RÉPARTITION DU CAPITAL ET DES DROITS DE VOTE AU 31 DÉCEMBRE 2012

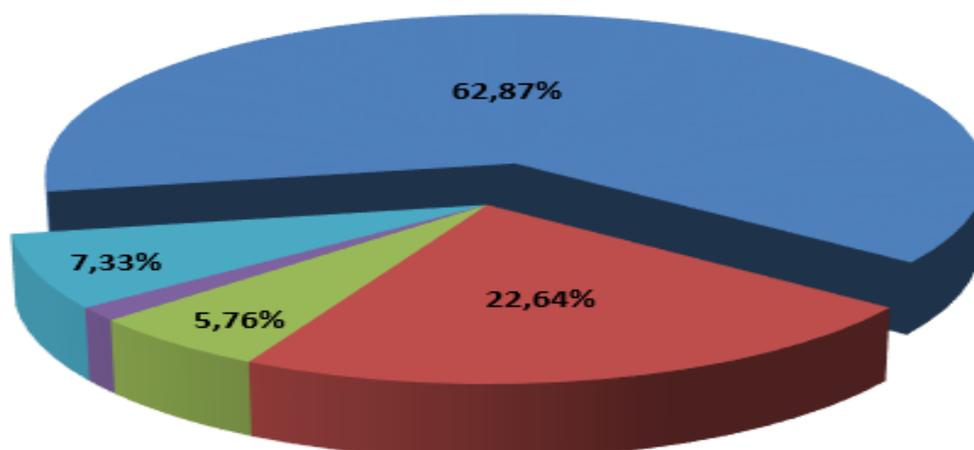
Au 31 décembre 2012 et à la connaissance de la société, la répartition du capital et des droits de vote de la société est la suivante :

	Capital		Droits de vote ⁽¹⁾			
			Affectation des résultats		Autres	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
H51 SAS	52 999 297	50,20	81 480 158	57,07	81 480 158	57,07
H2 SAS (anciennement THÉODULE)	6 196 102	5,87	7 366 102	5,16	7 366 102	5,16
Autres membres du groupe familial Hermès	7 178 173	6,80	8 575 427	6,01	12 655 452	8,86
Sous-total groupe familial Hermès⁽²⁾	66 373 572	62,87	97 421 687	68,23	101 501 712	71,09
LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton	23 901 902	22,64	23 901 902	16,74	23 901 902	16,74
Public	7 738 115	7,33	15 378 102	10,77	11 298 077	7,91
M. Nicolas Puech	6 082 615 ⁽³⁾	5,76	6 082 615 ⁽³⁾	4,26	6 082 615 ⁽³⁾	4,26
Autodétention ⁽⁴⁾	1 473 208	1,40	0	0,00	0	0,00
Total	105 569 412	100,00	142 784 306	100,00	142 784 306	100,00

L'actionnariat d'Hermès International, Rapport Annuel d'Hermès International 2012

Actionnariat d'Hermès

- Famille Hermès 62,87%
- LVMH 22,64%
- Monsieur Nicolas Puech 5,76%
- Autocontrôle 1,4%
- Marché Flotant 7,33%



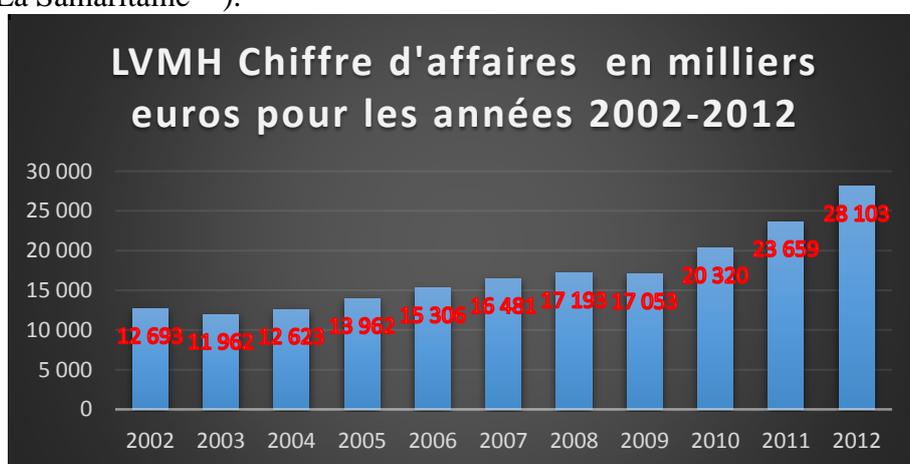
Date de fondation: 1987 à la suite du rapprochement en 1987 de Moët Hennessy et de Louis Vuitton

Forme juridique : **Société Anonyme**

Siège social: 22, avenue Montaigne, Paris

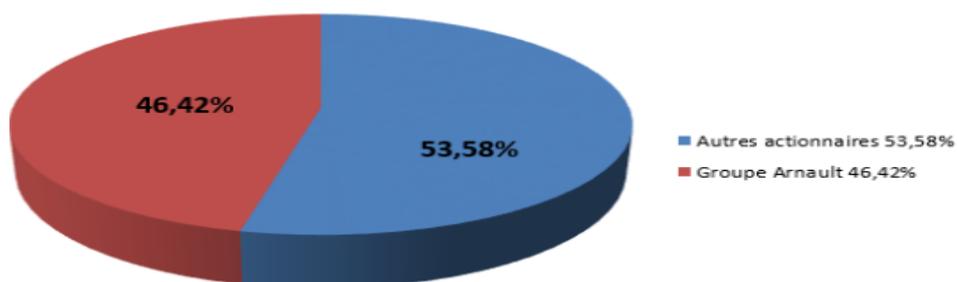
Dirigeant : **Monsieur Bernard Arnault**

LVMH est le leader mondial des produits de luxe surtout des articles de mode et de maroquinerie (marques Louis Vuitton, Kenzo, Celine, Fendi, Marc Jacobs, Givenchy, etc.), vins et spiritueux: (marques Moët & Chandon, Dom Pérignon, Hennessy) parfums et produits cosmétiques (marques Christian Dior, Guerlain, Make Up For Ever, Guerlain, Acqua di Parma) montres et bijoux (marques TAG Heuer, Montres Dior, Zenith, Chaumet, Fred) distribution sélective (Sephora, DFS, Miami Cruiseline et des grands magasins Le Bon Marché et La Samaritaine¹⁶¹).



Rapport Financier LVMH 2012

Actionariat LVMH



¹⁶¹ Rapport Annuel LVMH 2012.

I- LES ENJEUX DE L'OFFRE PUBLIQUE D'ACQUISITION

Dans ce paragraphe, sera présenté le problème qui s'est produit au sein de l'actionnariat de la société Hermès International. Les actionnaires minoritaires ont effectivement essayé de contester la décision de l'Autorité des marchés financiers qui avait dispensé des actionnaires majoritaires d'Hermès du déclenchement de l'offre publique d'acquisition obligatoire. Seront également examinés les principes et les conditions gouvernant l'Offre publique d'acquisition (OPA).

1. Actionnariat de la société Hermès International

La réaction à l'apparition de LVMH : création de la holding et l'action de concert. Le 3 décembre 2010 un accord sous condition suspensive a été conclu entre 52 membres de la même famille Hermès, y compris leurs 18 sociétés patrimoniales. La holding « H51 » avait la vocation de réunir 85% d'actions détenus par l'ensemble de la famille représentant 62,8% du capital et 71,8% des droits de vote au sein d'Hermès International¹⁶².

Son objectif est d'assurer que jusqu'en 2031 aucun tiers n'arrive à reprendre le contrôle, et surtout que les descendants gardent le contrôle d'Hermès International et qu'H51 conserve un poids considérable.

A la suite de l'accord, la holding H51 était constituée à 50,2% d'actions Hermès Int. Les membres constituant la holding ont reçu des actions de H51 des catégories A et B, en échange des actions d'Hermès Int., qu'ils ont apportées. Leurs actions A de H51 peuvent être cédées à tout moment mais uniquement à H51 sous condition de l'acceptation unanime des associés de H51 et uniquement en numéraire. En revanche, les actions de catégorie B peuvent faire l'objet de la cession en numéraire ou en actions d'Hermès Int., mais pas avant 2031. De plus, la holding a un droit de préemption sur les actions des membres de famille qui n'ont pas adhéré à H51.

H51 pourra vendre les actions d'Hermès à un tiers uniquement si les trois-quarts de ses associés sont d'accord.

La situation juridique d'Hermès International avant l'apparition de LVMH. Le statut d'Hermès International, à l'époque de l'introduction en bourse en 1993 et avant la création de la holding H51, prévoyait les règles destinées à conserver la solidarité et le contrôle de l'entreprise par la famille Hermès. Le commandité étant représenté par tous les membres de la société Emile Hermès SARL. Les membres du conseil de surveillance (qui était chargé de représenter les associés commanditaires) qui ont signé l'accord du 3 décembre 2010, étaient majoritairement les membres de famille Hermès.

¹⁶² Cass.com., 28 mai 2013, *RTD com* 2013, p. 547, note N. Rontchevsky.

Il faut bien souligner que la forme juridique- société en commandite par action- renforçait la position du groupe familial tout en étant très bien adaptée au maintien du contrôle sur Hermès International. Ce choix de forme sociale de l'entreprise sert à la fois à maintenir la solidarité familiale et la laisse s'exprimer de manière imposante dans la politique de l'entreprise.

Le nombre des titres détenus par le Groupe familial d'Hermès, Rapport annuel d'Hermès

	Actions	% capital	Décisions concernant l'affectation des résultats		Autres décisions	
			Droits de vote	% droits de vote	Droits de vote	% droits de vote
H51 SAS	52 943 797	50,15	81 424 658	55,41	81 424 658	55,41
H2 SAS ⁽¹⁾	5 289 090	5,01	6 459 090	4,40	6 459 090	4,40
Autres membres ⁽²⁾	8 090 707	7,66	10 422 503	7,09	14 502 505	9,87
Groupe familial	66 323 594	62,82	98 306 251	66,90	102 386 253	69,67

(1) Anciennement Théodule.

(2) À savoir 117 personnes physiques et morales membres du groupe familial Hermès, dont aucune ne détient individuellement plus de 5 % du capital ou des droits de vote de la société.

Ce tableau présente des pourcentages calculés sur la base du nombre de droits de vote théoriques, c'est-à-dire y compris les actions privées de droit de vote au 13/12/2011.

International 2012

Le déclenchement dérogatoire de l'offre publique d'achat obligatoire. Il était alors bien visible pour l'AMF qu'il existait des motifs justifiant la dispense de déclencher l'OPA à l'occasion de la cession des actions par les membres de famille Hermès à la holding H51. Ces motifs étaient :

- une convergence dans la prise de décisions des assemblées générales d'Hermès International,
- le rôle des membres de la famille au sein des organes de la société restait stable malgré l'évolution des générations,
- les modalités de gestion exercées par le commandité d'Hermès International restaient les mêmes malgré la transmission de titres à la holding H51.

La cession dépassait 30% des droits de vote et du capital de la société concernée, l'offre publique d'achat était obligatoire.

La holding H51 détenait alors 50,2% du capital d'Hermès ce qui représentait environ le nombre d'actions détenues par les membres de la famille. La demande adressée à l'AMF était justement reconnue comme **un reclassement entre les personnes appartenant à un même groupe**.¹⁶³

Les demandeurs personnes physiques étaient tous les associés de la société Hermès International exerçant leurs pouvoirs en concordance avec un associé- commandité. Cela permit de dispenser cette cession de l'obligation de se dérouler par la voie de l'offre publique d'achat en vertu de l'article 234-9, 7 du règlement général de l'AMF. Surtout, le concert entre les personnes existait avant que l'accord du 3 décembre 2010 soit conclu. L'objectif de

¹⁶³ Cass.com., 28 mai 2013, *préc.*

l'accord et la transformation de la société Emile Hermès était de maintenir le contrôle que ses membres exerçaient sur la société Hermès International, mais de le faire de manière plus uniforme après la réunification au sein d'une autre société.

2. Définition d'une offre publique d'acquisition

Définition d'une offre publique d'acquisition. Une offre publique d'achat est une opération de marché par laquelle l'initiateur fait connaître publiquement aux actionnaires d'une société cotée qu'il se propose d'acquérir les titres à un prix supérieur aux cours boursiers¹⁶⁴.

La définition adoptée par les pays membres de l'Union Européenne ainsi que le régime applicable aux offres publiques d'acquisition proviennent de la Directive européenne concernant les offres publiques d'acquisition¹⁶⁵.

On retrouve les règles générales relatives aux OPA dans le Code Monétaire et Financier (art. L. 433-1 et suivants modifiés par loi n°2012-387, 22 mars 2012) ainsi que dans le Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (article 231-1 et suivants). La dernière modification de ce règlement est le fait d'un arrêté du 11 mars 2013.

Compétence de l'Autorité des marchés financiers. Le régulateur national en France compétent pour recevoir toute information, déclaration, ou tout projet en relation avec des offres publiques d'acquisition est l'Autorité des Marchés Financiers en vertu de Code Monétaire et Financier. Elle est surtout compétente en matière de transactions qui portent sur les titres financiers négociés sur le marché réglementé français ainsi que sur le marché non-réglementé. Les sociétés ayant leurs sièges à l'étranger ont également l'obligation de déclarer toute opération portant sur ses titres.

Les titres d'Hermès International font l'objet de négociations sur le marché réglementé français depuis 1993, ainsi toute opération portant sur ces titres doit être déclarée et communiquée au public. Ni le siège social d'Hermès Int., ni une intervenant sur ces titres ne s'y oppose car les titres sont cotées à l'Euronext à Paris.

3. Intérêts d'une offre publique d'acquisition

L'intérêt des actionnaires. Les reprises peuvent être très bénéfiques pour les actionnaires car dans la plupart des cas les cours boursiers des titres s'apprécient par rapport au dernier cours et leurs gains peuvent se multiplier considérablement lors des guerres boursières comme c'était le cas de Rhodia (le cours a monté de 50%) lors de la reprise par Solvay¹⁶⁶. Les volumes d'échange des titres d'une société augmentent, les investisseurs s'intéressent de plus en plus à cette société, ce qui peut signifier que l'offre publique d'achat pourra bientôt être annoncée par l'intéressé. Cela inspire les stratégies des établissements d'investissement. Ils vont mettre en œuvre une sorte d'arbitrage afin de racheter les titres de la société cible après l'annonce de l'offre et ils vont ensuite bénéficier de titre dont le cours augmentera jusqu'au jour de la concrétisation de l'offre. Il est cependant possible que le rachat final n'ait pas lieu¹⁶⁷.

L'intérêt de l'initiateur. L'offre permet à l'initiateur d'avoir accès à la totalité des actions qu'il ne possède pas encore. Cela peut être une meilleure alternative que le rachat par petits blocs de titres visés sur les marchés.

¹⁶⁴ A. VIANDIER, *OPA-OPE*, éd. Fr. Lefebvre, 3^{ème} éd., 2006.

¹⁶⁵ Directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.

¹⁶⁶ « *Ciblez les prochaines proies boursières* », Les Echos, 1^{er} juin 2011.

¹⁶⁷ *Ibid.*

4. Principes généraux d'une offre publique d'acquisition

L'égalité de traitement. Pour assurer l'égalité et l'équilibre entre les actionnaires minoritaires et les grands détenteurs d'actions des sociétés concernées, il y a deux exigences (pour garantir des conditions uniformes)¹⁶⁸ :

- L'offre publique d'achat doit porter sur 100% des actions donnant accès au capital et au droit de vote,
- Le prix proposé pour une action est le même pour toutes les actions.

Si l'égalité entre les actionnaires ou détenteurs de titres financiers peut être bouleversée par un conflit d'intérêts provoqué par l'OPA, un expert indépendant doit être nommé pour donner un juste prix aux titres.¹⁶⁹

L'égalité d'information. Pour prendre la décision de l'offre publique, les actionnaires doivent avoir un temps raisonnable pour considérer l'acceptation de l'offre en toute connaissance de cause.¹⁷⁰ Dans la pratique, cette obligation se traduit par la diffusion publique de documents comme la note d'information par l'initiateur de l'offre et la note de réponse de la société cible.¹⁷¹

Le principe de transparence et d'intégrité du marché a pour vocation d'empêcher toute manipulation des cours boursiers et surtout l'apparition de fausses offres qui n'ont pour objet que de provoquer des mouvements sur les titres, en baissant ou augmentant les cours.¹⁷²

La détention d'au moins 5% du capital ou des droits de vote par toute personne ou entité, toute personne concernée ou le dirigeant rend obligatoire la déclaration quotidienne des opérations d'achat ou de vente des titres concernés par l'offre à l'AMF.¹⁷³ Ainsi, si une personne détient déjà 5% de droits de vote ou des titres et qu'elle a l'intention d'augmenter cette participation d'au moins 2% des titres ou des droits de vote, ceci doit être communiqué à l'AMF.

Une fois le projet d'offre déposé, tout accord conclu par les personnes concernées (le déposant, les actionnaires, leurs dirigeants) qui serait susceptible d'influer sur l'offre ou le cours des titres doit être communiqué à la société cible, à l'AMF, au public.¹⁷⁴

Le principe du libre jeu de l'offre et des surenchères. Il résulte du principe d'égalité entre les initiateurs en leur laissant présenter leurs offres dans les conditions d'une concurrence loyale et équitable. C'est la concurrence libre entre les initiateurs qui est fondamentale pour l'OPA et les actionnaires de la cible car dans ce contexte ils peuvent bénéficier de l'opportunité de maximiser le prix de cession des actions.¹⁷⁵

L'initiateur a la possibilité d'obtenir une promesse de vente de la part des actionnaires voulant lui céder leurs actions avant le lancement de l'offre publique. Néanmoins, le principe de libre jeu des offres permet au promettant de se dédire au cas où d'autres offres seraient présentées.

Le principe de loyauté des transactions et de la compétition, dispositif « anti-rumeurs ».

¹⁶⁸ Art. 231-6 du Règlement général AMF.

¹⁶⁹ Art. 261-1 du Règlement général AMF.

¹⁷⁰ Directive UE 2004/25/CE art.3 al.1.b.

¹⁷¹ Art. 231-37 du Règlement général AMF.

¹⁷² Article L. 465-2 du Code Monétaire et Financier

¹⁷³ Art. L-233-7 du Code de Commerce et art. 231- 38 du Règlement général AMF.

¹⁷⁴ Art. 231-5 du Règlement général AMF.

¹⁷⁵ « *Offres publiques d'acquisition* », JurisClasseur Banque-Credit-Bourse, mars 2009, mise à jour du 26 janvier 2012.

Les intervenants doivent agir de bonne foi. Cela a pour objet d'empêcher les effets secondaires comme les envolées ou les chutes des cours d'actions lorsqu'il y a des rumeurs concernant l'OPA. Un initiateur doit dans ce cas se prononcer s'il a l'intention de présenter un projet d'OPA.

La personne pour laquelle il y a des motifs raisonnables de penser qu'elle prépare une offre publique est tenue de préciser auprès de l'AMF ses intentions.¹⁷⁶ L'AMF peut également demander des précisions quand il y a des mouvements importants sur les titres de la cible potentielle. La réponse est communiquée au public. Si cette personne confirme ses intentions, elle devra présenter au public les caractéristiques de son projet d'OPA.¹⁷⁷

Si la personne déclare ne pas avoir l'intention d'effectuer une OPA, elle n'aura pas la possibilité de déposer une offre publique d'achat pendant 6 mois. Cette privation du droit de déposer un projet d'OPA pendant 6 mois s'applique aussi à celui qui a confirmé avoir l'intention de faire une OPA mais qui n'a jamais communiqué les caractéristiques de son projet.

Le principe d'irrévocabilité de l'offre. La communication de l'offre au public, dans les offres publiques boursières, renforce la fermeté de l'offre.

Les engagements pris par l'initiateur sont irrévocables¹⁷⁸. Cependant, l'offre peut être révoquée si les conditions suivantes sont cumulativement remplies¹⁷⁹ : dans les 5 jours suivant la publication du calendrier de l'offre ou d'une surenchère concurrente, l'offre est devenue sans objet et la consistance de la société cible a changé à la suite des mesures qu'elle a prises¹⁸⁰.

Les principes d'OPA pourraient être menacés à l'occasion de la cession des titres :

- **Le principe d'égalité :** Les associés d'ADAM étaient des actionnaires minoritaires par rapport à Emile Hermès dont la part des actions était cédée au H51. Il ne semble pas que l'égalité soit compromise si les détenteurs des actions restent les mêmes, le reclassement est presque neutre pour les associés d'ADAM.
- **Le principe du libre jeu de l'offre :** Comme ce principe a son origine dans le principe d'égalité de traitement des actionnaires, il ne peut pas être violé. Néanmoins la dérogation va toujours empêcher les présentations des autres offres et alors les actionnaires minoritaires qui, dans ce cas-là, ne pourront bénéficier de l'augmentation de prix. Cela était le cas d'ADAM qui voyait le cours des titres en bourse augmenter et pensait avoir des offres intéressantes.
- **La transparence et l'intégrité du marché :** L'AMF a finalement qualifié la cession des titres d'Hermès International à la société H51 comme adaptée à la dérogation de l'obligation d'une OPA obligatoire. Cela suppose que l'AMF a estimé que cette opération ne pouvait influencer ni le marché, ni de cours des titres. Néanmoins, l'ensemble des faits montre le contraire. C'est le contentieux avec l'ADAM et les controverses avérées autour de la décision de l'AMF qui se sont reflétés dans l'évolution du cours boursier. Les parties au contentieux ont involontairement

¹⁷⁶ Art. L. 433-1 du Code Monétaire et Financier.

¹⁷⁷ Art. 223-33 du Règlement général de l'AMF.

¹⁷⁸ Art.231-13 du Règlement général de l'AMF.

¹⁷⁹ Art. 231-11 du Règlement général de l'AMF.

¹⁸⁰ Art. L 233-32 du Code de Commerce.

influencé le cours de l'action Hermès à la suite de ce désaccord qui coïncidait avec la montée au capital d'Hermès de LVMH. En raison de la demande effectuée auprès de l'AMF par les parties à la cession, il est impossible de leur reprocher la violation du principe de transparence et de l'intégrité du marché.

5. Offre publique d'acquisition obligatoire

Pour le respect du principe d'égalité des actionnaires et pour la protection des actionnaires minoritaires, lorsqu'un actionnaire devient majoritaire à la suite d'une OPA, la loi impose trois offres obligatoires et la garantie de cours.

L'acquéreur qui a pris le contrôle (la loi française prévoit que cela correspond au franchissement de 30% de la participation dans le capital de la société cible) sur la cible sera obligé de proposer aux actionnaires minoritaires, en lançant une offre publique, d'acheter la totalité de leur titres à un prix équitable.

Une offre obligatoire de droit commun

Un projet d'offre doit être immédiatement déposé auprès de l'AMF dès que le seuil de possession de 30% des titres ou de droits de vote est franchi par une personne morale ou physique, agissant seule ou en concert avec une autre.

Une offre obligatoire sur une filiale de la cible

L'arrêt de Cour d'Appel de Paris du 13 janvier 1998 a nuancé l'art. L 433-3 de Code Monétaire et Financier,

L'actif essentiel ou la part essentielle peut signifier que :

- C'est le chiffre d'affaires de la filiale qui constitue un actif essentiel dans le capital de la société détentrice, ou
- C'est la valeur nette des titres de la société cible qui est plus importante que la valeur nette des autres sociétés participantes à la société détentrice;

Dans ce cas en application de l'art. L 433-3 CMF, un initiateur qui veut déposer un projet d'offre portant sur la société détentrice, est obligé de déposer une offre publique d'achat portant sur l'ensemble du capital de la société filiale française et étrangère.

L'augmentation de participation sur une période inférieure à 12 mois de plus de 2%

Une OPA est obligatoire quand une personne morale ou physique possède déjà entre 30% et 50% de droits de vote ou du capital d'une société cible et dans une période de moins de 12 mois, elle augmente sa participation de plus que 2%.

6. L'offre publique d'acquisition non-obligatoire et dérogation

L'AMF a la possibilité de déroger aux dispositions du Règlement tant que ces dérogations sont légitimes. L'objectif de l'offre publique obligatoire est de protéger les actionnaires minoritaires, cela veut dire que tant que le principe de protection des minoritaires est maintenu, l'AMF peut autoriser les dérogations :

L'AMF peut autoriser un franchissement temporaire de seuil de 30% de participation, si ce franchissement ne va pas durer plus de 6 mois et qu'il ne porte que sur 3% du capital et des droits de vote.

S'il n'y a pas un véritable changement de la personne qui contrôle la cible, on n'envisage pas une offre obligatoire sous motif de la mise en concert.

Malgré le franchissement des seuils, l'opération ne menace pas les actionnaires minoritaires.

OPA n'est pas obligatoire dans de telles situations¹⁸¹ :

1. Le franchissement de seuil est passif ou involontaire,
1. Le franchissement est le résultat d'une réduction de capital,
2. En cas de reclassement des sociétés qui font partie du même groupe,
3. Le franchissement survient dans l'objectif de sauver l'entreprise se trouvant en difficultés financières.

7. Les règles d'offre publique d'acquisition

Le lancement de l'offre publique d'achat. Avant qu'un initiateur lance une offre, il peut avoir quelques recours :

1. Une alliance avec la société cible ou une entité en dehors de la cible, pourvu que les principes de loyauté dans la transaction et du libre jeu d'offres et de la surenchère soient respectés,
1. Le ramassage préalable : les opérations ayant pour but de "ramasser les titres sur le marché" pourvu que les seuils ne soient pas franchis,

Les interventions sur le marché. Dès l'instant du dépôt du projet de l'offre publique de rachat, la société cible et l'initiateur voit leurs interventions sur le marché restreintes. En vue de l'offre publique d'échange, quand la contrepartie est composée de titres, pendant la période de l'offre, ni l'initiateur ni la cible ne peuvent intervenir sur le marché ni sur les titres de la cible ni sur les titres proposés en échange.¹⁸² En revanche, si l'offre est rémunérée en numéraire, l'initiateur peut racheter des titres de la cible dès le dépôt de projet d'offre jusqu'au moment de la publication des résultats de l'offre.

Il est interdit à la cible de racheter ses propres titres sur le marché pour diminuer le nombre des titres lors de l'offre publique d'échange. L'interdiction s'applique à la cible, mais aussi à toute personne qui agit en concert avec elle. Dans l'hypothèse de l'offre publique d'achat rémunérée en numéraire, cette interdiction ne s'applique pas.

Il est interdit à l'initiateur de vendre les titres de la cible entre la clôture de l'offre et la suite positive de l'offre prononcée par l'AMF ou entre la clôture de l'offre et le moment de la restitution des titres aux intermédiaires déposants.¹⁸³

Le délit d'initié. Le cas de LVMH, qui a utilisé les instruments à terme pour monter au capital d'Hermès, n'est pas très différent de celui de Zodiak. L'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris en 1994 explique à quelles conditions le ramassage des titres préalable à l'offre est légal. Cette démarche permet au futur offrant de ramasser les titres de la cible sans lancer d'OPA¹⁸⁴:

- Si cela sert à prendre une participation significative dans la société qui peut être menacée par la prise du contrôle ou
- Si celui qui ramasse veut avoir une position renforcée par rapport aux offres concurrentes.

En revanche sera qualifiée, selon la Cour d'Appel, comme un délit d'initié prohibé tout ramassage des titres visant à faire une économie sur le prix des actions.

¹⁸¹ Art.234-9 du Règlement général AMF

¹⁸² Art.232-18 du Règlement général AMF

¹⁸³ Art. 232-16 du Règlement général AMF

¹⁸⁴ CA Paris, 1ère ch., 15 novembre 1994, *Bull. Joly Bourse* 1995, p. 91.

Dépôt de projet de l'offre. L'initiateur de l'offre doit la déposer auprès de l'AMF, assurant son irrévocabilité. Le dépôt est effectué par l'établissement de services d'investissement agréé (et non pas par l'initiateur lui-même). Les éléments essentiels doivent y être inclus ainsi que les conditions et les suspensions¹⁸⁵. Le dépôt est accompagné par la publication d'un communiqué officiel de projet de note d'information. Dans ce document on trouve le prix proposé par l'initiateur qu'il propose en utilisant les critères prévus par règlement général de l'AMF¹⁸⁶. Le point essentiel est une claire explication des intentions de l'initiateur donnant une image de sa politique vis-à-vis de la société cible, ses titres, de son fonctionnement dans la perspective de 12 mois à venir¹⁸⁷. Il devra assurer que les titres resteront négociables sur le marché réglementé pendant les 12 mois suivants. La période de l'offre commence une fois que l'AMF a publié les principales dispositions du projet d'offre.¹⁸⁸ Il est possible que si le président de l'AMF demande la suspension, les titres sur lesquels porte l'offre soient exclus des négociations.¹⁸⁹

Déclaration de conformité. Les objectifs et les intentions de l'initiateur font l'objet d'une appréciation que l'AMF effectue dans un délai de 10 jours pour déclarer la conformité du projet d'offre avec des règles et principes relatifs aux offres. L'AMF pourra demander à l'initiateur de modifier le projet s'il n'est pas conforme aux principes des offres.

Quant à la cible, elle dépose auprès de l'AMF le projet de réponse à l'offre, qui va rendre évident la position de la cible vis-à-vis l'offre publique d'acquisition et surtout les accords qui vont avoir une incidence sur l'appréciation de l'offre. Les dirigeants de la cible doivent préciser leur point de vue sur l'offre, révéler les intérêts qu'il y aura, motiver un éventuel rejet ou une éventuelle acceptation, estimer les impacts que l'acceptation ou le rejet aura sur la cible.

Durée de l'offre. Les actionnaires de la cible peuvent présenter leurs titres à l'offre dès le lendemain de la publication de note d'information définitive¹⁹⁰ auprès des prestataires habilités. L'AMF va publier les résultats de l'offre après sa clôture.

Types de procédure. Il existe deux types de procédures :

- **Une procédure normale :**

(La durée moyenne de cette procédure est de 25 jours)

Applicable lorsque la procédure simplifiée ne peut pas être appliquée ou lorsque l'initiateur détient moins de la moitié du capital ou moins de la moitié des droits de vote de la cible ;

- **Une procédure simplifiée¹⁹¹ :**

(La durée moyenne est de 10 jours)

A contrario lorsque :

- l'initiateur de l'offre détient plus que la majorité des droits de vote ou du capital
- il veut acquérir un nombre précis des titres
- après cette acquisition il aura plus de 10% des titres en totalité
- il veut acquérir des actions à dividende prioritaire

¹⁸⁵ Art. 231-13 du Règlement général AMF

¹⁸⁶ Art. 231-18 du Règlement général AMF

¹⁸⁷ Art. 231-21 du Règlement général AMF

¹⁸⁸ Art. 231-14 du Règlement général AMF

¹⁸⁹ Art. 231-15 du Règlement général AMF

¹⁹⁰ Art. 261-1 du Règlement général AMF

¹⁹¹ Art. 233-1 du Règlement général AMF

- une société veut racheter ses titres pour réduire le capital social pour un autre motif que les pertes

Dans le cas de l'initiateur qui possède déjà la majorité, le prix qu'il va proposer ne peut pas être inférieur au cours moyen de l'action sur les 60 derniers jours.¹⁹²

Dans le cadre de la procédure simplifiée, il n'y a pas d'offres concurrentes ou surenchères, aussi les actionnaires ne peuvent pas bénéficier de l'augmentation du cours des actions.

Les conséquences du dépôt du projet d'OPA. Les offres concurrentes et surenchères. L'AMF va déclarer qu'une offre concurrente est conforme quand elle va être supérieure par rapport à l'offre initiale d'au moins de 2%, ou quand elle va apporter une amélioration significative aux conditions proposées aux actionnaires de la cible. Lorsque l'offre concurrente ou la surenchère s'avère être plus avantageuse pour les actionnaires, l'initiateur de la première l'offre peut renoncer à son offre pendant 5 jours et les ordres de présentation deviennent nuls (s'il y en avait)¹⁹³.

La contrepartie de l'offre publique. L'initiateur de l'offre a une certaine liberté quant à la forme et au montant de la contrepartie qu'il va proposer aux actionnaires de la société cible.¹⁹⁴

La forme de contrepartie :

- Le numéraire, l'offre publique d'achat
- Les titres de l'initiateur- l'offre publique d'échange,

L'offre publique d'échange permet à l'initiateur de ne pas avoir le recours à l'endettement, pourvu que les titres proposés soient liquides et négociables sur le marché réglementé.

La contrepartie doit être versée au moment de l'acquisition des titres de la société cible issue de l'OPA, mais ce paiement peut être différé. Le décalage de paiement peut s'avérer bénéfique pour la société cible qui pourra être payée davantage et l'initiateur, quant à lui, il pourra utiliser les titres à terme comme les certificats de valeur garantie.

Prix dans l'offre publique obligatoire. Le prix doit être équitable ou le prix le plus élevé que l'initiateur a payé durant les 12 derniers mois précédant l'offre.¹⁹⁵

En revanche, si pendant ce période il y a un changement manifeste dans la valeur de la cible, cela peut être une raison de modification du prix proposé par l'offrant.¹⁹⁶

8. La situation d'Hermès lors de contentieux avec ADAM

La dérogation à l'obligation de dépôt du projet d'OPA. Ici il faudrait rappeler qu'il existe une dérogation qui a permis aux membres de la famille Hermès d'éviter le dépôt du projet de l'offre publique pour les actions qu'ils voulaient céder à la holding H51. La dérogation utilisée était le reclassement des titres, qui est intervenu dans le respect des conditions suivantes :

- Les associés appartenaient à un même groupe de sociétés ou des personnes,
- C'était un projet de regrouper une participation majoritaire au profit d'une holding qui appartient aux demandeurs qui contrôlent ensemble la société dont les titres sont cédés.

Le sort de cours des titres d'Hermès. Dès l'annonce provenant de l'assemblée générale de

¹⁹² Art. 233-3 du Règlement général AMF

¹⁹³ Art. 232-11 du Règlement général AMF

¹⁹⁴ Art. 231-8 du Règlement général AMF

¹⁹⁵ Art. L. 433-3 du Code monétaire et financier

¹⁹⁶ Art. 234-6 du Règlement général AMF

LVMH sur la décision de convertir les contrats à terme equity linked swaps portant sur les actions d'Hermès International en actions de cette entreprise, le cours boursier et la valorisation du Sellier commençaient à dépasser régulièrement les prévisions des analystes.

Les rumeurs de possible OPA de la part de LVMH augmentaient le cours en bourse du sellier de la révélation des titres en possession. Le cours s'appréciait d'autant que le flottant d'Hermès était à 60% détenu par les actionnaires-membres de famille, avec LVMH qui a repris une large partie il n'y avait que environ 8% qui restaient sur le marché.

Le cours a flambé de 40% à 220 euros durant l'été 2011 après les rumeurs que LVMH se préparait à annoncer un OPA qui pourrait s'élever à 350 euros par action. Cela explique que les investisseurs se soient rués sur ces titres.

En août 2011 Hermès avait une capitalisation boursière de 26 milliards euros, soit autant que les trois grands groupes industriels PSA, Renault et Michelin réunis. Lorsque les entreprises du CAC40 ont chuté à cause des effets de la crise de 2008, les titres d'Hermès ont monté sans cesse entre 2008 et 2011 de +174%. Quand, en juillet 2011, la crise des dettes souveraines de la zone euro a atteint son apogée, l'action de l'entreprise parisienne atteignait 255 euros.¹⁹⁷

Le rachat d'actions propres. Hermès a eu régulièrement recours au rachat de ses propres actions, comme en 2011 1% d'actions était acquis, tout en vertu des programmes de rachat décidés en 2007 et 2009. Ces programmes sont décidés en faveur des salariés d'Hermès auxquels les actions sont distribuées¹⁹⁸. Le rachat des actions est intervenu lors de la montée accélérée des cours après le 7 juin 2011 pour atteindre le prix de 217 euros le 8 juillet (Hermès rachetait selon le bloc d'actions de 186 euros à 199 euros). Cette appréciation a rendu le rachat de plus en plus coûteux. La société a continué de racheter alors même quand le prix a atteint 238 euros. On ne sait pas à combien ils pourraient se permettre, s'il n'existait pas le seuil au-delà duquel la société ne pouvait plus racheter, qui était fixé à 250 euros par la décision de l'assemblée générale d'Hermès International du 30 mai 2011¹⁹⁹. Il faut rappeler que ce rachat coïncidait avec le contentieux qui était initié par l'Association des Actionnaires Minoritaires (ADAM) qui a exprimé son inquiétude sur l'identité des vendeurs auprès de qui la société rachetait les titres et sur les sommes consacrées à cette opération représentant 14% de réserves de trésorerie de l'entreprise²⁰⁰. Hermès a immédiatement répondu que le rachat était lié avec les achats continus de LVMH et qu'il avait pour objet de rendre Hermès International apte à honorer ses obligations face à ses employés, notamment en matière d'attribution d'actions gratuites²⁰¹. En septembre 2011 après 3 mois très intensifs de rachats, le prix d'action était monté à 272 euros²⁰².

Société en commandite par action. La solidarité familiale c'est ce que permet aux membres de famille de garder le contrôle sur la gestion de l'entreprise. Leur choix de forme juridique qui est société en commandite par action, leur permet de conserver le contrôle sur le capital et la politique de l'entreprise, tout en bénéficiant des avantages qui sont donnés le capital apporté par les actionnaires externes et le marché boursier. Il faut mentionner qu'aucun des membres de famille ne détient plus que 5% du capital. Alors tant que LVMH n'arriverait pas à convaincre des commandites à changer la raison social d'Hermès International, il est encore très loin de prendre le contrôle du Sellier.

¹⁹⁷ *Hermès : ce que cache l'envolée de l'action*, Les Echos, le 31 août 2011.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Hermès : rachat massif organise de ses propres actions avant un nouveau rendez-vous judiciaire*, Investir, 11 juillet 2011.

²⁰⁰ *L'Adam s'interroge sur l'achat par Hermès de ses propres actions*, Reuters, le 2 août 2011

²⁰¹ *Hermès répond aux critiques d'Adam sur les rachats d'actions*, Reuters, le 3 août 2011

²⁰² *Hermès : Les rachats d'actions se sont intensifiés en août*, Investir, le 3 septembre 2011

II- LE ROLE DES INSTRUMENTS FINANCIERS DANS L'AFFAIRE LVMH c/ HERMES

En profitant du cours boursier et de l'afflux des capitaux, la société par actions n'a pas de possibilité de s'opposer à la création des instruments financiers à terme (*equity-linked-swaps*) qui avaient ces actions comme leurs sous-jacents. Les instruments financiers font fonctionner flexiblement les secteurs financiers mondiaux. Dans ce chapitre, on va découvrir la nature des instruments financiers à terme pour expliquer les mécanismes et les moyens qui avaient pour l'effet la montée au capital d'Hermès par son concurrent principal.

1. Les instruments financiers à terme ou approche juridique des contrats financiers

Définition d'un instrument financier à terme. Un instrument financier ou un contrat à terme est un type de convention dans laquelle est inclus un terme et parfois un aléa qui peut correspondre aux différentes unités sous-jacentes (par conséquent, souvent appelé produit dérivé).²⁰³ Son but est de couvrir les risques provenant de changement des taux ou des prix des actifs sous-jacents. Un tel contrat permet d'obtenir à terme :

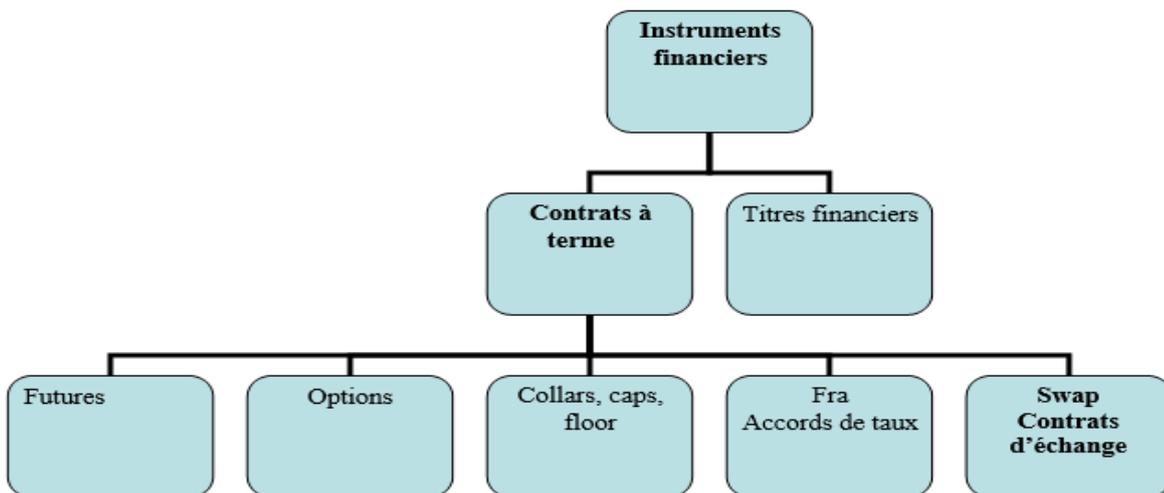
- Son titre sous-jacent au prix au début du contrat
- La différence entre le prix en vigueur au moment de conclusion du contrat et celui à l'échéance.

La possibilité de réalisation de ce contrat peut être :

- Optionnelle ou
- Ferme

203 Art. 211-36 du Code Monétaire et Financier

Comparaison des contrats financiers à terme avec les titres financiers. La différence entre les instruments financiers à terme et les instruments qui ont un caractère des titres, réside dans le fait que les instruments à terme créent des droits et des obligations contrairement aux titres qui ne donnent que des droits.



Un instrument financier à terme	Un titre financier
<p>C'est un contrat au sens de l'article 1101 du Code Civil : « <i>Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose</i> ».</p> <p>Spécifiquement c'est un contrat financier prévu par l'article L 211-1, III du Code monétaire et financier</p>	<p>Un titre de capital émis par les sociétés par actions ;</p> <p>Un titre de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ;</p> <p>Une part ou action d'organisme de placement collectif.</p> <p>Article L 211-1, II du Code monétaire et financier</p>
Crée des droits et des obligations	Crée seulement des droits
C'est un contrat <i>intuitu personae</i> ou résultant de la solvabilité des parties	Peut-être une convention <i>intuitu personae</i>
Cessible	Cessible
N'est pas négociable	Négociable, la circulation des titres est possible

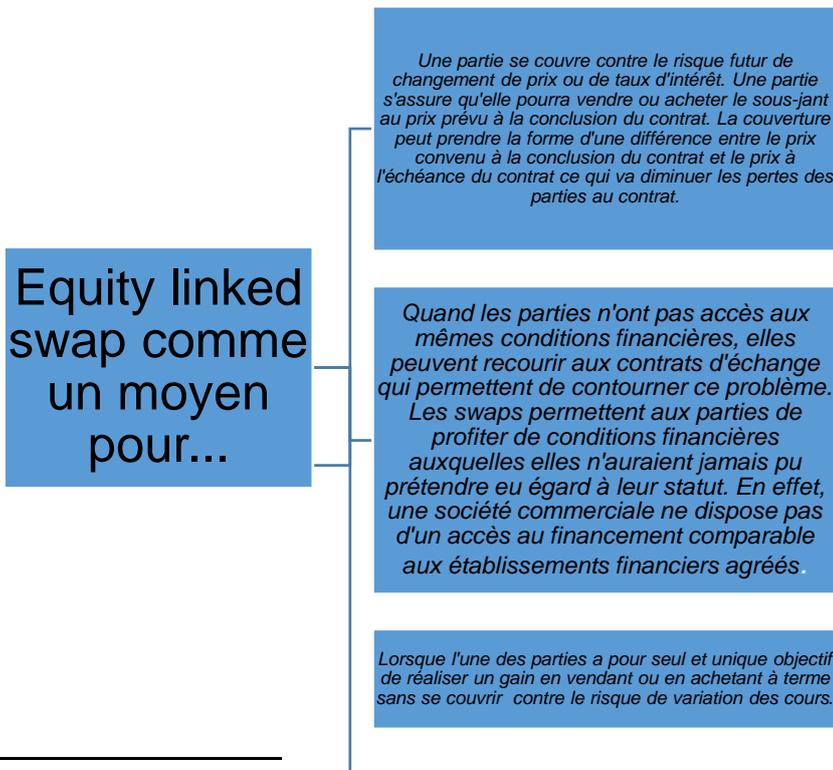
** la typologie des instruments financiers*

2. le Swap- un contrat d'échange

Définition du Swap comme un contrat d'échange. C'est un contrat à terme ferme et à exécution exclusive (au profit du contractant) qui doit être exécuté à son échéance par chacune des parties tenues d'accomplir son obligation. Le plus souvent, les parties vont échanger des devises ou des conditions de taux. Une des spécificités du contrat à terme réside dans le fait qu'il couvre le risque de la variation des prix, alors qu'il existe un aléa sur le et le terme. Ce qui rend ce type de contrat attractif aux yeux des investisseurs est le fait de retarder entre l'exécution de l'obligation contractuelle par rapport au moment où cette dernière est née.

L'aléa qui porte sur ce contrat est l'évolution du cours de l'actif sous-jacent. L'actif sous-jacent²⁰⁴ peut être tout objet de commerce, tout actif ou toute mesure financière comme le taux d'intérêt. L'exécution du contrat peut prendre la forme d'une livraison du sous-jacent ou d'un paiement en numéraire.

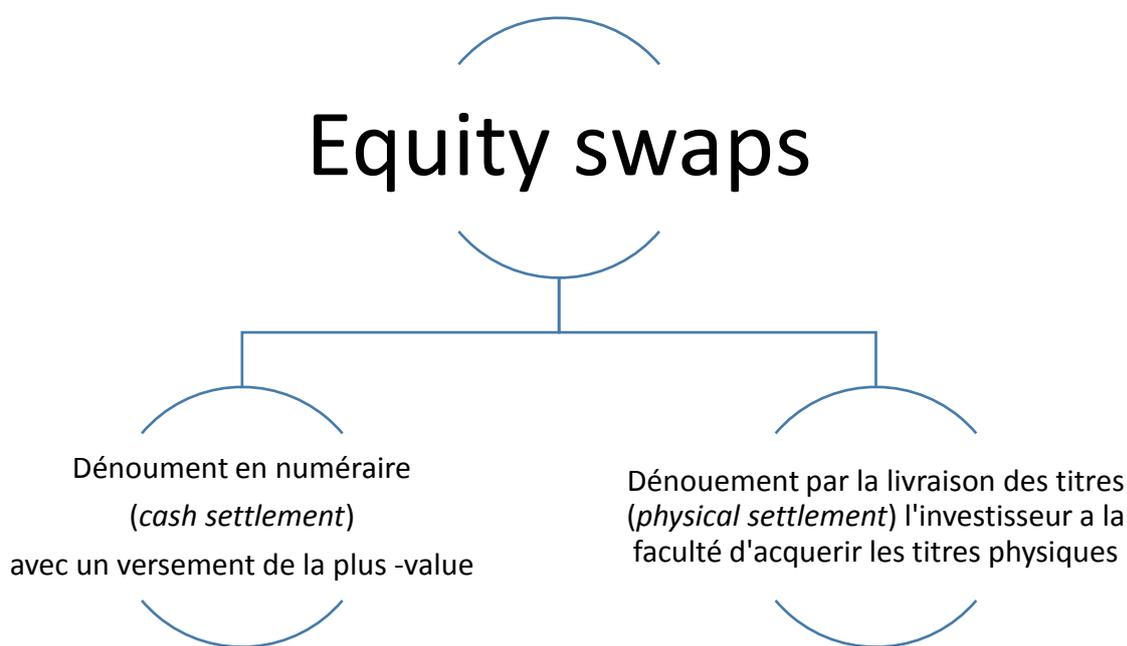
Les intérêts des parties à la conclusion d'*equity swaps*. L'*equity swap* est un type de contrat d'échange qui permet de ne pas prendre de participation mais de s'exposer économiquement à une société en pariant sur le niveau futur de son cours boursier²⁰⁵. Il y a plusieurs types des swaps, parmi lesquels les swaps de devises et les swaps de taux de change qui sont les plus fréquents. La complexité des *swaps* a pour conséquence de rendre difficile leur définition en matière de droit de la régulation financière. Dans la plupart des cas, la définition du *swap* dépendra de l'objet du contrat.



204 Art. L421-1 du Code Monétaire et Financier

205 B. LAURENT BELLUE, *LVMH, Hermès et les equity swaps : y a-t-il eu fraude à la loi ?*, *Journ. des Sociétés* 2012, n°104.

L'effet de levier²⁰⁶ est la raison pour laquelle les contrats à terme sont plus intéressants que leurs sous-jacents. En effet, le *swap* permet de minimiser le risque lié avec le sous-jacent tout en bénéficiant d'un rendement potentiel plus important. Cela est bien possible parce que le contrat ne coûte que la prime (en cas de perte). Les gains sur le contrat à terme en cas de hausse des cours sont moins importants que ceux qu'on aurait pu avoir en étant le propriétaire des sous-jacents. Cependant, l'achat des sous-jacents exige un fort investissement, et souvent un endettement, et cela rend les contrats à terme plus intéressants. Les contrats de change permettent, quant à eux, d'échanger entre les parties les conditions des taux imposés par les contrats préalablement conclus avec des tiers.



Modes de dénouement d'equity swaps

L'utilisation des produits dérivés pour organiser discrètement une montée au capital n'a pas été inventée par LVMH. En effet d'autres entreprises ont utilisé les produits dérivés pour prendre le contrôle d'entreprises cibles. Tel est le cas de Children's Investment Fund Management aux Etats-Unis en 2007 en ciblant l'entreprise ferroviaire CSX, du groupe Schaeffler en ciblant le fabricant de pneus Continental en 2008, ou encore de Porsche dévoilant en 2008 avoir acquis 75% du groupe Volkswagen grâce aux produits dérivés jamais déclarés, ce qui a quintuplé le cours des actions du groupe Volkswagen coté au DAX.²⁰⁷

206 Fr. AUCKENTHALER, *Instruments financiers à terme ou contrats financiers*, JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, mise à jour du 14 Février 2013.

207 LVMH and Hermes: hidden predators, *Economist Intelligence Unit*, le 8 juillet 2013.

22 septembre 2010 :
Banque Lazard analysait possibilités du débouclage des ELS (projet « Cézanne » (Cézanne= Hermès))

19 octobre 2010 : il était conseillé que LVMH déboucle les ELS en actions pour maximaliser son investissement financier à travers les sous-jacents des ELS :

En raison des conditions de marché :

- o la liquidité des titres détenus et le flottant
- o de la quantité des titres envisagés par le dénouement

21 octobre 2010 : Le conseil d'Administration de LVMH prend une décision de dénouer les contrats ELS avec la délivrance des titres sous-jacents en couverture, acquises par les banques. Pour la première fois les opérations entre 2001 et 2008 étaient révélées par le président Bernard Arnault supporté Pierre Godet et Jean- Jacques Guiony. La plus-value potentielle de dénouement des contrats ELS était estimée à plus de 1 -mld €

Janvier juin septembre octobre décembre

23 octobre 2010 : LVMH a déclaré de détenir 14,2% du capital d'Hermès (suite au dénouement des contrats avec Nexgen et Société Générale)

24 octobre 2010 : Les membres de famille Hermès ont communiqué qu'ils détenaient 75% du contrôle sur la société, que la forme juridique d'une société en commandite par action leur garanti et protège des telles manières de montée au capital, qu'ils sont unifiés et vont conserver le contrôle à long terme.

26 octobre 2010 : LVMH a déclaré détenir 17,1% du capital (après le dénouement des contrats avec Crédit Agricole, les titres livrés en actions d'Hermès).

27 octobre 2010 : LVMH déclare à l'AMF avoir franchi les seuils de 5%, 10% et 15% du capital et des droit de vote et en détenir **10,74%** de droits de vote et **17,07%** du capital le 24 octobre

21 décembre 2010 : LVMH a déclaré à l'AMF avoir franchi le seuil de 20% capital et détenir : 20,21% du capital et 12,73% de droits de vote

Chronologie des opérations de LVMH sur les contrats equity linked swap liés avec les titres d'Hermès (en 2010)

Chronologie des événements et opération de LVMH en vue de montée au capital d'Hermès (entre 2001 et 2013)

2008 : LVMH par l'intermédiaire des filiales Hannibal (Luxembourg) et Harmony (Hong Kong) conclut les contrats equity linked swaps avec 3 banques : Société Générale, Nexgen, Crédit Agricole.
ELS permettaient d'acheter des titres d'Hermès International économiquement et pas physiquement, LVMH profitait du rendement des titres et les banques se voyaient versées des commissions

25 Juin 2013 : L'AMF a rendu la décision de sanctionner LVMH avec 8 millions d'euro d'amande pour informations



2001-2002 LVMH fait une acquisition de 4,9% des titres d'Hermès International par l'intermédiaire de ses filiales : Hannibal SA (Luxembourg) et Altair Holding LLC (Delaware, USA)
2007 mai : les négociations entre LVMH et banques sur les conclusions des contrats financiers à termes portant sur les actions d'Hermès

23 octobre 2010 : LVMH a officiellement déclaré :

- Sa volonté d'être un actionnaire à long terme,
- Contribuer à la préservation du caractère familial et français d'Hermès qui sont à l'origine de son succès,
- Soutien stratégique aux actionnaires et dirigeants,
- Ne pas vouloir faire une OPA,
- Ne pas vouloir être représenté au sein de Conseil de Surveillance,
- Ne pas envisager de prendre le contrôle d'Hermès
- D'avoir financé des acquisitions avec les fonds propres

Rôle des *equity linked swaps* dans l'affaire LVMH c/ Hermès. La lacune réglementaire qui a permis à LVMH d'entrer discrètement dans le capital de son concurrent en une décennie, consiste en la détention d'instruments financiers comme contrats à terme Equity Linked Swaps (ELS) de la société cible qui ne sont pas soumis à l'obligation de déclaration auprès de l'AMF. Il faut tout d'abord remarquer que ces instruments financiers sont utilisés dans les stratégies financières des entreprises, et qu'ils ne sont ni interdits ni obscurs. Le but est de réduire les risques liés avec les baisses et les hausses du cours d'actions. Lors de la préparation de l'ordonnance du 30 janvier 2009, l'AMF avait recommandé d'inclure les *equity swaps* dans le calcul des seuils légaux de franchissement du seuil. Cette recommandation de l'AMF s'explique par le besoin de lutter contre les hausses artificielles du cours des actions permises par l'emploi de produits dérivés. Il ne fallait pas attendre longtemps, pour que faute de toute réglementation en cette matière, Wendel devienne le premier actionnaire de Saint-Gobain en se moyennant des autres types des contrats à terme TRS (Total Return Swaps)²⁰⁸.

Conclusion des contrats à terme *equity linked swaps*. Entre 2001 et 2002, LVMH a acquis via ses filiales 4,93% des titres d'Hermès International, il était alors un actionnaire minoritaire et donc il n'était pas visé par l'obligation de déclarer un franchissement de seuil de détention. En effet, sa participation ne dépassait pas 5% du capital d'Hermès International. Au cours du premier semestre 2008, les contrats ELS, issus de la décision de l'AMF, ont été conclus par LVMH avec trois banques (Société Générale, Crédit Agricole Corporate & Investment Bank et Nexgen Capital Limited). Cette opération était d'autant plus obscure que LVMH a créée à cette fin deux filiales (Hannibal et Harmony Capital Limited) indirectement contrôlées par LVMH Asia Pacific Limited société enregistrée à Hong-Kong²⁰⁹.

L'objectif de ces contacts :

- couvrir les risques liés aux actions d'Hermès ou
- bénéficier de l'augmentation du cours de l'action d'Hermès International
- acheter « économiquement » les titres d'Hermès sans en avoir acquiert la propriété des titres sous-jacents²¹⁰

La répartition des contrats ELS entre filiales asiatiques a permis d'équilibrer le nombre des actions sous-jacents de tel façon que les seuils légaux ne soient pas franchis. Chaque contrat avait moins de 5% d'actions d'Hermès comme le titre sous-jacent²¹¹. Le souscripteur LVMH devait verser une prime, une rémunération aux banques, et en contrepartie recevoir des dividendes rattachés aux titres bien qu'il n'était pas le propriétaire des titres sous-jacents. La différence entre la valeur de l'action Hermès à la souscription et sa valeur à l'heure du dénouement, devait être versée à LVMH (plus précisément par les filiales de LVMH, parties aux contrats).

208 S. DARIOSECQ et F. MARTIN-LAPRADE, *LVMH/Hermès : Quelle réglementation pour quelle transparence?*, *Bull. Joly Bourse* 2011, p. 152.

209 AMF, commission des sanctions, 25 juin 2013, LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton, *JCP E* 2013, p. 1503, note P. Pailler.

210 *Ibid.*

211 S. DARIOSECQ et F. MARTIN-LAPRADE, art. préc.

Le Groupe LVMH a pleinement profité du fait que les contrats à termes dénouables en numéraire n'étaient pas inclus dans le calcul du franchissement de seuil d'actions à déclarer.

Il paraît que LVMH a très bien profité des lacunes de la réglementation française, étant en conformité avec la lettre de la loi mais pas forcément avec son esprit. Ce n'est pas très logique. S'il y a des lacunes, difficile d'être en conformité avec la lettre de la loi et encore plus avec son esprit. Jusqu'en 2009, la législation française ne prenait pas en compte les instruments financiers à terme comme *equity swaps* dans le calcul du franchissement du seuil d'actions d'une société cotée.

Cela a changé avec l'ordonnance n°2009-105 du 30 juin 2009, qui assimilait les *equity swaps* dénouables par livraison physique des titres aux actions. Ainsi, ces contrats devaient désormais être déclarés. En revanche, ce n'était pas le cas des contrats à terme dénouables en numéraire parce que les titres sous-jacents n'avaient pas été livrés.

En 2012, à cause de l'affaire LVMH et d'autres, le législateur français a décidé par la loi n°2012-387 en date du 22 mars 2012, que tous les contrats à terme comme *equity swaps* (tant dénouables en numéraire que par la livraison physique) sont assimilés aux actions et alors doivent faire objet de déclaration en raison du franchissement des seuils.

La renégociation et la conversion des contrats. Alors que le cours de l'action d'Hermès a soudainement augmenté en juin 2010 de 109 à 150 euros, les banques avaient tout intérêt à convertir les dérivés en options d'achats d'actions d'Hermès sous-jacents.²¹² Ces contrats prévoyaient un dénouement en numéraire à l'échéance en 2011 et en 2012. Deux ans plus tard, en 2010, les banques ont reformulé ces contrats en changeant la disposition portant sur la forme de paiement des contrats de "dénouement en numéraire" (*cash settlement*) en "la livraison physique des titres" (*physical settlement*). Précisément le 23 Octobre 2010, LVMH s'est déclaré cessionnaire des contrats à terme *equity linked swaps*, que ses filiales avaient conclus. A la suite de la cession, LVMH a renégocié des contrats avec les banques, en changeant la modalité du dénouement. Le franchissement du seuil des titres d'Hermès International avait été déclaré conformément aux dispositions législatives en vigueur.²¹³ Cette opération a permis à LVMH de monter jusqu'au 17,07% du capital et 10,74% de droits de vote d'Hermès International.

Pour une partie de la doctrine, cette renégociation était favorable aux banques et probablement initiée par elles car la valeur des actions d'Hermès montait, l'échéance de termes des ELS s'approchait et elles auraient dû payer la différence de prix entre le moment de conclusion des contrats par LVMH et le prix actuel des titres sous-jacent à leur échéance²¹⁴. De plus, dans la perspective du dénouement en numéraire, elles auraient dû elles-mêmes mettre les titres sur le marché et ont donc agi contre leurs propres intérêts en augmentant le cours de l'action Hermès. Leur motivation était compréhensible considérant

212 S. DARIOSECQ et F. MARTIN-LAPRADE, art. préc.

213 B. LAURENT BELLUE, art. préc.

214 S. DARIOSECQ et F. MARTIN-LAPRADE, art. préc.

que LVMH avait conclu les contrats à 80 euros par action, et environ 160 euros à l'échéance. Dans cette perspective, sans attendre que les titres atteignent un niveau aussi élevé qu'en 2011 et 2012, les banques ont préféré procéder à la conversion des contrats pour prévenir la perte d'argent. Elles ont préalablement acheté des actions d'Hermès pour les livrer après à LVMH. Il faut également remarquer qu'elles ont eu conscience qu'un tel niveau d'engagement rendait la vente des titres sur le marché très nocive pour le cours boursier des titres, car tout mouvement massif pourrait l'augmenter significativement. Cette information a été annoncée le 27 Octobre 2010 lorsque l'assemblée générale de LVMH a décidé de convertir les ELS en titres sous-jacents. L'annonce portait sur le franchissement des seuils d'actions en possession, et révélait un certain nombre des ELS avec un dénouement en numéraire et ses intentions. Le fait de ne pas détenir les actions sous-jacentes mais les instruments qui poursuivent une fin purement économique et ne donnent qu'une option d'acquisition des sous-jacents, ne devrait pas être soumis à l'obligation de déclaration d'un franchissement de seuil, selon Frank Laprade²¹⁵.

Franchissement du seuil. Les opérations menées par LVMH ont montré comment on peut devenir un actionnaire important dans une société cotée en utilisant d'autres moyens que le rachat des actions. A la suite de l'assimilation (aux actions) de contrats à terme donnant le droit au dénouement en numéraire, l'obligation de déclaration du franchissement du seuil est activée. La déclaration de franchissement des seuils a pour objet de protéger :²¹⁶

- Les investisseurs car pour leur choix d'investissement il est indispensable de connaître la composition de l'actionnariat de la société,
- La société émettrice qui doit connaître son actionnariat, être au courant de la composition du capital pour pouvoir réagir suffisamment vite,
- Les actionnaires minoritaires car ils doivent avoir la possibilité de se dégager du capital de la société au moment de la montée d'un des actionnaires pour éviter de se voir dilués dans le capital de la société cible;

Souvent LVMH soulignait qu'il avait "scrupuleusement" respecté les règles relatives au franchissement des seuils, et une fois, le franchissement des seuils a eu lieu l'assemblée générale du 21 octobre 2010.

Néanmoins, c'est l'ensemble des opérations qui semble avoir le caractère de détournement des règles.

²¹⁵ S. DARIOSECQ et F. MARTIN-LAPRADE, art. préc.

²¹⁶ A. GAUDEMET, *L'irruption de LVMH dans le capital d'Hermès*, D. 2010, p. 2640.

III. FRANCHISSEMENT DES SEUILS

Ce dernier chapitre a pour objectif de mettre en valeur l'importance de la transparence des opérations réalisées sur les actions ainsi que l'importance du comportement de leurs détenteurs. On analysera le cas des actionnaires majoritaires d'Hermès qui ont vu la question des franchissements des seuils se poser. Les manœuvres de LVMH illustrent le fait que bien qu'on ne soit pas actionnaire d'une société par actions, on peut y être assimilé.

1. Définition

Article L233-7 Code de Commerce

I. Lorsque les actions d'une société ayant son siège sur le territoire de la République sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire (...), toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, des trois dixièmes, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé (...) à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède.

L'objectif de la régulation était de préciser les niveaux des titres possédés ainsi que de trouver un équilibre entre l'assurance de la protection des investisseurs, l'information complète de la stabilité financière, et la compétitivité entre les acteurs des marchés financiers

RJP 2014-1 (Septembre)

(tant émetteurs d'information que les intermédiaires financiers)²¹⁷. La transparence est une exigence primordiale s'appliquant aux titres négociables sur le marché réglementé et sur les marchés non-réglementés (OTC, Alterex)²¹⁸.

Tant les actions nominatives que les actions au porteur font l'objet de déclaration.

La conséquence du franchissement de seuil est la procédure obligatoire d'information qui doit être déclenchée dès le moment du franchissement du seuil.

²¹⁷ R. ELINEAU, *Franchissements de seuils*, JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, Mise à jour du 3 avril 2013.

²¹⁸ L'ordonnance n°2009-105 du 30 janvier 2009 sur rachat d'actions, d'actions, déclaration de franchissement des seuils et intentions.

2. Types de seuils²¹⁹

Seuils légaux

Un seuil est une fraction du capital ou droits de vote (art. L 233-7 | Code de Commerce)

Seuils statutaires

Les sociétés peuvent prévoir des seuils dans leurs statuts pour réduire le risque lié à la composition de l'actionnariat.

Les seuils doivent être approuvés par les associés, dans le cas contraire, ils peuvent être considérés comme une augmentation des engagements des associés et par conséquent déclarés nuls.

3. La déclaration de franchissement de seuil

Les personnes obligées de faire la déclaration²²⁰ : Les personnes morales ou physiques, qui agissent seules ou de concert et qui possèdent un nombre d'actions dépassant le seuil précis, sont obligées de déclarer le franchissement.

L'action de concert. Dans l'objectif d'acquiescer, céder, exercer les droits de vote pour mettre en œuvre la politique vis-à-vis la société, les personnes concernées concluent un accord.

Une action de concert ayant pour intention de mettre en œuvre la politique vis-à-vis la société peut revêtir deux formes²²¹:

- Un accord capitalistique
- Un accord politique

L'action de concert implique une responsabilité solidaire, ainsi toutes les parties sont tenues responsables pour tout manquement de la déclaration. Néanmoins, cela ne veut pas dire que les déclarations doivent être faites par tous les concertés. En effet, une seule déclaration suffit. Le cas d'Hermès pourrait être qualifié comme une action de concert en application de la présomption portant sur « *une action entre des sociétés contrôlées par les mêmes personnes* ». Il y a une différence entre « une action de concert » et « la poursuite d'une finalité commune » selon la Cour d'Appel de Paris²²².

Rachat des titres propres par une société. Une société qui rachète ses titres n'a pas le droit de franchir un seuil de droits de vote (pouvant en même temps franchir les seuils relatifs au capital). Les actionnaires voient leur situation changée en cas de franchissement du seuil de droits de vote mais pas dans le cas d'un franchissement du seuil du capital.

Le destinataire de la déclaration de franchissement du seuil. La déclaration est adressée à

²¹⁹ A. VIANDIER, *La réforme du régime des franchissements de seuils et des déclarations d'intention*, JCP E 2009, 1248.

²²⁰ Art. L 233-10 du Code de Commerce

²²¹ R. ELINEAU, art. préc.

²²² CA Paris, 1^{re} chambre, 2 avril 2008, Sté Sacyr-Vallehermoso c/ Sté Eiffage, JurisData n° 2008-358325

la société émettrice des titres dont le seuil a été franchi²²³, à l'Autorité des marchés financiers²²⁴, et par conséquent au public.

Les éléments de la déclaration²²⁵. Dans la déclaration faite à l'AMF, il faudra inclure²²⁶ :

- Le nombre de titres relatifs au capital et aux droits de vote pour montrer quelle incidence l'opération va avoir sur la société émettrice,
- Le nombre de titres que le déclarant possède et qui donnent droit aux actions qui ne sont pas encore émises,
- Les droits et les instruments financiers donnant accès aux actions déjà émises²²⁷,
- Tous les accords et instruments financiers qui portent sur les actions déjà émises,
- Toute action ou tout instrument financier qui porte sur les droits de vote,
- Les personnes agissant de concert
- L'information sur le nombre de titres et les droits de vote des filiales ou autres sociétés appartenant au même groupe,
- Le nombre de titres possédés actuellement, donnant accès au capital ou au droit de vote (les obligations convertibles);

Communication des projets et des intentions. En cas de franchissement des seuils de 10%, 15%, 20%, 25% la déclaration doit révéler les projets et les intentions de l'auteur pour les six prochains mois ainsi que les modes de financement de ces projets.²²⁸ Les intentions doivent être aussi déclarées immédiatement si la personne tenue possède déjà des titres et acquiert au moins 2% du capital ou des droits de vote, calculé sur le nombre total de titres de la société émettrice.

Les motifs raisonnables de penser que la personne prépare une offre publique d'achat²²⁹. Celui qui n'a pas d'intention et ne prépare pas l'OPA, réalise une déclaration négative, et suite à cela, pendant les 6 mois suivants, ne pourra déclencher d'OPA. Aussi celui qui n'a rien répondu à la suite des questions sur ses intentions, sera privé de faire une OPA pendant 6 mois.

²²³ Art. L 233-7, I du Code de Commerce

²²⁴ Art. 223-14, III du Règlement général AMF

²²⁵ Art. L 223-7, I du Code de Commerce

²²⁶ Art. 233-14 du Règlement général AMF

²²⁷ Art. L 211-1, du Code Monétaire et Financier

²²⁸ Art. L 233-7, VII du Code de Commerce

²²⁹ Art. L 433-1, V du Code Monétaire et Financier

4. Identification du franchissement

Technique du calcul des seuils. Comme le nombre des droits de vote et des droits au capital qui sont rattachés au titre peuvent être différents, alors différents éléments seront considérés pour savoir si le franchissement a eu lieu :

Seuil du capital :

Selon le capital émis jusqu'à présent
La totalité des actions y compris :
Les actions avec une suspension de droits de vote, les actions de préférence, les actions auto détenues, les certificats d'investissement.

Seuil de droits de vote :

Prise en compte de l'ensemble des actions auxquelles sont rattachés les droits de vote, même si l'exercice est suspendu (sont exclus les certificats d'investissement, les actions de préférence, les certificats coopératifs d'investissement)

En tant qu'actionnaire, on peut se trouver en situation de franchissement de seuil également à la suite d'événements résultant de décisions de la société émettrice :

- A la suite d'une acquisition, scission, fusion, paiement des dividendes en actions, conversion des actions²³⁰ ,
- En cas de non-participation à l'augmentation du capital ou sa réduction, à la conversion des actions des autres actionnaires, à l'attribution des droits de vote doubles aux autres²³¹.

Le délai court à partir du moment où la transaction est réalisée et non pas dès le transfert de la propriété des valeurs mobilières²³² (qui intervient après l'inscription au compte d'acquéreur).²³³

²³⁰ Art. L225- 124 du Code de Commerce

²³¹ Art. L 225-124 du Code de Commerce

²³² Art. L 431-2, du Code Monétaire et Financier

²³³ Art. 570-2 al.2, du Règlement général AMF

5. La dérogation à l'obligation de déposer la déclaration du franchissement du seuil

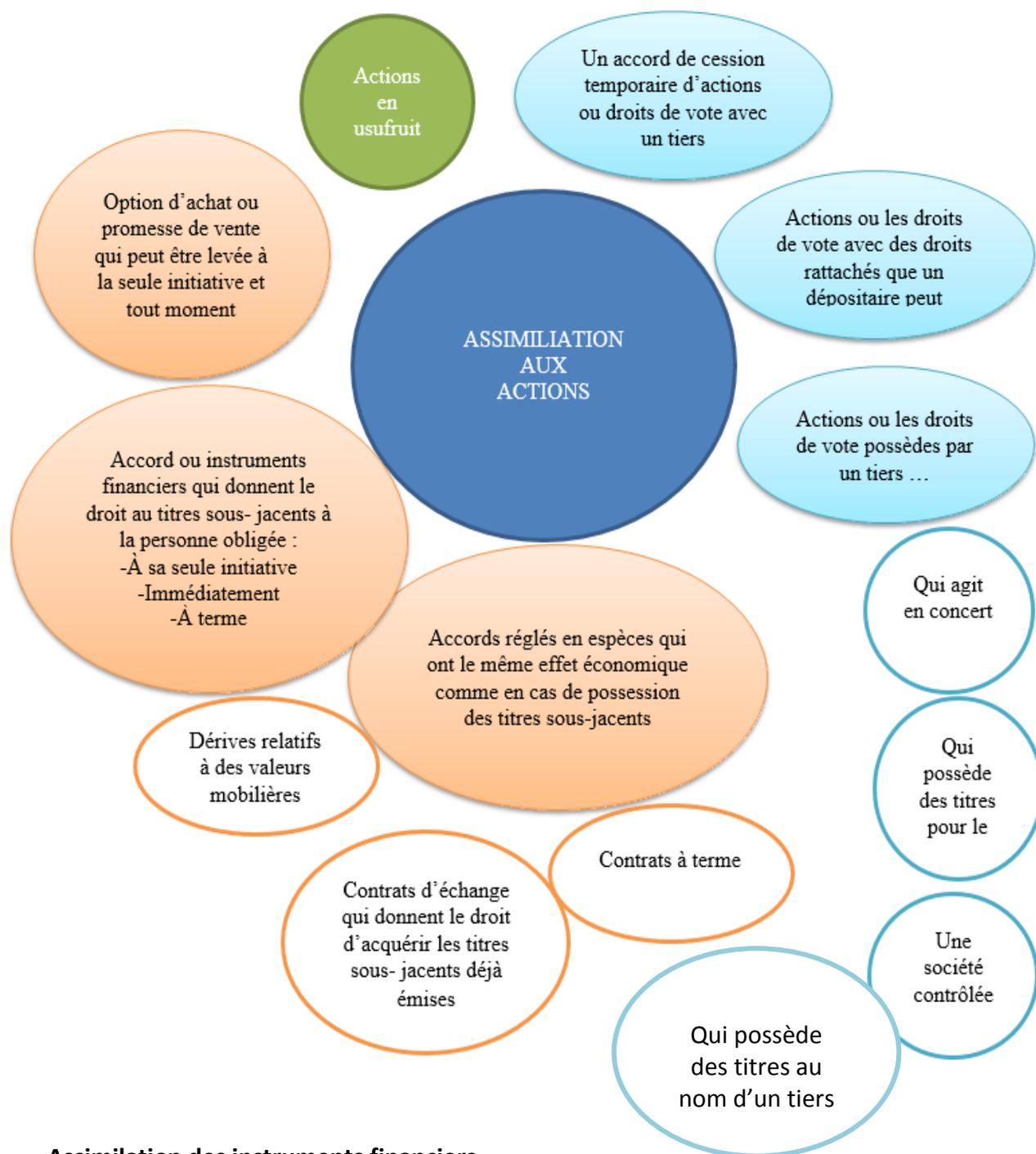
Certaines actions peuvent être dispensées de l'obligation déclarative :

Les actions qui étaient acquises dans l'objectif de compenser ou régler l'acquisition des instruments financiers¹,

Les prestataires des services d'investissement qui détiennent dans leurs portefeuilles de négociation au moins 5% du capital ou de droits de vote d'une société concernée, sont dispensés pourvu qu'ils ne les utilisent pas pour intervenir dans la gestion de la société émettrice. L'objectif du prestataire des services d'investissement est la revente de ces titres.

6. Assimilation aux actions

Situations visées. Le fait de posséder les titres de la société cible est une manière évidente de franchir le seuil. Mais la loi prévoit d'autres situations où la personne est également tenue de déclarer un franchissement de seuil²³⁴.



Assimilation des instruments financiers.

²³⁴ Art. L 233-9 I du Code de Commerce et art. 223-11 du Règlement général AMF

Cela concerne les instruments financiers comme :

- Les produits dérivés relatifs à des valeurs mobilières
- Les contrats à terme
- Les contrats d'échange qui donnent le droit d'acquérir les titres sous-jacents déjà émis

Les obligations convertibles en actions nouvelles (OCEAN) ou à émettre n'y sont pas assimilées parce que les actions auxquelles les OCEAN sont attachées, ne sont pas encore émises.

En ce qui concerne les contrats *d'equity*, l'intermédiaire financier reprend le risque et le donneur d'ordre se désolidarise, pour une certaine période ou définitivement, du risque lié à la valorisation de sa participation²³⁵.

Si le donneur d'ordres n'a pas de faculté de rachat à sa propre initiative, la déclaration de franchissement du seuil sera obligatoirement faite par le cédant ou par l'acquéreur.

En revanche, si le donneur d'ordres peut racheter les titres à sa propre initiative, on présume que le donneur d'ordres reste le propriétaire des titres sous-jacents et doit donc déclarer le franchissement des seuils.

Sont assimilables aux actions :

- Les instruments financiers dénouables par la livraison physique des actions
- Les instruments financiers dénouables en numéraire

Par conséquent, il est nécessaire de déclarer le franchissement du seuil, parce que cela est assimilé aux actions.

Avant le changement de réglementation entré en vigueur le 1er octobre 2012 (suite à des révélations des procédés de LVMH et Wendel), un instrument financier à dénouement en numéraire procurant une exposition économique aux actions de la société émettrice, dont la faculté de dénouement en actions n'était pas assimilable aux actions.

LVMH, qui détenait des contrats dénouables en actions, se défendait en arguant du fait que l'exposition économique qui résulte du fait de posséder cet instrument financier ne peut pas être considérée comme la possession des actions sous-jacentes. En effet, pour un investisseur en *equity swap* sans livraison des titres, les actions sont une simple référence car ce que l'intéresse, c'est le rendement d'un portefeuille d'actions détenu par son intermédiaire qu'il rémunère contre une prime fixe et variable.

Un investisseur en *equity swap* subit un risque économique lié au portefeuille d'actions mais ne les possède pas. Le fait d'avoir une simple influence économique ne tombe pas sous le coup de réglementation²³⁶.

²³⁵ R. ELINEAU, art. préc.

²³⁶ J.-C. HULL, *Options, Futures and Other Derivatives*, Pearson Prentice Hall, 2009.

	Actions	% capital	Droits de vote	% droits de vote
LVMH Fashion Group	18 877 942	17,88	18 877 942	12,85
Ivelford Business SA	2 200 000	2,08	2 200 000	1,50
Altair Holding LLC	908 400	0,86	908 400	0,62
Bratton Services Inc.	837 600	0,79	837 600	0,57
Ashbury Finance Inc.	695 000	0,66	695 000	0,47
Total LVMH				
Moët Hennessy	23 518 942	22,28	23 518 942	16,00
Louis Vuitton				

Le nombre d'actions d'Hermès détenus par LVMH et ses filiales à la suite de la conversion des contrats portant sur les contrats à terme, Rapport Annuel Hermès International 2012

7. Sanctions

Un actionnaire qui n'a pas déclaré de manière régulière le franchissement du seuil ou qui n'a pas déclenché une OPA obligatoire, va, pour les titres qui dépassent le seuil, être dépourvu de droit de vote pendant deux ans à partir du moment où la déclaration prévue sera déposée²³⁷. Pour une partie de la doctrine, les sanctions ne sont pas applicables aux actions régulièrement déclarées, mais certains le contestent²³⁸. Les sanctions sont applicables aux actionnaires et non aux actions car cela violerait le principe de libre négociation des valeurs mobilières. Par conséquent, les sanctions ne s'appliqueront pas aux cessionnaires des actions.

Conclusion

La stratégie maline de LVMH envers Hermès constitue une leçon cinglante pour la législation française qui n'a pas assuré un niveau suffisant de protection des sociétés cibles et des actionnaires. Les règles de déclaration de franchissement des seuils ont laissé beaucoup d'espace pour les manœuvres liées à l'utilisation des instruments financiers et des seuils. Certes, ces lacunes juridiques ont été désormais comblées et le « prédateur » puni par une amende, mais la décision de l'Autorité de Marché Financiers ne paraît pas satisfaisante. LVMH a finalement été pénalisé pour le manquement à l'obligation de porter à la connaissance du public l'opération financière en préparation conformément à l'article 223-6 RGAMF. Ce qui est très discutable, c'est le fait que l'obligation était due à partir du 21 juin 2010 et non au moment de la conclusion des contrats portant sur les instruments à terme *equity linked swaps*. L'AMF a reconnu que toutes les démarches avaient un caractère très

²³⁷ Art. L 233-14 du Code de Commerce

²³⁸ R. ELINEAU, art. préc.

opaques, mais la sanction prononcée ne pénalise pas réellement LVMH car le montant de 8 millions d'euros n'est pas assez élevé au regard des profits rapportés par les opérations en cause. Ce qui est encore plus contestable, c'est qu'aujourd'hui LVMH reste un actionnaire important au niveau de 23,1% du capital d'Hermès. Les actionnaires majoritaires d'Hermès continuent de se protéger contre LVMH et ce qui peut les sauver, c'est de garder la forme sociale de la société en commandite par actions et de mener une politique consistante et concordante avec les membres de famille. On peut dénoncer les tentatives de manipulation de l'information à laquelle s'est livré LVMH par la suite, que ce soit avec l'annonce de protection des intérêts d'Hermès face à une hypothétique OPA hostile de la part d'investisseurs chinois, ou lorsqu'il déclare vouloir s'inscrire dans la durée et contribuer au caractère familial de la société Hermès. Dans tous les cas, il est rassurant que depuis ces événements le législateur français ait changé les règles régissant l'utilisation des instruments à terme.

Bibliographie

I- Manuels et ouvrages généraux

- M. ALBOUI et Ch. BONNET, *OPA, OPE et LBO*, Economica, 2008.
Th. BONNEAU et Fr. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^{ème} éd., 2010.
A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET, D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010.
M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 20^{ème} éd., 2008.
Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial et général des sociétés*, Economica, 2003.
D. OHL, *Droit des sociétés cotées, accès au marché, produits cotés, OPA, abus de marché*, 3^{ème} éd., 2008.
A. VIANDIER, *OPA-OPE*, éd. Fr. Lefebvre, 3^{ème} éd., 2006.

II- Articles

- S. DARIOSECQ et F. MARTIN-LAPRADE, *LVMH/Hermès : Quelle réglementation pour quelle transparence?*, *Bull. Joly Bourse* 2011, p. 152.
A. GAUDEMET, *L'irruption de LVMH dans le capital d'Hermès*, *D.* 2010, p. 2640.
J.-C. HULL, *Options, Futures and Other Derivatives*, Pearson Prentice Hall, 2009.
B. LAURENT BELLUE, *LVMH/Hermès et les equity swaps : y a-t-il eu fraude à la loi ?*, *Journ. sociétés* 2012, n°104.
S. TORCK, *Affaire LVMH/Hermès*, *Bull. Joly sociétés* 2013, p. 738.
A. VIANDIER, *La réforme du régime des franchissements de seuils et des déclarations d'intention*, *JCP E* 2009, 1248.

III- Jurisprudence

- CA Paris, 1^{ère} ch., 15 novembre 1994, *Bull. Joly Bourse* 1995, p. 91.
CA Paris, 1^{ère} ch., 2 avril 2008, JursiData n°2008-358325.
Cass. com. 28 mai 2013, *RTD com* 2013, p. 547, note N. Rontchevsky.
AMF, commission des sanctions, 25 juin 2013, LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton, *JCP E* 2013, p. 1503, note P. Pailler.

IV- Sites internet

- Agence France Presse (AFP) : www.afp.fr
Autorité des marchés financiers (AMF) : www.amf-france.org
Assemblée nationale : www.assemblée-nationale.fr
Les Echos : www.lesechos.fr
Le Monde : www.lemonde.fr
Legifrance : www.legifrance.gouv.fr
Reuters : www.fr.reuters.com
Sénat : www.senat.fr
Société Hermès : www.hermes.com
Société Vuitton : <http://www.louisvuitton.fr>

Débats

Le Centre universitaire d'études juridiques de Bourges a, cette année, organisé deux conférences thématiques réunissant universitaires et praticiens. Les programmes de ces manifestations, ci-dessous présentés, attestent du dynamisme, de la pérennité du cycle de conférence de l'antenne de Bourges et de l'implication des membres du CRJ Pothier et du monde juridique local.

Certains des conférenciers ont accepté de publier leurs propos au sein de la revue juridique Pothier.

Février 2014

- **Regards croisés sur l'action de groupe**

M. **Matthieu ROBINEAU**, Maître de conférences à l'Université d'Orléans : présentation et animation des débats

Mme **Marie-Daphné PERRIN**, Conseillère référendaire près la Cour de cassation, Professeur associé à l'Université d'Orléans : **Etat des lieux des actions des associations de consommateurs avant la loi relative à l'action de groupe**

Mme **Olivia SABARD**, Professeur à l'Université d'Orléans : **Présentation de la future action de groupe**

Me **Béatrice BOUILLAGUET**, Avocat au Barreau de Bourges : **De l'intérêt de l'avocat de ne pas se laisser déposséder de l'action de groupe**

Propos introductifs

Matthieu Robineau

Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Mesdames, messieurs,

J'ai le grand honneur et le tout aussi immense plaisir d'ouvrir les travaux qui nous réunissent aujourd'hui.

Grand honneur parce que, reconnaissons-le, je suis parfaitement entouré ! Depuis maintenant plus de quatre ans que le Centre universitaire d'études juridique de Bourges, émanation de la Faculté de droit, d'économie et de gestion d'Orléans, désormais collegium, organise ses

RJP 2014-1 (Septembre)

conférences, nous avons mis un point d'honneur à convier à nos réflexions des universitaires et des praticiens, afin de croiser les regards sur des questions d'actualité.

Et ce soir, ce sont donc des représentantes éminentes de l'Ecole et du Palais qui vont nous éclairer. Nul doute que chacun d'entre nous sortira de cet amphithéâtre enrichi !

Nous aurons ainsi l'heur d'écouter Mme Marie-Daphné Perrin, Conseillère référendaire près la Cour de cassation, et professeur associé à l'Université d'Orléans, Mme Olivia Sabard, Professeur à l'Université d'Orléans et Me Béatrice Bouillaguet, avocat au barreau de Bourges.

Grand honneur, donc, mais aussi grand plaisir comme je le disais à l'instant. Plusieurs raisons ici méritent d'être – rapidement je vous rassure – évoquées.

D'une part, c'est avec une certaine satisfaction que je constate avec Mme Laurent-Boutot, directrice de ce Centre universitaire, le succès constant sinon croissant des conférences mises en place. Le pari un peu illusoire d'il y a quatre ans est en passe d'être tenu.

D'autre part, je me réjouis que nous ayons pu rester fidèles aux objectifs que nous nous étions donnés à l'origine.

D'abord, nous sommes convaincus que l'Ecole et le Palais doivent travailler ensemble, se côtoyer, échanger, se nourrir l'une, l'autre. Or cette interactivité ne peut reposer seulement sur les enseignements que les praticiens viennent dispenser avec dévouement dans ces lieux. Elle doit se prolonger par des réflexions théoriques et pratiques, des regards croisés.

Ensuite, nous sommes attachés à ce que les étudiants bénéficient d'une vraie vie universitaire. Ce qui implique non seulement des cours de qualité et une vie associative, mais aussi l'accès à des conférences qui ouvrent l'esprit, stimulent la curiosité intellectuelle et contribuent à former de bons esprits.

Enfin, nous avons toujours cherché, en organisant ces conférences à privilégier des sujets d'actualité, qui font débat au sein de la communauté des juristes mais bien souvent au-delà car ils ne sont pas sans lien avec le modèle de société que nos dirigeants construisent en s'appuyant sur l'outil juridique.

- souvenons-nous ainsi des conférences passées sur la procédure pénale et la garde à vue en particulier, sur la famille homosexuelle, sur les frontières de la vie et j'en passe.

- souvenons-nous aussi de la dernière conférence, qui a eu lieu il y a tout juste deux mois, consacrée à la force obligatoire du contrat et au cours de laquelle le projet de loi relatif à la consommation, porté par Benoît Hamon, a été largement évoqué, ponctuellement s'agissant de la question de la résiliation du contrat, amplement s'agissant du concept même de contrat, sujet à propos duquel mon collègue Emeric Nicolas a démontré qu'il était en déconstruction et que le rapport de consommation gagnerait à s'analyser davantage en termes de lien d'adhésion qu'en termes de contrat, chemin que le projet de loi Hamon paraît emprunter avec réalisme et mesure.

C'est précisément ce projet de loi qui va être au cœur de la réflexion d'aujourd'hui en ce qu'il introduit en droit français la fameuse action de groupe, ce dispositif tant attendu ou tant redouté, question de point de vue.

L'article L. 423-1 du code de la consommation, si le projet était adopté en l'état, disposerait – je ne vous en livre qu'une partie, rassurez-vous :

Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir

RJP 2014-1 (Septembre)

réparation des préjudice individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles ; 1°) à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2°) ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles.

D'inspiration fortement consumériste, le dispositif figure dans les articles 1 et 2 du projet de loi, emplacement qui n'est pas neutre, mais ce n'est pas à une assemblée de juristes que j'apprendrai l'importance du plan.

Sans doute pourrait-on objecter à cette conférence qu'elle survient un peu tôt puisque, pour l'heure, nous n'avons qu'un projet, la commission mixte paritaire ne s'étant pas encore prononcée. C'est en effet seulement aujourd'hui qu'ont été désignés les rapporteurs, si j'en crois le site internet de l'Assemblée Nationale.

Toutefois, il est semble-t-il très peu probable que, sur la question de l'action de groupe, le texte évolue. Il est donc permis de s'interroger, de croiser les regards.

Disons le d'emblée, l'introduction d'un nouveau chapitre dans le Code de la consommation, intitulé sobrement « action de groupe » est un petit bouleversement de notre droit.

- Bouleversement car des principes ou à tout le moins des règles bien établies, semblent remises sérieusement en question. Il en est ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, de la règle selon laquelle nul ne plaide par procureur, même si ce n'est pas la première fois qu'elle est malmenée. Et au-delà de la pureté des principes théoriques, l'on voit bien que le nouveau contentieux qui s'annonce et qui sera confié au tribunal de grande instance interroge les praticiens :

- les magistrats dont l'office va être redessiné,
- les avocats qui à tort ou à raison, craignent d'être plus ou moins évincés.

- Mais le bouleversement est relatif dans la mesure où en intégrant principalement le Code de la consommation plutôt que le Code de procédure civile, l'action de groupe se voit assigner un domaine circonscrit aux litiges de consommation, ce qui peut susciter des regrets.

- En particulier, les spécialistes du dommage corporel ne manquent pas et ne manqueront pas de regretter que les accidents médicaux, les catastrophes sanitaires, et autres dommages sériels ne puissent faire l'objet d'une action de groupe.

- Les mêmes regretteront que l'action de groupe telle qu'elle est aujourd'hui configurée ne concerne que les dommages patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs, formule qui mérite l'analyse.

- Bouleversement relatif aussi dans la mesure où comme le texte précité tout à l'heure l'indique, l'action de groupe est exercée par une association de consommateurs agréée.

En d'autres termes, ici comme ailleurs, le droit français revendique sa spécificité. Comme la fiducie est un trust à la française et finalement un tout petit trust, l'action de groupe du Code de la consommation est une action de groupe à la française !

A moins qu'il n'y ait là qu'un premier pas, une expérimentation en sorte, avant de l'étendre plus largement.

Mais l'heure tourne, le temps passe : il faut que je me taise. Cependant, en ces temps de réflexion sur l'égalité hommes-femmes, je ne pouvais rester sans mot dire, même si, c'est vrai, l'on m'a confié le rôle de président !

Parce que pour savoir où l'on va, il faut toujours savoir d'où l'on vient et ce qui commande notre présent, nous commencerons par un état des lieux des actions des associations de consommateurs avant la loi relative à l'action de groupe. Cet état des lieux sera dressé par Mme la Conseillère Marie-Daphnée Perrin, Professeure associée à l'Université d'Orléans. Puis Madame la Professeure Olivia Sabard nous présentera la future action de groupe telle qu'elle ressort du projet de loi Hamon. Enfin, Maître Béatrice Bouillaguet nous convaincra qu'il est de l'intérêt de l'avocat de ne pas se laisser déposséder de l'action de groupe.

Un dernier mot avant de rendre définitivement la parole : merci à tous d'être venus si nombreux et merci aussi à nos partenaires, en particulier au Centre de recherche juridique Pothier et au collegium Droit Economie et Gestion d'Orléans, sans qui cette conférence n'aurait pu avoir lieu.

Je vous remercie et cède donc – enfin – la parole à Mme la Conseillère Marie-Daphnée Perrin.

Etat des lieux des actions ouvertes aux associations de consommateurs avant le vote de la loi relative à l'action de groupe

M.-D. PERRIN, Magistrat, Docteur en Droit, Professeur associé en droit privé, co-directrice du Master 2 Carrières Judiciaires et Techniques Contentieuses dans l'Entreprise.

Depuis près d'un siècle, les mutations économiques et sociologiques ont des incidences juridiques certaines ; l'évolution des relations économiques et notamment la production et la distribution de masse ont modifié non seulement les relations contractuelles entre les acteurs, professionnels et consommateurs, mais aussi [conviendrait-il de compléter] les relations conflictuelles qui peuvent en découler.

Le professionnel, auteur intellectuel bien souvent, voire toujours, de la rédaction du contrat (ou des clauses contractuelles), bénéficie non seulement d'une supériorité économique, technique mais surtout juridique. Le déséquilibre est certain, c'est un constat objectif et non une affirmation partisane.

Conscient de ce déséquilibre, le législateur va intervenir dès le début des années 1970, par l'élaboration de règles de fond destinées à l'atténuer en conférant des droits aux consommateurs ; pourtant ces dispositions de fond en droit interne ou en droit de l'Union européenne ne sont d'aucune utilité si lors de leur violation, la partie protégée, c'est-à-dire le consommateur, ne demande pas une sanction et par la même réparation du préjudice résultant de ces manquements.

Un droit n'est efficace que s'il est respecté spontanément ou si son titulaire est en mesure d'en imposer le respect par des moyens légaux adaptés.

La question cruciale est dès lors posée : "si l'on s'est doté en France d'un arsenal législatif et réglementaire destiné à renforcer la protection des consommateurs, s'est-on doté des moyens permettant au bénéficiaire dont le droit n'a pas été respecté d'agir ? En d'autres termes,

RJP 2014-1 (Septembre)

existe-t-il en France des modes de règlement adaptés et efficaces en matière de litige de consommation... Il ne suffit pas d'agir de façon préventive (même si cela est impératif), ou encore de créer de nombreuses voies judiciaires individuelles ou collectives et extra-judiciaire comme cela a été le cas jusqu'en 1992, il faut s'interroger sur l'adaptation de ces mesures au litige spécifique qu'est le litige de consommation, puisqu'il met en présence deux protagonistes, un consommateur et un professionnel mais **aussi et surtout parce qu'il se caractérise dans la majeure partie des cas bien souvent par un faible enjeu**²³⁹,

Depuis de nombreuses années, la Commission européenne réaffirme parmi les listes de priorité, le droit pour chaque consommateur à la juste réparation des dommages par le biais de procédures rapides, efficaces et peu coûteuses²⁴⁰

Aujourd'hui, la France a décidé de se doter d'une action de groupe. Il m'incombe, dans le cadre circonscrit de mon intervention, de réaliser une étude juridique mais quelque peu historique des moyens judiciaires existant avant la rédaction de cette loi et de démontrer en quoi, ceux-ci n'ont pas eu l'efficacité attendue et par conséquent le succès escompté même si mes propos doivent être atténués pour certains d'entre eux. Ma collègue, Madame le Professeur Sabard, vous présentera quant à elle les nouvelles dispositions de la loi qui seront prochainement adoptées.

L'action de groupe ainsi que l'intitulé le laisse supposer étant une action collective judiciaire, je m'attacherai à ne développer que les actions de cette même nature, laissant les nombreuses voies judiciaires et extra judiciaires créées dans l'intérêt du consommateur au cours des quatre dernières décennies²⁴¹.

Vous l'aurez compris, le consommateur pour les raisons précédemment évoquées répugne à agir seul ; aussi, le législateur qui a compris très tôt cet écueil majeur à l'effectivité du droit de la consommation, a-t-il préféré et décidé de confier à des associations de consommateurs la mission , dès la loi du 27 décembre 1973 dite loi Royer, de défendre soit l'intérêt des consommateurs, puis avec la loi du 18 janvier 1992, de défendre l'intérêt de certains consommateurs. Entre temps, et notamment la loi du 5 janvier 1988 est notamment venue permettre aux associations de consommateurs d'intervenir dans le domaine des clauses abusives.

²³⁹M.-D. Perrin, le règlement des litiges en droit de la consommation : la conciliation en matière de litige individuel", univ. Orléans, 1996, p. 5 et 6, I et II. En ce sens, M.-J. Azar-Baud, les actions collectives en droit de la consommation, étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé, Dalloz 2013, p.4 (introduction)

²⁴⁰ Livre vert du 16 novembre 1993, Com.(93), 576, final outre les plans d'action triennaux, mais aussi résolutions du Conseil des 14 avril 1975, point 33, (JO n°C92 du 25 avril 1975), 19 mai 1981, point 38, (JO n°C133 du 3 juin 1981), et du 23 juin 1986, (JO n°C167 du 5 juillet 1986) ; ces exemples de textes volontairement choisis parmi des textes anciens encouragent tous la recherche par les états membres de systèmes judiciaires ou extra judiciaires permettant d'assurer le règlement rapide et efficace des litiges mineurs entre les consommateurs et les fournisseurs de biens ou de services. Com.(2001) 531, 10, 2001; Com.(2007) 744, 02, 2007 ; Com.(2008) 794, 11, 2008
Mais aussi Com (2002), 746, déc. 2001 sur les litiges de faible importance ;

²⁴¹Conciliation, injonction de faire, saisine simplifiée...

C'est l'étude de ces quelques textes que je me propose d'aborder en évoquant dans une première partie, les actions exercées dans l'intérêt collectif des consommateurs, puis dans une seconde partie, les actions exercées afin d'assurer la défense d'intérêts individuels homogènes des consommateurs.

I - Les actions exercées dans l'intérêt collectif²⁴² des consommateurs,

Deux types d'actions méritent d'être précisées, l'action en réparation d'un préjudice collectif causé par le non respect d'une disposition pénale du droit de la consommation (A) puis l'action visant à permettre le respect des règles du droit de la consommation (B).

A- L'action en réparation du préjudice collectif des consommateurs :

1 - typologie de l'action :

L'article L. 421-1 du Code de la consommation dispose : **"Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.**

Les organisations définies à l'article L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles sont dispensées de l'agrément pour agir en justice dans les conditions prévues au présent article²⁴³."

Cette disposition issue de la loi "dite Royer", a été codifiée comme les autres lors de l'élaboration du Code de la consommation c'est-à-dire par la loi n°93-949 du 26 juillet 1993. Par un arrêt du 16 janvier 1985²⁴⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'article 46 de la loi du 27 décembre 1973 ne permettait aux associations agréées de consommateurs d'exercer l'action en réparation d'un dommage que si une infraction était à l'origine de ce dommage"

Cette interprétation critiquée, se justifiait alors du fait des termes précis "exercer les droits reconnus à la partie civile" ; cette expression implique nécessairement l'existence d'une

²⁴²Crim. 20 mai 1985, Bull. crim. N°190 : "le préjudice direct ou indirect porté par une infraction à l'intérêt collectif des consommateurs et dont une association agréée peut demander réparation ne se confond pas avec le préjudice subi personnellement par les victimes directes qui peuvent seules en demander réparation"

²⁴³

L'article L. 421-2 étend les possibilités des demandes des associations de consommateurs : **"Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite"**

²⁴⁴Civ. 1^{ère}, 16 janvier 1985, D. 1985, p.317, note Aubert, JCP Ed. G. II, 20484, note Calais-Auloy.

infraction compte tenu du terme explicite [à une époque où les rédacteurs des lois respectaient les sens des concepts juridiques].

Au tout début des années 1970, il s'agissait d'une avancée conséquente dans la défense de l'intérêt collectif naissant des consommateurs.

Les associations de consommateurs n'ont cependant pas exploité pleinement les possibilités offertes par ces dispositions²⁴⁵. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation a été particulièrement favorable à l'action des associations de consommateurs dans ce domaine²⁴⁶

2- l'écueil : l'impossibilité de réparer le préjudice individuel du consommateur :

Les raisons de la désaffection de certaines associations de consommateurs pour cette action sont diverses :

- la faiblesse de leurs moyens financiers pour réaliser des consignations devant les juridictions d'instruction ou devant le tribunal correctionnel alors même que la loi relative à l'aide juridictionnelle applicable aux personnes morales, telles les associations, leur permet d'en être dispensées.
- la faiblesse des dommages et intérêts accordés par les juridictions permettant à une époque économique plus florissante, à certains professionnels de s'en tirer à bon compte. Cette faiblesse a été expliquée par certains par le fait que plusieurs associations pouvaient se constituer parties civiles à l'audience dans un même dossier et que les magistrats faisaient alors le choix de diviser ce qu'ils auraient accordé à une seule.
- la difficulté de l'évaluation du préjudice collectif.

245

L. Boré, la défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ tome 278, 1997, p. 176 et 177, n°190, citant une étude sur la mise en oeuvre de cette disposition; en 10 années sur 1043 constitutions de parties civiles d'associations de consommateurs, seule 1,4% avaient pour origine une constitution de partie civile initiale et 1%, une citation directe à l'initiative des associations de consommateurs. Ces dernières se greffaient dans 97,6 % sur l'action publique mise en oeuvre par le parquet.

246

Civ. 1^{ère}, 9 mars 2004, pourvoi n°01-11.296 ;Bull. 2004, I, n° 80 : "Mais attendu d'abord que les associations de consommateurs qui sont recevables à saisir le juge des référés d'une demande tendant à faire cesser un trouble illicite, peuvent, aux termes de l'article L.421-9 du code de la consommation, solliciter la publication de la décision ; qu'ensuite, la cour d'appel a parfaitement caractérisé l'aspect trompeur de la publicité vantant le caractère illimité du forfait, et établi la réalité de l'infraction reprochée ; que le moyen, non fondé en sa première branche, est dépourvu de pertinence en sa seconde".

- la responsabilité encourue en cas de non lieu ou de relaxe. Le droit de la consommation est un droit qui peut s'avérer complexe dans certaines de ses dispositions et un avocat spécialisé peut obtenir une décision favorable au professionnel qui pourra ensuite demander réparation du préjudice causé à son image par le truchement de l'action en responsabilité (voir par action en dénonciation calomnieuse ou téméraire).

- toutes les règles du droit de la consommation ne sont pas des infractions, dès lors elles ne donnent pas lieu juridiquement à des poursuites.

- le rôle de conciliation des associations de consommateurs qui permet d'éviter le contentieux.

C'est la raison pour laquelle, la loi du 5 janvier 1988 a créé d'autres actions ; toutefois, pour des raisons de temps imparti, ne sera abordée que l'action en suppression des clauses abusives.

Il convient néanmoins préalablement de citer l'article L.421-7 du code de la consommation créé par la loi du n°93-949 du 26 juillet 1993 aux termes duquel : **“Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 peuvent intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale”**.

B- l'action en suppression des clauses abusives :

L'action en suppression des clauses abusives créée par la loi du 5 janvier 1988, l'a été en même temps que celle permettant aux associations de consommateurs d'agir contre les clauses illicites dans les contrats entre un professionnel et un consommateur²⁴⁷ ; toutefois, nous n'aborderons pas cette première action issue de ladite loi, les modifications législatives en matière de clauses abusives donnant plus de dimension à l'action en suppression dans ce domaine.

L'article L. 421-6 du Code de la consommation dispose : **“Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée.**

Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur.”

1 - typologie de l'action surpression des clauses abusives:

L'article L. 421-6 précité permet à l'association d'agir seule et à titre principal. Elle permet aussi, (“qui peut le plus, peut le moins”), d'intervenir aux côtés des consommateurs

²⁴⁷ Article L.421-2 du Code de la consommation.

demandant eux-mêmes en justice la nullité de clauses figurant dans un contrat les liant à un professionnel.

L'action des associations en ce domaine revêt un caractère préventif, les associations ne pouvant demander à la juridiction que de modifier le modèle de convention qu'il propose habituellement aux consommateurs et n'ayant pas la possibilité de demander la nullité des contrats déjà conclus et contenant des clauses pourtant réputées non écrites au sens des dispositions relatives aux clauses abusives. Seul le consommateur "victime d'une clause abusive" peut agir à cette fin. Il s'agit d'une action en suppression et non en nullité et le juge peut afin d'informer les contractants du professionnel, ordonner la publication de sa décision²⁴⁸. Elle ne peut être mise en oeuvre que devant le juge civil et non devant le juge pénal ou la juridiction administrative²⁴⁹.

Cette action a été utilisée de façon satisfaisante par les associations de consommateurs et a bénéficié d'un accueil favorable tant devant les juridictions du fond que devant la première chambre de la Cour de cassation²⁵⁰.

2- le bilan positif de l'action en suppression des clauses abusives:

Lorsque le juge ordonne la suppression de certaines clauses, les contractants pourront invoquer devant d'autres juridictions la décision pour obtenir l'annulation de ces clauses. En outre, en cas de maintien de la clause par les contractants malgré la décision de justice, l'association pourra saisir le juge compétent afin que celui-ci prononce une astreinte, celle-ci s'avérant en général dissuasive.

²⁴⁸ L. Boré, Th. précitée, p. 253, n°258.

²⁴⁹ L. Boré dans sa thèse insiste sur l'utilité de cette action devant le juge administratif, p. 254, n° 258.

²⁵⁰

Civ. 1^{ère}, 3 février 2011, Bull. 2011, I, n°23 posant le principe de la possibilité pour l'association d'exercer son action en amont du processus contractuel : **"L'action préventive en suppression des clauses illicites ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée... C'est à juste titre qu'une cour d'appel ordonne, à la demande d'une association agréée de défense des consommateurs, la suppression de modèles types de contrats de location saisonnière d'une clause, contrevenant à ce texte, offrant la faculté d'interdire la détention d'animaux familiers dans les locaux d'habitation donnés en location."**

Toutefois : Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, Bull. 2011, I, n°147 :**"Les dispositions de l'article L. 421-6 du Code de la consommation concernant les clauses abusives ont pour objectif de protéger le consommateur contre des clauses qui lui sont imposées par le professionnel et qui confèrent à ce dernier un avantage excessif. Ainsi c'est à bon droit que la cour d'appel a déclaré irrecevable la demande d'associations de consommateurs en suppression de clause dans un acte passé entre un non-professionnel et un consommateur De même c'est à bon droit que la cour d'appel a déclaré irrecevable la demande des associations de consommateurs contre la société éditrice du modèle de contrat comportant la clause incriminée, laquelle n'avait conclu aucun contrat avec le consommateur."**

Les juges ont souvent en pratique assorti leur décision d'astreinte mais ont aussi ordonné la publication de leur décision. En outre, ils n'ont pas hésité, par une interprétation extensive de la loi, à accorder des dommages et intérêts aux associations, en retenant que l'insertion des clauses abusives dans les contrats causaient un préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs alors même que l'octroi de tels dommages et intérêts n'est pas prévu par le texte.

Ces décisions ont donné quelques raisons supplémentaires d'agir aux associations²⁵¹.

Par ailleurs, le nombre des clauses abusives énumérées par les derniers textes²⁵² en la matière confère une certaine efficacité à l'action.

En outre, les professionnels sont davantage enclins, compte tenu des conséquences de l'action, à la négociation collective des contrats.

La menace de l'action en amène d'autres à modifier leur contrat alors que l'instance est déjà en oeuvre.

Dans cette dernière hypothèse, la première chambre civile de la Cour de cassation juge que l'action recevable initialement, devient sans objet à partir du moment où le type de contrat attaqué n'est plus proposé aux consommateurs²⁵³. Cet arrêt a posé le problème du moment auquel l'intérêt à agir s'apprécie et a statué en tenant compte de la finalité de l'action. Il s'agit d'une conception dynamique de l'intérêt. Le juge ne peut pas ordonner la suppression d'une clause d'un contrat alors que celle-ci a été retirée ou que le modèle du contrat n'est plus proposé au consommateur.

La décision est particulièrement fondée et pragmatique même si elle permet au professionnel, en régularisant, de rendre sans objet l'action de l'association. Dans ce cas la clause est supprimée; il s'agissait bien de la finalité de l'action de l'association.

Toutes ces actions visent à assurer le respect de l'intérêt collectif des consommateurs, elles ne sont en aucun cas destinées à réparer les conséquences individuelles subies par les consommateurs, de la méconnaissance par les professionnels des règles du droit de la consommation. En effet, le consommateur doit dans toutes ces hypothèses agir seul préalablement pour obtenir l'application du droit. Or, c'est précisément cette action individuelle qui pose difficulté et qui a amené le législateur à créer l'action en représentation conjointe.

251

Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, Bull. 2011, I, n°63 : **“Viole les dispositions de l'article L. 421-2 du Code de la consommation, ensemble l'article 1382 du Code civil, la cour d'appel qui, après avoir déclaré abusives certaines clauses des contrats d'abonnement à des centres de remise en forme proposés à des particuliers, déboute l'association de consommateurs de sa demande de dommages-intérêts au motif qu'en l'absence de décision préalable déclarant ces clauses abusives, le professionnel n'avait pas commis de faute en les insérant dans ses contrats. La stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs”**.

²⁵² Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 ; loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 ; décret n°2009-302 du 18 mars 2009.

²⁵³ Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, Bull. Civ I, n°61.

II - Les actions exercées afin d'assurer la défense d'intérêts individuels homogènes des consommateurs,

Seront abordées en premier lieu les règles relatives à l'action en représentation conjointe (A) avant d'expliquer, les impossibilités juridiques et pratiques de réparer efficacement par cette procédure les atteintes aux intérêts individuels des consommateurs (B).

A- l'action en représentation conjointe :

Créée comme il l'a été rappelé par la loi du 18 janvier 1992, elle permet, **“lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, à toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, d'agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs.**

Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur”.²⁵⁴

“Tout consommateur ayant donné son accord, dans les conditions prévues à l'article L. 422-1, à l'exercice d'une action devant une juridiction pénale est considéré en ce cas comme exerçant les droits reconnus à la partie civile en application du code de procédure pénale. Toutefois, les significations et notifications qui concernent le consommateur sont adressées à l'association.”²⁵⁵

“L'association qui exerce une action en justice en application des dispositions des articles L. 422-1 et L. 422-2 peut se constituer partie civile devant le juge d'instruction ou la juridiction de jugement du siège social de l'entreprise mise en cause²⁵⁶ ou, à défaut, du lieu de la première infraction²⁵⁷”.

En premier lieu, seules les associations de consommateurs agréées au plan national peuvent agir dans le cadre de cette action en représentation conjointe.

Il est nécessaire pour cette association de disposer d'au moins deux mandats confiés (“op in”) par deux consommateurs **personnes physiques** ; à défaut, l'action n'est pas conjointe.

Les consommateurs doivent avoir subi des préjudices individuels causés par un même professionnel et ayant une origine commune.

²⁵⁴ article L.422-1 du Code de la consommation

²⁵⁵ article L. 422-2 du Code de la consommation

²⁵⁶ article L. 422-3 du code de la consommation ; le domicile du prévenu est l'un des critères de compétence de la procédure pénale du tribunal correctionnel en vertu, pour ne citer qu'un exemple de l'article 382 al.1er du Code de procédure pénale.

²⁵⁷ Lieu de commission de l'infraction (critère de compétence de la procédure pénale)

L'action peut être exercée devant toutes les juridictions y compris devant les juridictions pénales.

B- les limites légales et jurisprudentielles à cette action :

- La première limite réside dans les moyens qui peuvent être utilisés par l'association de consommateurs pour faire connaître son intention d'engager une action et permettre à tous les consommateurs qui le souhaitent de se joindre à cette action.

Ainsi que l'avait indiqué Mme V. Neiertz, au moment du vote de la loi, cette restriction est de nature à paralyser cette action. La première chambre civile a, sanctionné par la nullité, les interventions des consommateurs qui avaient donné mandat à une association de consommateurs car celle-ci avait procédé par appel public via son site internet²⁵⁸.

- La seconde limite réside dans le formalisme impératif et les mentions relatives à l'association de consommateurs et aux consommateurs mandants eux-mêmes, afin de respecter la maxime nul ne plaide par procureur (décret du 11 décembre 1992). Le mandat doit être donné par écrit et préciser son objet. La rédaction peut ainsi poser des difficultés car il ne peut être ni trop général ni trop restrictif car le formalisme serait encore accru.

Les frais du procès pèsent sur le consommateur et non sur l'association, ce qui ne résout pas le problème de ces frais dans le cas où un petit nombre de consommateurs, ayant subi des préjudices infimes, est représenté.

- En outre, ce mandat, contrairement aux termes de l'article 413 du code de procédure n'emporte pas devoir d'assistance (article 1^{er} du décret précité).

En dehors d'une action devant une juridiction où elle a la possibilité d'agir directement, l'association, compte tenu des règles de représentation devant les autres juridictions devra impérativement avoir recours à un avocat. Son rôle dans ce cas consiste en la gestion du administrative du contentieux.

- Enfin, les associations ont une obligation d'information à leur charge ; elles sont destinataires des convocations et notifications diverses qu'il leur incombe de retransmettre aux consommateurs mandants. Cette obligation peut poser difficulté notamment dans l'exercice dans les délais impartis des voies de recours ; l'association pourrait engager sa responsabilité.

Le juge, quant à lui, s'il a à répondre à une question identique qui évite des saisines individuelles dispersées, **doit statuer sur chaque préjudice individualisé.**

Cette action n'a pas eu le succès escompté pour des raisons financières²⁵⁹ mais aussi pour des raisons de responsabilité²⁶⁰.

²⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 26 mai 2011, pourvoi n°10-15.676, Bull. 2005, I, n°98

²⁵⁹ moyens financiers insuffisants et impossibilité d'un mandat rémunéré

²⁶⁰ là encore, l'absence de moyen financier et donc de logistique ne permet pas aux associations de gérer des actions pour lesquelles elles seraient mandatées par de nombreux consommateurs.

La compétence du tribunal et la compétence en dernier ressort sont déterminées par le montant le plus élevé des prétentions ; alors même que le cumul des différents préjudices peut être très élevé, le jugement pourra être rendu en dernier ressort ne permettant pas à l'association de consommateurs et aux consommateurs eux-mêmes de bénéficier du double degré de juridiction et lui imposant alors de former un pourvoi.

Cette action se rapproche par quelques aspects seulement de l'action de groupe ; il incombe désormais à ma collègue, Mme le Professeur Sabard de vous proposer l'étude de cette action telle qu'elle a été élaborée dans les textes soumis aux assemblées.

L'action de groupe à la française

Olivia Sabard

Professeur de droit privé à l'Université d'Orléans, Centre de recherche juridique Pothier

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dans son chapitre 1^{er}, introduit dans notre corpus juridique une action de groupe dédiée au consommateur pour lui permettre d'obtenir réparation devant les tribunaux de grande instance de son préjudice individuel causé par un professionnel. Quels sont les bouleversements occasionnés par cette réforme ?

De prime abord, on serait tenté de penser qu'hormis la disparition de l'interdiction d'agir en justice pour défendre les intérêts d'autrui, plus connue sous l'adage « *Nul ne plaide par procureur* », les règles relatives à l'action de groupe sont respectueuses des grands principes du droit de la responsabilité et du procès civil. En effet, d'une part, les conditions de la responsabilité du professionnel ne sont pas assouplies par rapport à celles qui sont exigées dans le cadre d'une action individuelle. Le texte est uniquement une loi de procédure, qui ne remet pas en cause les règles de fond du droit de la responsabilité civile. D'autre part, on peut penser, en dépit du silence du texte, que les principes directeurs du procès trouveront à s'appliquer, en particulier le principe du contradictoire. De même des règles relatives aux mesures d'instruction, en particulier à l'expertise, et aux voies de recours. En l'absence de dispositions spécifiques, il n'y a pas lieu de déroger aux règles essentielles de la procédure civile.

Au surplus, la modeste ambition du texte a été largement dénoncée. En premier lieu, le champ d'application de l'action de groupe est limité, et ce d'un triple point de vue. Il l'est, premièrement, quant à la matière du litige, puisque l'action de groupe est cantonnée aux différends entre consommateurs et professionnels, et encore elle ne s'applique pas à tous leurs différends. L'article L. 423-1 du Code de la consommation vient expliciter les deux cas dans lesquels des contestations peuvent donner lieu à une action de groupe : d'une part, lorsqu'un professionnel a manqué à l'une des ses obligations légales ou contractuelles à l'occasion de la vente d'un bien ou d'une prestation de services ; d'autre part, lorsqu'un professionnel s'est livré à une pratique anticoncurrentielle. On a regretté que l'opportunité n'ait pas été saisie pour consacrer l'action de groupe dans d'autres domaines où les dommages de masse sont légion, tels le droit de la santé et le droit de l'environnement. Toutefois, il est prévu qu'elle soit par la suite transposée dans ces domaines²⁶¹. Le domaine de l'action de groupe est, deuxièmement, limité, quant aux bénéficiaires de celle-ci. Il ne s'agit que des consommateurs²⁶². Sont ainsi exclues toutes les personnes morales, ainsi que toutes les personnes physiques qui agissent à des fins qui entrent dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Le champ d'application de l'action de groupe est, troisièmement, cantonné par l'objet de la demande. L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation du dommage matériel²⁶³. Sont exclus les préjudices extrapatrimoniaux et patrimoniaux

²⁶¹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, chap. 1^{er}, art. 2, VI.

²⁶² C.consom., art. L. 423-1.

²⁶³ C.consom., art. L. 423-1.

découlant d'un dommage corporel, de même que le préjudice extrapatrimonial pur.

En second lieu, la qualité pour agir n'est reconnue qu'aux associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées²⁶⁴, c'est-à-dire concrètement qu'à seize associations, à en lire le rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques. Le choix en faveur de ce monopole est susceptible de mettre en péril l'action de groupe, car toutes les associations de consommateurs ne disposent pas de structures comptables adaptées à l'organisation de la redistribution des dommages-intérêts même si elles auront la possibilité de se faire assister, avec l'autorisation du juge, par toute personne appartenant à une profession réglementée²⁶⁵.

Toutefois, à la réflexion, la loi innove sur un certain nombre de points. Deux voies procédurales originales ont été imaginées : une procédure ordinaire et une procédure simplifiée, qui ne sont pas sans susciter de questions.

Tout d'abord, même lorsque la procédure est ordinaire, l'action de groupe ne comporte qu'une phase judiciaire unique²⁶⁶. Le juge, saisi de l'action de l'association de consommateurs qui agit sans mandat, statue sur la responsabilité du professionnel. Le législateur n'a ainsi pas prévu une phase préalable d'examen de la recevabilité de l'action à l'image de certains droits étrangers²⁶⁷, qui connaissent selon les pays une étape d'autorisation ou de certification. Le jugement tranche à la fois la recevabilité et le fond. Surtout, l'action de groupe à la française ne se rattache complètement ni au système de l'*opt in*, ni au système de l'*opt out*. Si le jugement prononcé à la suite de l'action de groupe n'est certes opposable qu'aux seules personnes qui ont manifesté leur volonté d'être représentées, ce qui laisserait penser que le système de l'*opt in* a reçu les faveurs du législateur, l'adhésion se fait pour autant une fois le jugement intervenu. Ce mécanisme est original dans la mesure où le groupe n'a pas à être constitué dès l'introduction de l'action. Ce n'est qu'une fois le jugement sur la responsabilité prononcé que les consommateurs s'identifieront. C'est un gage d'efficacité de la procédure, puisque l'introduction de l'action est facilitée, la constitution d'un groupe n'étant pas une condition de l'action, et la réparation est favorisée, les consommateurs étant d'autant plus enclins à adhérer au groupe que le jugement sur la responsabilité est déjà intervenu. Cette solution est ainsi très avantageuse pour les consommateurs qui ne courent pas le risque de l'échec de l'action. Dans le même temps, elle est respectueuse de l'intérêt des professionnels, car elle leur donne une plus grande prévisibilité du contentieux auquel ils sont exposés. Toutefois, elle conduit à un résultat étonnant : l'évaluation du préjudice a lieu sans que les victimes aient été identifiées. Cela n'a pas empêché le législateur de maintenir le principe de la réparation intégrale, qui suppose pourtant une évaluation *in concreto* du préjudice. Même si le juge se fondera sur les pièces apportées par l'association requérante et si les consommateurs se trouvent dans une situation similaire ou identique, l'appréciation du préjudice sera nécessairement objectivée.

Ensuite, à côté de cette procédure ordinaire, le législateur a imaginé une procédure simplifiée, qui a vocation à s'appliquer chaque fois que l'identité et le nombre de consommateurs sont connus et qu'ils ont subi un préjudice d'un même montant. En pareil cas, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut le condamner à indemniser les consommateurs directement et individuellement²⁶⁸, sans que ceux-ci n'aient à manifester leur volonté. Aucune adhésion du consommateur n'est en effet requise alors qu'il est le bénéficiaire direct de l'indemnisation. Pour autant, il conserve ensuite la liberté d'accepter ou non l'indemnisation. Pour cette raison, le Conseil constitutionnel a estimé que « *le grief tiré de ce que les dispositions contestées auraient pour effet d'attirer des consommateurs à une procédure sans qu'ils aient été en mesure d'y consentir en pleine connaissance de cause manque en fait* »²⁶⁹.

Dans la procédure ordinaire comme dans la procédure simplifiée, le juge dispose de pouvoirs importants. L'office du juge est renforcé pour la simple raison que les consommateurs pour le compte desquels

²⁶⁴ C.consom., art. L. 423-1.

²⁶⁵ C. consom., art. L. 423-9 : traitement des demandes d'adhésion, vérification de la situation de chacun, suivi de l'indemnisation...

²⁶⁶ Observons qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'action de groupe fait l'objet de quelques particularités procédurales (C.consom., art. L. 423-17) : l'action ne pourra être engagée que sur le fondement d'une décision définitive de l'Autorité de la concurrence, d'une juridiction nationale ou de l'Union européenne ayant constaté le manquement du professionnel (système du *follow on*).

²⁶⁷ Etats-Unis, Québec.

²⁶⁸ C.consom., art. L. 423-10.

²⁶⁹ § 16.

l'action est envisagée ne sont pas parties à l'instance. Le juge, neutre et impartial, est le gardien de leurs intérêts. Pour le reste, le texte reste incontestablement une œuvre de compromis au point que l'on peut se demander s'il atteindra les buts escomptés.

Décembre 2013

- **La force obligatoire du contrat entre mythes et réalités**

Mme **Carine LAURENT-BOUTOT**, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, Directrice du site de Bourges : présentation et animation des débats

Me **Loïc CHOQUET**, Huissier de Justice à Saint-Amand-Montrond

M. **Emeric NICOLAS**, Maître de conférences à l'Université de Picardie - Jules Verne

M. **Matthieu ROBINEAU**, Maître de conférences à l'Université d'Orléans

M. **Cyril SINTEZ**, Maître de conférences à l'Université d'Orléans

**La remise en cause de la force obligatoire des contrats par le droit de la consommation :
déconstruction d'un dogme²⁷⁰**

Emeric Nicolas

Maître de conférences à l'UPJV

Ceprisca EA 3911

CRJ Pothier EA 1212 (associé)

Les juristes spécialistes de droit des contrats sont des constructeurs de sécurité²⁷¹ : le lien obligatoire se nouant par la parole donnée se définissant fondamentalement à travers la fonction d'acte de prévision du contrat. « Je t'invite à te lier pour me prémunir de ton instabilité inhérente à ta versatile nature humaine, et réciproquement ». Autrement dit, le contrat est un acte d'autoligotage.

Le principe de la force obligatoire du contrat (FOC) est le principe juridique en vertu duquel une fois valablement conclu le contrat tient lieu de loi entre les parties. Ce principe, si attaqué de toutes parts, a pour fondement textuel l'article 1134 du Code civil. Il n'est dès lors plus possible d'en modifier le contenu du contrat sauf accord mutuel des deux parties au contrat (art. 1134, al. 2, C. civ.). Le contrat conclu doit être exécuté conformément aux prévisions contractuelles. C'est ce qu'on appelle l'immutabilité des conventions. Le principe de la FOC a pour origine ancienne un adage du droit international moderne, et conservé dans son jus latin *pacta sunt servanda*.

Outre le déshonneur qui a longtemps été attaché au fait de ne pas respecter sa parole, un tel manquement peut entraîner le prononcé de sanctions judiciaires ou extrajudiciaires bien connues sur lesquelles il n'est pas utile de revenir.

C'est aussi sur le fondement du principe de la FOC que l'on explique traditionnellement la place tout à fait marginale accordée à la théorie de la lésion par le Code civil ou au moment de l'exécution, l'indifférence du droit des contrats à l'imprévision ou aux déséquilibres initiaux affectant la relation contractuelle.

C'est également en vertu du principe de la FOC que l'on considère traditionnellement le contrat comme la « chose des parties » dont le juge doit se garder à distance (ce qu'heureusement il ne fait pas).

La remise en cause du principe de la FOC n'est pas nouvelle. Ainsi que l'écrit le professeur Catherine Thibierge, il s'agit d'une conséquence de la remise en cause du dogme – de construction

²⁷⁰ La forme orale de la présentation a été conservée, aussi les notes infrapaginales ont été réduites au minimum.

²⁷¹ F. Gros, *Le Principe Sécurité*, Gallimard, coll. NRF-Essais, 2012.

récente, fin XIX^{e272} – de l'autonomie de la volonté par l'apparition de « droits jeunes pleins de vitalité et mus par une puissance naturelle d'expansion, comme les droits de la consommation et de la concurrence, dont les règles malmènent pour le moins les principes classiques »²⁷³.

L'une des caractéristiques de la relation entre professionnels et consommateurs servant de fondement de sociologie juridique au droit de la consommation est l'existence d'une relation dite d'adhésion. Cette relation d'adhésion a d'abord pris naissance dans les contrats d'assurance et de transport. Et la doctrine a vu dans la loi de du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance une des premières consécutions de cette théorie.

On enseigne traditionnellement qu'une relation d'adhésion est une relation se caractérisant par l'imposition par l'une des parties – la partie forte – des conditions du contrat à la partie faible qui n'a de choix qu'adhérer ou de refuser de contracter.

Dans les classifications du droit des contrats établies par la science du droit, les contrats d'adhésion s'opposent aux contrats dits de « gré à gré », contrats dans lesquels les termes du contrat sont censés pouvoir être négociés par chacune des parties.

À partir des années vingt aux États-Unis, le développement d'une production industrielle de produits manufacturés et standardisés, et le besoin des industriels d'écouler toute cette marchandise auprès du grand public, a fait naître une consommation de masse et généré le développements des grands procédés marketing, tels que la publicité ou le démarchage. Cette consommation de masse a elle-même généralisé les relations d'adhésion et les abus de puissance économique des grandes firmes au détriment des consommateurs. Tout cela est bien connu.

Si elle n'est pas spécifique au droit de la consommation, la relation d'adhésion est présentée comme l'un des fondements de l'interventionnisme presque des pouvoirs publics dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

Elle justifie notamment la multiplication des obligations d'information à la charge des professionnels afin que le consommateur prenne pleinement conscience de l'étendue de son engagement. Du fait des transformations qu'a connu le droit des contrats ces dernières décennies²⁷⁴, la force du principe de la FOC s'est trouvée considérablement affaiblie, tant en droit civil qu'en droit de la consommation.

En droit civil, bien que la théorie de l'imprévision ne soit toujours pas admise, on songe à la possibilité qu'a le juge d'accorder des délais de paiement voire des remises de dettes au débiteur ou de contrôler le caractère proportionné des clauses pénales²⁷⁵. Plus fondamentalement, l'amenuisement de la FOC se manifeste à travers l'apparition de nouveaux principes de justice contractuelle²⁷⁶ sur la base desquels les juges sont tentés d'intervenir dans le contrat pour restaurer un certain *équilibre contractuel*²⁷⁷.

En droit de la consommation, des exceptions au principe de la FOC considérées comme plus frontales sont apparues du fait de la prise en compte de la relation d'adhésion par les pouvoirs publics. Ces exceptions tiennent dans le droit de rétractation dont bénéficie le consommateur dans certaines situations²⁷⁸, dans les délais de réflexion qui lui sont parfois accordés²⁷⁹; et, enfin, dans le dispositif de lutte contre les clauses abusives qui permet au juge, tout en maintenant le contrat, de l'expurger des clauses créant un déséquilibre significatif au détriment des consommateurs²⁸⁰.

Cela dit, il nous semble qu'il ne faut pas exagérer les manifestations de l'atteinte à la FOC tirées du droit positif de la consommation.

²⁷² E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, 1912.

²⁷³ C. Thibierge, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357.

²⁷⁴ C. Thibierge, *ibid.*, p. 357 et s.

²⁷⁵ C. civ., art. 1152.

²⁷⁶ J.-P. Chazal, « Justice contractuelle », in L.; Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, v° Justice contractuelle.

²⁷⁷ L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, coll. Bibl. dr. pr., 2002

²⁷⁸ Contrats conclus à la suite d'un démarchage à domicile ou à selon un procédé de vente à distance ou hors établissement (C. conso., art. L. 121-21) ou encore en cas de contrats de crédit à la consommation (C. conso., art. L. 311-12).

²⁷⁹ Crédit à la consommation (C. conso., art. L. 311-11) et crédit immobilier (C. conso., art. L. 321-5).

²⁸⁰ C. conso., art. L. 132-1 et s.

Jusqu'à aujourd'hui, le droit français de la consommation demeure un droit globalement respectueux de la logique contractuelle libérale, un droit qui vise à rendre plus effectifs les postulats d'égalité et de liberté des parties ; bref, un droit en faveur du dogme de l'autonomie de la volonté...

Les entorses au principe de la FOC demeurent conçues comme des exceptions, ce que conforte le fait qu'elles ne trouvent à s'appliquer qu'en cas de recours à des procédés de commercialisation bien spécifiques tels que le démarchage ou la vente à distance ou encore pour la conclusion de contrat particulièrement engageant pour le consommateur (ex. : les opérations de crédit).

Certes la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi « Hamon » contient son lot de propositions de mesures nouvelles qui pourraient faire hérisser le poil des plus « classiques » en matière contractuelle et par conséquent les plus attachés au principe de la FOC.

Citons rapidement quelques exemples parmi les 161 articles que contient le texte : l'assouplissement des conditions de résiliation des contrats d'assurance de dommages et de personnes²⁸¹, qui pourront être résiliés à tout moment et sans frais à compter d'une période d'un an.

« Désengagement », on ne peut mieux exprimer l'atteinte à la FOC...

Autre exemple, l'allongement du délai de rétractation sur internet de 7 jours à 14 jours. En précarisant davantage le contrat de consommation conclus à distance on ne peut mieux illustrer l'idée que les contrats de consommation en début de vie ne sont pas soumis au principe de la FOC. De même, le droit pour un consommateur de renoncer pendant un délai de 14 jours à un contrat d'assurance couvrant un risque pour lequel il est déjà assuré va dans ce sens²⁸².

Aussi, plutôt que de procéder à une recension exhaustive des manifestations des atteintes au principe de la FOC montrant le possible basculement progressif, au fil des lois consuméristes, du principe à l'exception en ce domaine, nous proposons de développer, non pas une hypothèse, mais un *plaidoyer* en faveur d'un *droit de la consommation sans contrat* ; autrement dit, par-delà l'approche contractuelle.

Ce plaidoyer repose sur l'idée-force suivante : on peut à la rigueur admettre un maintien de la force obligatoire du contrat dans les relations entre professionnels ou particuliers, mais qu'il faut accepter et favoriser sa suppression dans les relations mixtes afin d'en finir avec une règle devenue dogme.

Le constat, si ce n'est de quasi-mort encéphalique de la FOC en droit de la consommation du moins de son obsolescence dans les relations de consommation, invite :

- d'une part à déconstruire une simple règle – La FOC – devenue dogme (I –), et,
- d'autre part, à proposer les prélèvements d'organe à réaliser sur la dépouille du principe de la FOC en vue d'une reconstruction de l'encadrement des relations de consommation sur la base d'une théorie positive de la relation d'adhésion. Et ce prélèvement d'organe, n'est autre que celui du contrat qui contamine de son virus – même affaibli – une théorie des relations d'adhésion conséquente et combattante (II –).

I – Déconstruction de la FOC dans les relations de consommation

Parler de contrat dans la relation d'adhésion s'est faire une référence ambiguë au contrat : le contrat d'adhésion n'est pas un contrat (A –). Et si l'on veut prendre la relation d'adhésion au sérieux, conçue comme l'une des justifications objectives à l'action consumériste, c'est en substituant le terme « relation » à celui de contrat ; il faut parler de relation d'adhésion (B –).

A – Le contrat d'adhésion n'est pas un contrat

Compte tenu tant de la nécessité de consommer, même en régime de décroissance, que des ententes ou des alignements de fait des offres contractuelles et des conditions générales de vente entre les grands opérateurs du secteur de la consommation (ex. internet et téléphonie), ce qu'on appelle contrat d'adhésion n'est tout simplement pas un contrat. Certes, formellement (par l'effet de la signature ou de l'entrée du code de la carte de paiement), il y a bien accord de volontés en vue de produire des effets juridiques.

²⁸¹ C. assur., art. L. 113-14-2.

²⁸² C. assur., art. L. 112-10.

Mais de façon plus réaliste, une relation d'adhésion est une relation économique caractérisée par un état de quasi nécessité dans laquelle se trouve l'une des parties, la partie faible, d'y adhérer (à moins de devenir décroissant...). Le droit doit en tirer les conséquences.

Contrairement à Berlioz et la doctrine majoritaire à sa suite, il ne faut pas parler de contrat d'adhésion. Parler de contrat d'adhésion revient à acter en droit une relation contractuelle structurellement déséquilibrée avec quelques aménagements à la marge, et encore, le plus souvent avec beaucoup de réticences puisqu'on se dit toujours, « quand même c'est une atteinte directe à la force obligatoire du contrat, faut y aller mollo ».

On a beau jeu ensuite de développer des obligations d'information détaillées pour rééquilibrer le contrat. Car on dit que le consommateur est protégé parce qu'il peut ainsi consentir librement. Mais c'est faux ! En disant cela, on demeure en plein dans le mythe de l'égalité (retrouvée) des parties et donc dans celui de la liberté contractuelle...

En effet, à quoi peut-il consentir notre consommateur ? Il va pouvoir lire attentivement (quand ce n'est pas écrit trop petit) qu'il se fait arnaquer, donc librement consentir à se faire avoir. Il y a une forme de « masochisme contractuel »²⁸³ dans l'idée même du contrat d'adhésion... En effet, dès qu'on parle de contrat d'adhésion, on reconnaît certes le caractère atypique de la relation (absence de négociation, imposition par la partie forte de ses conditions de vente) mais on réintroduit le « virus » logé au cœur de la théorie du contrat : la FOC.

B – Prendre au sérieux la relation d'adhésion

Si l'on prend au sérieux la relation d'adhésion, il faut parler de relation d'adhésion en supprimant la référence au contrat, référence impliquant la FOC. On dit qu'on lie les bœufs par les cornes, et les hommes par la parole (et le plus souvent par l'écrit), mais la grande masse des consommateurs est déjà liée en amont par les nécessités économiques et technologiques, voire juridiques (contrats imposés en matière d'assurance).

À quoi bon, dans ce contexte économique et commercial, maintenir la théorie de la FOC dans les relations de consommation, la force obligatoire du contrat est supplantée par force contraignante de fait tenaillant les consommateurs ?

Inventons plutôt une théorie de la relation d'adhésion qui n'ait plus à s'excuser d'être une exception à un pseudo principe multiséculaire devenu dogme. Vive une théorie *positive* et surtout *positivée* de la relation d'adhésion !

II – Reconstruction de l'encadrement des relations de consommation sans la FOC

Construire une théorie active et positive (une théorie de combat, une théorie *politique* en somme) de la relation d'adhésion pourrait consister dans une généralisation à l'ensemble des catégories de contrats de consommation des principales techniques bien connues en droit de la consommation et qui ont pour objet ou pour effet de nier la force obligatoire du contrat (A –). Si je me laisse aller, et je m'y laisse aller, j'irai même, dans un élan dont j'ai conscience du caractère tout à fait excessif, jusqu'à proposer de passer de l'encadrement de la relation contractuelle de consommation au *statut* de consommateur (B –).

A – La généralisation des techniques consuméristes négatrices de la FOC

Donc, oui à la généralisation-prolongation des délais de réflexion, de rétractation, et à la systématisation du droit de résiliation à tout moment, sans pénalité.

Oui à la lutte contre les pratiques des opérateurs qui, par exemple, ne prévoient pas de procédure d'annulation sur leur site internet (n'est-ce pas Castorama !) et qui ensuite jouent l'embrouille au téléphone...

Oui à un droit de la lutte contre les clauses abusives proactif !

²⁸³ Sur cette idée, développée dans un autre secteur du droit, v. notre article « L'obligation de *best execution* : du "super-consumérisme" au "masochisme contractuel" ? », *LPA*, n° 260, 30 décembre 2013, p. 6 et s.

Oui au dirigisme étatique dans l'encadrement de la relation d'adhésion ! Dirigisme préventif (contrôle administratif systématique des modèles-types de contrat), dirigisme curatif (par le biais des juges).

Oui aussi à un renforcement des pouvoirs et des moyens de la DGCCRF²⁸⁴ !

Oui à la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction et de sanction à la commission des clauses abusives²⁸⁵ !

Et tant pis pour l'argument tiré de l'analyse économique du droit, devenu véritable refrain, selon lequel ces nouvelles contraintes seront *in fine* supportées par les consommateurs par une augmentation des prix des marchandises et des services. En réalité, le niveau de concurrence aboutit à ce que, de fait, cela ne sera pas nécessairement le cas²⁸⁶.

Bien sûr, on entend les vitupérations des appelés :

« Mais par quoi remplacer la FOC ? Supprimer la FOC dans les relations de consommation est une proposition tout à fait excessive et puérite ! Est-ce à dire que le consommateur pourra toujours revenir sur son engagement, rapporter quand bon lui chante la marchandise après s'en être servie et l'avoir remise plus ou moins soigneusement dans son emballage ? Ce que vous dites là, Monsieur, ce n'est autre que proposer l'arrêt de mort des échanges commerciaux. L'atteinte à la prévisibilité et à la sécurité juridique qui en est le corollaire est tout simplement scandaleuse ! Vous voulez tuer le commerce ! Il s'agit là d'un dirigisme et d'un paternalisme juridique insupportable ! Faisons confiance aux consommateurs ! Déconflictualisons les relations entre professionnels et consommateur par le développement de la médiation au cœur des entreprises et tout ira pour le mieux dans le meilleur des mondes consuméristes ! Mais surtout, pitié, ne faites pas du principe l'exception ! »

Eh bien si, il faut le faire.

Mais alors, par quoi remplacer la FOC ? Car c'est bien la question : par quoi remplacer la FOC ? Peut-on au bénéfice d'une des parties, sous prétexte qu'il s'agit d'une partie faible, dans un louable souci de rééquilibrage de la relation, plonger la relation de consommation dans une situation d'instabilité et de précarité permanente ? Sans doute pas, évidemment, comme nous l'ont rappelé les appelés... En tout cas, il faut réfléchir à un nouveau logiciel de gestion de la relation de consommation qui ne fasse plus référence à la force obligatoire du contrat ou du moins qui lui fasse référence qu'à titre d'exception.

Que pourrait-on faire de plus ?

Beaucoup de choses sans doute. Par exemple, dans les relations de vente à distance, on pourrait poser en principe que le client est toujours libre de renoncer à son achat tant que la marchandise n'a pas été livrée quel que soit le moment de conclusion du contrat et peu important le fait que le délai de rétractation ait été dépassé.

Dans les relations de consommation physiques, on pourrait tout simplement s'inspirer des pratiques contractuelles des grands groupes de la distribution qui sont déjà la *pointe de la protection consumériste* ; par exemple, en offrant des droit de retour des marchandises achetées que le législateur n'offre pas en dehors de certaines techniques de commercialisation, et cela pendant un délai qui va bien au-delà des règles existantes (entre 15 jours et 30 jours).

Alors bien sûr, j'entends : comment juguler la figure du consommateur abusif ? Ce fantôme de la théorie du droit de la consommation... Bon, eh bien, je pense qu'il faut faire avec ; et puis, en cas d'abus trop important, le professionnel pourra toujours se retourner devant le juge et invoquer la théorie de l'abus de droit... preuve que la théorie générale du droit est toujours utile...

Donc, par quoi remplacer le contrat ?

²⁸⁴ Sens dans lequel va clairement la loi « Hamon ».

²⁸⁵ Ce que n'a pas consacré la loi « Hamon ».

²⁸⁶ Ex. : pratique des opérateurs de téléphonie et internet qui proposent de racheter les frais de résiliation à hauteur de 100, voire 160 euros, même si en pratique la mise en œuvre de cette prérogative contractuelle est loin d'être simple...

B – Remplacer le contrat par le statut de consommateur

Eh bien par le *statut*, il s'agit d'une logique qui n'a rien de soviétique et qui est très répandue en droit. Le droit de la fonction publique est-il un plus mauvais droit de la relation de travail que le droit du travail salarié applicable au secteur privé. Il se trouve qu'il protège mieux les agents de la fonction publique. Est-ce un mal ? Je ne le crois pas.

Pour ma part, je trouve que la loi « Hamon » va dans le bon sens.

Même si la référence au contrat ne disparaît pas, l'instauration d'une véritable action de groupe²⁸⁷ et la dimension vraiment collective conférée à la lutte contre les clauses abusives²⁸⁸ par la loi « Hamon » du printemps dernier vont dans le sens d'une collectivisation des relations de consommation. Peut-être faut-il conserver le mot « contrat », quitte à en dévoyer complètement le sens, c'est-à-dire subvertir les mots pour mieux protéger les consommateurs contre les maux de la consommation...

Pour ne pas conclure, les sociologues nous disent que la consommation de nos existences conduit à une liquéfaction des rapports sociaux. Ils parlent d'une société et d'une vie liquide²⁸⁹, caractérisées par l'éphémère, l'impermanence, le changement. On est dans une « société de flux »²⁹⁰ où seul compte de ne jamais rester fixe. Les industriels ont programmé l'obsolescence des objets manufacturés – et aussi (sans intention de nuire) de l'homme²⁹¹ –, il serait peut-être temps *fluidifier* les relations de consommation, c'est-à-dire de *liquider* le contrat et le dogme de la force obligatoire qui va avec!

La force obligatoire du contrat à l'épreuve de la tacite reconduction²⁹²

Matthieu Robineau

Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Quand, à l'occasion d'un échange électronique, alors que je cherchais vainement un thème qui puisse donner lieu à une conférence dans ce bel amphithéâtre Cujas, Maître Loïc Choquet m'a suggéré la force obligatoire du contrat, j'ai immédiatement retenu le thème. Quelques semaines auparavant venait en effet d'être adopté au Sénat, après un premier passage à l'Assemblée nationale, le projet de loi relatif à la consommation, dit projet Hamon. Or il se trouve que ce projet comporte une disposition autorisant

²⁸⁷ C. conso., art. L. 423-1 et s.

²⁸⁸ Ce qu'il est convenu d'appeler l'effet *erga omnes* attaché à la reconnaissance du caractère abusif d'une clause abusive à tous les contrats identiques :

- possibilité pour le juge de prévoir une mesure de publicité de l'injonction faite à un professionnel de supprimer une clause illicite dans un contrat le liant à un consommateur (C. conso., art. 132-2, al. 2).

- possibilité pour les agents de la CCRF d'enjoindre aux professionnels de supprimer dans les contrats qu'ils proposent aux consommateurs les clauses abusives relevant de la liste « noire » (C. conso., art. L. 141-1, VII) ; ou encore de demander à la juridiction civile ou administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression des clauses abusives dans « tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur, de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés » (C. conso., art. L. 141-1, VIII, 1°) ;

- obligation pour le juge d'écarter d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat (C. conso., art. L. 141-4, al. 2) ;

- élargissement de l'effet de l'action en suppression des clauses abusives intentée par une association de consommateurs aux contrats qui ne sont plus proposés aux consommateurs (C. conso., art. L. 421-6, al. 3).

²⁸⁹ Z. Bauman, *La vie liquide*, trad. Ch. Rosson, Fayard-Pluriel, 2013 (éd. originale, *Liquid life*, Blackwell Publishing Ltd, 2005).

²⁹⁰ A. Semprini, *La société de flux – Formes du sens et identité dans les sociétés contemporaines*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2003.

²⁹¹ G. Anders, *L'obsolescence de l'homme, t. 2 – Sur la destruction de la vie à l'époque de la troisième révolution industrielle*, trad. Ch. David, Éditions Fario, 2012.

²⁹² La forme orale du texte a été consciencieusement conservée ; l'appareil scientifique est par conséquent extrêmement réduit.

l'assuré à résilier ses contrats d'assurance reconduits tacitement, sans frais ni pénalités, à partir du premier jour suivant la reconduction du contrat.

Je reviendrai sur ce texte, dont le vote en deuxième lecture a lieu en ce moment (le vote était prévu à 16h15 aujourd'hui, si j'en crois le site de l'Assemblée Nationale). Mais d'ores et déjà, on pressent qu'en autorisant l'assuré à résilier à tout moment, la loi affaiblit la force obligatoire du contrat. Mon sujet était dès lors tout trouvé : confronter le mécanisme de la tacite reconduction et l'effet obligatoire du contrat.

Voilà donc le décor planté. Mais il ne l'est pas encore tout à fait.

Il me faut en effet préciser ce que j'entends par force obligatoire et par tacite reconduction.

1. Ce que l'on appelle force obligatoire ou effet obligatoire, c'est, comme cela a été rappelé, la qualité particulière du contrat d'être contraignant pour ceux qui en sont les parties. Le siège de la règle est bien entendu à l'article 1134 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Au fond, l'idée de force obligatoire décrit le fait que le contrat est une norme et que, pour cette raison, il doit être obéi. L'idée n'est pas nouvelle, puisque déjà Kelsen incluait le contrat dans sa pyramide des normes. Elle a été remise sur le devant de la scène par le Professeur Pascal Ancel en 1999 qui a clairement distingué la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat²⁹³. Très simplement, si le contrat est par définition source d'obligations²⁹⁴, il n'est pas que cela. Il y a dans le contrat des éléments qui ne relèvent pas de la catégorie des obligations, comme un terme extinctif. Bref, tout le contrat est obligatoire, mais son contenu n'est pas nécessairement exclusivement obligationnel.

2. Quant à la tacite reconduction, elle peut être définie comme la poursuite d'un contrat initial en raison de la volonté commune mais silencieuse des contractants. Encore faut-il préciser que le silence, à lui seul, ne peut suffire. Un silence circonstancié est exigé. Notamment, c'est le fait que les parties continuent d'exécuter les obligations nées du contrat initial, nonobstant le terme extinctif, qui révèle leur intention commune de reconduire le contrat.

Autre précision, la tacite reconduction suppose un contrat à exécution successive ou échelonnée, assorti d'un terme extinctif. En effet, en présence d'un contrat à exécution instantanée, la question ne se pose pas et en présence d'un contrat à durée indéterminée, la poursuite de la relation contractuelle n'est que l'effet normal du contrat.

La tacite reconduction prend ainsi sa place au sein des mécanismes de prolongation du contrat. Parmi ceux-ci, elle doit notamment être distinguée de la prorogation.

Celle-ci est la continuation de l'acte primitif en vertu d'une volonté expresse, manifestée avant le terme. On convient par exemple de poursuivre le contrat pour six mois supplémentaires.

A la suite d'un auteur, le professeur Bénabent, il est en outre possible d'affiner la notion de tacite reconduction²⁹⁵. Il semble en effet qu'il existe deux techniques de clonage du contrat initial.

a. La première est le renouvellement exprès, c'est-à-dire une fausse tacite reconduction, puisque le renouvellement repose sur une clause insérée dans le contrat initial qui prévoit précisément la reconduction du contrat sauf dénonciation.

b. La seconde est la tacite reconduction véritable, qui repose sur un silence actif et de qualité, c'est-à-dire sur la poursuite par les parties, de l'exécution des obligations nées du contrat primitif, au-delà de son terme.

Cette distinction doctrinale est éclairante, mais on ne peut que constater que le législateur et le juge n'en tiennent aucunement compte. Dans les deux hypothèses, tous deux parlent de tacite reconduction. Mon propos s'inscrira dans cette perspective peu rigoureuse, mais qui permet davantage de questionner la force obligatoire.

²⁹³ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : *RTD civ.* 1999. 771.

²⁹⁴ C'est d'ailleurs ainsi qu'on le présente dans la très grande majorité des cours de droit.

²⁹⁵ A. Bénabent, La prolongation du contrat : *RDC* 2004. 117.

Comme évoqué il y a quelques secondes, le sujet de la tacite reconduction est d'une brûlante actualité : Le projet Hamon entretient-il le mythe de la force obligatoire ou bien s'inscrit-il dans une autre perspective ? En d'autres termes, quelle est la réalité du principe de la force obligatoire des contrats dans le projet ?

A cet intérêt s'en ajoute un second que l'on pourrait formuler ainsi : où se situe le mythe, où sont les réalités ? est-ce en droit commun des contrats ? est-ce en droit spécial (et je vise ici le bail ou plus exactement les baux, le contrat de travail, le contrat d'assurance, etc.) ?

Au-delà, mon propos a pour seule ambition de répondre à la question suivante : appréhendé à l'aune de la force obligatoire du contrat, le régime de la tacite reconduction est-il conforme à celle-ci ou bien s'en départit-il ? En d'autres termes, en matière de tacite reconduction, la réalité rejoint-elle le mythe ou bien s'en écarte-t-elle ? La force obligatoire est-elle une règle de droit positif ?

Il me semble qu'une réponse nuancée doit être apportée. Dans un premier temps, le régime de la tacite reconduction apparaît en effet conforme à l'effet obligatoire du contrat. Le mythe est aussi réalité. Toutefois, c'est le second temps, un certain nombre de dispositifs ont vu le jour ces derniers temps, qui conduisent à faire de la force obligatoire en matière de tacite reconduction une règle qui relève davantage du mythe que de la réalité, que du droit positif. Aussi après avoir mis en évidence l'affirmation de l'effet obligatoire du contrat par le jeu de la tacite reconduction, j'insisterai sur l'affaiblissement de cet effet en raison des aménagements du régime de la tacite reconduction.

I - L'affirmation de l'effet obligatoire du contrat par le jeu de la tacite reconduction

Dans la pureté des principes, la tacite reconduction fait de l'effet obligatoire du contrat une réalité. Cet effet ne relève donc pas seulement de la mythologie, mais bien du droit positif. Et c'est précisément pour cette raison que cet effet obligatoire est entouré de précautions, sans qu'il y ait là le moindre paradoxe. Il convient d'explicitier ces deux points en exposant d'abord l'effet obligatoire de la tacite reconduction (A) puis en envisageant l'encadrement de cet effet obligatoire (B).

A - L'effet obligatoire de la tacite reconduction

La tacite reconduction repose sur une volonté tue, une volonté silencieuse, que les circonstances permettent d'interpréter comme une volonté de poursuivre la relation contractuelle au-delà du terme. Au fond, c'est une nouvelle rencontre des volontés qui conduit à prolonger le contrat. Et ce contrat, en tant que norme positive s'impose à ses parties, qui doivent en conséquence l'exécuter. Il n'y a ici que l'expression de la force obligatoire du contrat²⁹⁶.

Ceci dit, il arrive que les parties prévoient à l'avance l'éventualité d'une tacite reconduction. Elles insèrent à cette fin une clause *ad hoc*, organisant ainsi ce que l'on a appelé tout à l'heure le renouvellement stipulé. Le simple silence vaut alors tacite reconduction, en application de la clause, donc par le jeu de l'effet obligatoire du contrat. Ce n'est qu'en cas de dénonciation, dans les délais et sous les formes stipulées dans le contrat initial qu'un nouveau contrat est empêché de prendre naissance. On voit là encore que l'effet obligatoire est une réalité du droit positif²⁹⁷.

²⁹⁶ Tirant les conséquences logiques de cette analyse, la jurisprudence considère que puisque le contrat reconduit est un nouveau contrat (Cass. civ., 26 nov. 1929 : *DH* 1930.52. – Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 1980 : *Bull. civ.* I, n° 220 ; *RTD civ.* 1981.397, obs. F. Chabas ; Com. 13 mars 1990, *D.* 1990, IR 84), les règles de capacité doivent de nouveau être respectées. Par extension, il en va de même des autres conditions de validité du contrat : cause, objet et bien sûr consentement. Dans la même perspective, c'est la loi en vigueur au moment de la tacite reconduction qui régit le contrat reconduit (Civ. 1^{ère}, 22 mai 1985, *Bull. civ.* I, n° 159).

²⁹⁷ En d'autres termes, le défaut de manifestation de volonté contraire est non la source de la tacite reconduction, mais le respect des stipulations contractuelles.

Cette obligation d'appliquer le contrat, comme on dit appliquer une loi, ne pose aucune difficulté particulière lorsque les parties sont sur un pied d'égalité, lorsqu'elles ont la même compétence et la même puissance économique.

Néanmoins chacun sait bien que ce n'est pas toujours le cas, que c'est rarement le cas. Il peut arriver ainsi que la tacite reconduction, qu'elle soit pure ou qu'elle s'appuie sur une clause contractuelle, soit un piège pour l'une des parties, qui se retrouve prisonnière du contrat.

Pour ces raisons, il existe un encadrement de l'effet obligatoire du contrat tacitement reconduit.

B - L'encadrement de l'effet obligatoire

Cet encadrement traduit une méfiance à la fois du juge et du législateur.

S'agissant du juge, selon une jurisprudence bien établie, le contrat tacitement reconduit est un nouveau contrat, identique à celui qui lui a précédé, sous une double réserve.

- en premier lieu, les clauses occasionnelles ne sont pas reprises. Ces clauses sont celles qui n'entretiennent pas un lien d'indivisibilité avec l'objet du contrat, comme une clause octroyant un droit de préférence²⁹⁸

- en second lieu et surtout, ce contrat reconduit est à durée indéterminée, sauf stipulation contraire²⁹⁹. En d'autres termes, en modifiant la qualification du contrat, puisque l'on passe nécessairement d'un contrat à durée déterminée à un contrat à durée indéterminée, le juge permet aux parties de sortir à tout moment de la relation contractuelle, en raison du droit de résiliation unilatérale qui bénéficie à chaque partie engagée dans un contrat à durée indéterminée, moyennant un juste préavis et le respect de l'obligation de bonne foi.

S'agissant du législateur, sa méfiance envers le jeu de la tacite reconduction a jusqu'en 2005, pris deux formes, possiblement cumulatives.

- d'une part, il a parfois subordonné le jeu de la tacite reconduction à la stipulation d'une clause la prévoyant. Tel est le cas en matière de contrat d'assurance. Pour ce type de convention, la tacite reconduction dans son plus simple appareil n'est pas admise³⁰⁰. L'objectif de la règle est sans doute que l'assuré prenne conscience du mécanisme et s'en protège le cas échéant³⁰¹.

- d'autre part, le législateur s'est parfois préoccupé de définir la durée du contrat tacitement reconduit. Il en est ainsi en matière de contrat d'assurance puisque l'article L. 113-15 du Code des assurances dispose, dans une formule approximative, que la durée de la tacite reconduction ne peut en aucun cas être supérieure à un an. L'objectif est que le piège ne se referme pas durablement sur l'assuré. Si celui-ci a omis de dénoncer le contrat et de s'opposer à la tacite reconduction, qu'à cela ne tienne, il

²⁹⁸ Cass. 3^e civ., 15 juin 1960, *Bull. civ.* III, n° 232 : « ne font qu'user de leur pouvoir souverain d'interpréter une clause ambiguë d'un bail, les juges du fond qui décident que la stipulation du contrat prévoyant qu'au cas de relocation des lieux loués, le preneur jouira du privilège de location aux prix et conditions qui seront offerts, est devenue caduque à l'expiration du bail malgré la tacite reconduction de celui-ci, au motif que cette stipulation est distincte et indépendante du bail et n'en est qu' "une clause occasionnelle" ne présentant aucun lien indivisible avec les autres stipulations de la convention. » - *Adde*, Cass. 3^{ème} civ., 21 déc. 1988, *JCP G* 1989. II. 21324, note M. Dagot ; *RTD civ.* 1990. 465, obs. J. Mestre.

²⁹⁹ Pour un exemple qui a suscité nombre de commentaires critiques, au regard des circonstances de fait : Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005, n° 02-21.366 : *D.* 2006. 587, note M. Mekki et 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2006. 114, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2006. 696, note Y.-M. Laithier ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 43, note L. Leveneur.

³⁰⁰ Alors même que le contrat d'assurance étant un contrat consensuel, qui se forme par la seule rencontre des volontés, une tacite reconduction sans clause *ad hoc* est parfaitement concevable. L'exigence d'un écrit, posée à l'article L. 112-3 du Code des assurances est une exigence *ad probationem* et non *ad validitatem*.

³⁰¹ Cette finalité de protection est je crois la clef pour comprendre le droit positif. On observera ainsi qu'en matière de droit commun du bail, la tacite reconduction est présumée chaque fois que le preneur est laissé dans les locaux loués – et je ne parle même pas des droits légaux au renouvellement qui sont prévus en matière de bail d'habitation et de bail commercial. On voit bien que dans ce cas, la tacite reconduction profite au preneur. Et si rien n'est prévu en matière de contrat de travail, c'est aussi parce que la tacite reconduction peut être présumée favorable au salarié.

sera lié encore une année, mais une année seulement, à charge pour lui de ne pas se montrer de nouveau négligent lors de l'échéance suivante³⁰².

Ceci dit, ces mécanismes de méfiance, d'origine tant jurisprudentielle que légale ne portent pas atteinte à la force obligatoire du contrat : ils en tiennent compte et reposent sur elle. Toutefois, depuis quelques années, le régime de la tacite reconduction a connu d'importantes modifications, en droit de la consommation et en droit des assurances, ce qui constitue un champ normatif considérable. Or ces évolutions contribuent à affaiblir sérieusement l'effet obligatoire du contrat. Eloigné de la réalité, celui-ci relève alors davantage du mythe.

II - L'affaiblissement de l'effet obligatoire du contrat en raison des aménagements du régime de la tacite reconduction

L'affaiblissement de l'effet obligatoire du contrat est d'ores et déjà avéré. Il prend la forme d'une atteinte indirecte en droit positif (A). En droit prospectif, encore que l'on soit presque en droit positif puisque la loi est en train d'être votée, l'affaiblissement prend la forme d'une atteinte frontale (B).

A - L'atteinte indirecte à l'effet obligatoire du contrat

La loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, plus connue sous le nom de Loi Chatel, a introduit dans notre droit un dispositif remarquable et remarqué. Comme l'indique le titre premier de la loi, il s'agit de « faciliter la résiliation des contrats tacitement reconductibles ».

En vertu de l'article L. 136-1 du Code de la consommation, « le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite ». Une disposition analogue a été insérée dans le Code des assurances et dans le Code de la mutualité.

Ce texte vise l'hypothèse, très fréquente, de contrats qui comportent une clause de tacite reconduction, comme un contrat avec un fournisseur d'accès internet ou avec un opérateur de téléphonie³⁰³. L'information donnée au consommateur est destinée à l'éclairer et, le cas échéant, à empêcher le jeu d'une clause contractuelle. Cette information présente la particularité de s'ajouter à l'information précontractuelle et d'être délivrée au moment où elle prend toute sa pertinence.

L'atteinte à la force obligatoire résulte de la sanction prévue par le texte. En effet, en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, celui-ci permet au consommateur de « mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction³⁰⁴ ».

En d'autres termes, on se retrouve dans une situation dans laquelle le défaut d'information ou l'information donnée trop tôt ou trop tard autorise le consommateur à sortir librement du contrat et sans frais, alors même que la tacite reconduction est prévue par le contrat et que la clause qui la stipule est censément obligatoire.

Dans l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée tacitement reconduit en un contrat à durée indéterminée, il n'y a là rien que de très habituel. On sait en effet qu'en présence d'un contrat à durée indéterminée, en raison de la prohibition des engagements perpétuels, chaque partie peut rompre unilatéralement le contrat, sous réserve de respecter un préavis et de se comporter loyalement.

³⁰² Sans doute, en envisageant un contrat à durée indéterminée, une protection plus efficace aurait été mise en place. Ce serait oublier que l'assurance suppose une certaine stabilité du portefeuille d'assurés pour réaliser la mutualisation des risques, objectif que contrarieraient nécessairement des résiliations inopinées

³⁰³ le projet de la loi évoquait un stock de 25 contrats à gérer par ménage

³⁰⁴ Le texte prévoit ensuite le remboursement des sommes prépayées par le consommateur, déductions faites de celles correspondant à l'exécution du contrat.

Cependant, dans l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée qui a été reconduit pour la même durée la solution traduit une atteinte à l'effet obligatoire. En effet, la loi autorise le consommateur à sortir d'une situation contractuelle hors des cas classiquement admis et relevant de l'inexécution. La loi est de ce point de vue tout à fait novatrice³⁰⁵.

Or il se trouve que l'atteinte indirecte à l'effet obligatoire des contrats est sur le point d'être complétée par une remise en cause directe, véritable, frontale.

B - L'atteinte frontale à l'effet obligatoire du contrat

Comme évoqué en introduction, le projet de loi relatif à la consommation comporte un certain nombre de dispositions relatives au contrat d'assurance. Parmi elles, l'article 21 mérite l'attention.

En l'état (et sous réserve des modifications votées ce jour, ce texte introduit un article L. 113-15-2 dans le Code des assurances dont le premier alinéa dispose :

« Art. L. 113-15-2. – Pour les contrats d'assurance couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles et relevant des branches définies par décret en Conseil d'État, l'assuré peut résilier les contrats et adhésions reconduits tacitement, sans frais ni pénalités, à partir du premier jour suivant la reconduction du contrat. La résiliation prend effet un mois après que l'assureur en a reçu notification par l'assuré, par lettre ou tout autre support durable. »

Comprenons bien l'hypothèse : nous sommes en présence d'un contrat d'assurance qui comporte une clause de tacite reconduction. Il faut supposer que l'assuré a été correctement informé, en application de l'article L. 113-15-1 issu de la loi Chatel. A défaut, il lui suffirait d'invoquer ce texte pour résilier le contrat.

En raison de la tacite reconduction, un nouveau contrat est formé, pour une durée d'un an.

Par application de l'article 21 de la loi Hamon, il est loisible à l'assuré de sortir sans frais, ni pénalité, à tout moment, *ad nutum*, de la relation contractuelle annale, dès que celle-ci ne lui convient plus. On voit bien ici que la force obligatoire relève davantage du mythe et que sa réalité est bien éloignée de la présentation qu'on en donne habituellement...

Quatre observations pour compléter :

- la règle ne vaudra que pour les contrats multirisques habitation et les contrats d'assurance automobile, sous réserve de souscrire un autre contrat, lorsque l'assurance est obligatoire
- si ce dispositif est officiellement dicté par l'objectif de protection des consommateurs, il sert également les intérêts des comparateurs d'assurance
- la préoccupation d'offrir aux assureurs une mutualité stable est totalement oubliée
- il n'est pas certain que les consommateurs soient véritablement gagnants : en effet les coûts de gestion des contrats risquent d'augmenter, ce qui conduira à un renchérissement des primes. A moins que les comparateurs jouent leur rôle...

Quoi qu'il en soit, et pour conclure, l'on dira que, rejoignant dans leur esprit les diverses facultés ou droits de renonciation, de repentir ou de rétractation (la terminologie est luxuriante), le droit de résilier le contrat tacitement reconduit pour un an participe de la mise à terre du mythe de la force obligatoire. Il y a là, sans nul doute, de quoi interroger en profondeur notre droit et les théories générales qui l'irriguent. La

³⁰⁵ Ceci dit, elle ne concerne que les contrats de consommation et répond à l'objectif de sortir les consommateurs de ce que l'on a pu appeler le piège de la tacite reconduction. Ce qui n'empêche pas les effets pervers. Ainsi, comme on l'a dit, un dispositif analogue a été inséré dans le Code des assurances. Un auteur a fait remarquer qu'il y avait là quelque chose d'inutile et pire, de contre-productif. En effet, il suffit à l'assureur de commercialiser des contrats à durée indéterminée pour que la loi Chatel ne s'applique pas. Or en matière d'assurance, la résiliation ne peut intervenir à tout moment. Elle ne peut avoir lieu qu'à la date anniversaire du contrat, annuellement, après respect d'un préavis de deux mois, comme l'indique l'article L. 113-12 du code des assurances.

figure du lien d'adhésion fait partie des concepts susceptibles d'éclairer notre droit positif : elle rend possible la systématisation doctrinale ainsi que l'a suggéré il y a quelques minutes mon ami Emeric Nicolas.

Mythe de la force obligatoire du contrat de travail

—

Réalité de la force normative de la relation de travail

Cyril Sintez

Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Je tiens à remercier Carine Laurent-Boutot pour l'heureuse initiative de ces conférences berruyères qui sont à chaque fois un véritable cadeau pour les étudiants et une invitation chaleureuse et immanquable pour les intervenants³⁰⁶.

En ce qui concerne le contrat de travail, les termes choisis pour le thème de ces conférences résonnent fortement. Il faut alors féliciter Matthieu Robineau de cette intuition portant sur l'intérêt du couple « mythe et réalité » de la force obligatoire appliqué au contrat de travail. C'est par cela que j'aimerais introduire.

La force obligatoire du contrat en général, c'est l'effet d'une convention à obliger ses auteurs. Les auteurs, c'est-à-dire les parties à la convention, s'obligent eux-mêmes par la convention dans les conditions qu'ils ont prévues eux-mêmes. On comprend ainsi le recours au terme force. Par la convention, les parties sont leur propre législateur ; elles gouvernent en maître leur relation.

Pour le contrat en soi, on sait que la force obligatoire est un mythe depuis nombre d'articles doctrinaux et, en premier lieu, celui de Christophe Jamin³⁰⁷. Plus exactement, je dirai que la Force obligatoire entretient un mythe, un mythe de la Modernité qui nous vient largement de la philosophie des Lumières et qui s'incarne dans l'esprit du Code civil. Il s'agit du mythe du libéralisme qui promeut l'individu au rang de l'autonomie normative. L'article 1134 du Code civil le précise : le contrat est comme une loi pour les parties. Autrement dit, les parties en sont à la fois les auteurs et les destinataires. Elles règnent bien en maître sur leur destinée juridique. L'interdiction de l'immixtion du juge dans le contrat le confirme, une interdiction du moins de principe et dans la volonté du Code. Il s'agit donc bien d'un mythe au sens fort du terme, c'est-à-dire d'une représentation idéalisée, dogmatique. On veut que le Sujet soit autonome en produisant ses propres règles de droit. Mais on réalise cela au sein même d'un article du Code civil qui, ipso facto, réinsère la force obligatoire dans tout l'édifice normatif du droit légal, et par extension, constitutionnel, et jurisprudentiel. Il y a comme une contradiction en germe. Dire la force du contrat en ayant recours à la force de la loi.

Ainsi, le mythe de la force obligatoire du contrat réside dans la croyance que la convention sera l'unique source de la relation normative des parties. On pouvait encore y croire à l'heure de Gény qui comptait, en tout et pour tout, deux sources formelles du droit : la loi et la coutume³⁰⁸. On ne le peut plus depuis que l'on constate l'inflation législative³⁰⁹ et la démultiplication des sources du droit³¹⁰.

Pour le contrat de travail, le mythe de la force obligatoire se présente sans conteste sous cet aspect. Le contrat contient les obligations générales de la relation de travail, c'est-à-dire les obligations de fournir le

³⁰⁶ Le présent texte restitue la conférence dans son style oratoire.

³⁰⁷ "Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134", *D.* 2003, p. 901

³⁰⁸ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, n° 91.

³⁰⁹ R. Savatier, "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", *D.* 1977, chr. 43.

³¹⁰ M. Béhar-Touchais, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, *Les mutations de la norme, le renouvellement des sources du droit*, *Economica*, coll. "Etudes juridiques", 2000.

travail et de verser un salaire pour l'employeur, et l'obligation d'exécuter un travail pour le salarié. Il fixe les conditions de travail : avant tout, le lieu, la durée, et la rémunération du travail. Mais croire que par le contrat les parties sont maîtres pour gouverner la relation de travail est un mythe auquel personne n'ose croire. La force obligatoire du contrat de travail est très largement encadrée par une réglementation de plus en plus technique. Or, l'article 1134 du Code civil présente la force obligatoire comme une force attachée par la loi aux conventions. Constaté que le contrat est très largement encadré par la réglementation, c'est alors se rendre compte que la force de la loi déborde la force obligatoire du contrat qu'elle est censée porter.

Le mythe de la force obligatoire se présente également sous un autre aspect. Le contrat n'est pas seulement la chose des parties, c'est également l'alpha et l'oméga de leur relation juridique. Le contrat prévoit tout pendant le temps de son exécution. Ce qui n'est pas prévu dans le contrat est inenvisageable sans lui. Ainsi s'explique l'absolutisme du régime de la révision pour imprévision. Le contrat ne saurait être révisé durant son exécution pour des événements imprévus lors de sa conclusion. En droit du travail, au contraire, on constate un débordement du contrat lors de son exécution, lors de sa suspension et lors de son exécution. Ce débordement est largement le fait de clauses contractuelles qui semblent vivre indépendamment ou de manière autonomes par rapport au contrat. Les clauses s'émancipent de la force obligatoire du contrat.

Ce propos introductif nourrit donc deux constats. D'une part, le mythe de la force obligatoire évoque une omnipotence des parties au contrat alors que la réalité démontre leur subordination à l'ordre juridique. D'autre part, le mythe de la force obligatoire postule une omniscience du contrat alors que la réalité atteste de son débordement par d'autres sources.

Comment dès lors penser la force obligatoire du contrat de travail dans la réalité du droit positif délestée du mythe ? S'il y a une force obligatoire, de toute évidence, elle ne repose ni entièrement sur les parties au contrat, ni entièrement sur le contrat. A titre d'hypothèse, je dirai que l'auteur et le destinataire de cette force n'est pas le contrat et ses parties mais la relation de travail qui les lie ensemble. L'idée que je souhaite brièvement développer est qu'au mythe de la force obligatoire du contrat de travail correspond la réalité de la force normative de la relation de travail. C'est cette dernière qui constitue l'objet, le fil conducteur et l'objectif de tous les intervenants contractuels et de toutes les conventions individuelles comme collectives. Pour une question de temps, je renvoie à l'ouvrage dirigé par Catherine Thibierge sur la définition de la force normative et sur sa différence avec la force obligatoire³¹¹.

Pour illustrer ce passage de la force obligatoire du contrat à la force normative de la relation de travail, je reprendrai, dans un premier temps, le mythe sous son aspect de l'omnipotence des parties au contrat et, dans un second temps, le mythe sous son aspect de l'omniscience du contrat.

I. L'OMNIPOTENCE DES PARTIES

Compte tenu de ce long mais nécessaire propos introductif, je me cantonnerai à illustrer le mythe de l'omnipotence des parties du contrat et la réalité de la reliance des parties à la relation de travail. Pour cela, il faut exclure de la démonstration le simple fait que le contrat fasse partie d'un ordre juridique (a). En revanche, il est nécessaire de constater que, sur le domaine du contrat où ce dernier est censé régner, les autres sources du droit du travail interfèrent voire supplantent le contrat (b).

a. D'abord, excluons le simple fait que le contrat fasse partie d'un ordre juridique.

Les parties ne sont pas omnipotentes dans la rédaction du contrat de travail. Il y a des conditions de validité. Contrairement au droit commun, le CDI par exemple doit être écrit en français et comporter certaines mentions légales. Comme en droit commun, le contrat de travail exige un consentement éclairé. Cette exigence est d'ailleurs assez poussée. La loi impose aux parties une obligation précontractuelle de renseignement et une obligation contractuelle d'information.

En outre, les parties ne sont pas omnipotentes dans l'administration de leur relation durant l'exécution du contrat. Le contrat de travail est très largement soumis à un strict respect des droits de la personne et des

³¹¹ C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009.

libertés fondamentales du salarié. Les contentieux portant sur la correspondance privée du salarié sur le lieu du travail depuis les arrêts Nikon³¹² et Cathnet-science³¹³ en sont une illustration patente. On pensera également au droit à la différence du salarié qui habilite toute une réglementation à l'encontre des pratiques discriminatoires.

Le contrat est ainsi replacé dans un ordre juridique et les parties ne sont pas omnipotentes. La force obligatoire du contrat n'en n'est pourtant pas affectée sauf à en développer une acception absolue. La loi, ici, n'interfère pas dans le domaine du contrat ; elle ne fait que l'encadrer.

b. ensuite, montrons que le contrat est subordonné à d'autres sources sur son propre domaine

Le contrat dans un cadre, celui de la loi, ne déconstruit en rien le mythe de la force obligatoire. Il en va autrement de l'immixtion des conventions collectives sur le domaine du contrat de travail.

Les thèmes de la négociation collective n'ont pas cessé de se multiplier du fait de la loi qui préfère laisser aux partenaires sociaux le soin de régler des pans entiers du droit du travail. Or, ces thèmes sont dans une large mesure ceux du contrat de travail. Les conditions du travail comme le lieu, les horaires, l'organisation matérielle, mais aussi les éléments essentiels du travail comme le salaire, les primes, la durée du travail. Les conventions collectives ne régissent donc pas seulement les rapports entre salariés au pluriel affiliés au sein de syndicats et l'employeur mais bien le salarié au singulier dans la relation contractuelle avec l'employeur.

Autrement dit, les parties au contrat individuel de travail ne sont pas omnipotentes ; elles dépendent des parties aux conventions collectives de travail. Or, ces dernières ne sont pas identiques aux premières. En outre, elles sont multiples. Les parties à la convention d'entreprise, un employeur avec ses salariés ayant un mandat de représentation du personnel, ne sont pas les mêmes que les parties de la convention de branche, des syndicats employeurs avec des syndicats de salariés, que les parties à la convention nationale, l'ANI, des confédérations nationales de syndicats employeurs et salariés, tous experts juridiques.

Du point de vue de la force obligatoire du contrat individuel de travail, l'influence de la convention d'entreprise est déstabilisante. L'employeur peut parvenir, certes grâce à la négociation, à corriger avec une convention d'entreprise ce qu'il a consenti dans un contrat individuel. Les derniers accords de maintien de l'emploi prévus dans la dernière loi du 14 juin permettent-ils ainsi de demander aux salariés de travailler plus sans autre contrepartie que de ne pas être licencié ... On voit ainsi l'association de la loi et de la convention collective à l'œuvre contre la force obligatoire du contrat individuel de travail.

Dès lors, il est impossible de justifier cet ordonnancement en ayant recours à la force obligatoire des conventions. Il faut se situer à un niveau plus englobant, celui de la relation de travail. C'est elle qui est au cœur de toutes ces normes et de toutes ces parties. La force en droit de cette relation varie en fonction de l'ordonnancement de ces normes. Le qualificatif obligatoire de la force interdit la compréhension de cette variation. Au contraire, la force normative permet cette variation. La force normative englobe la force obligatoire et contient d'autres degrés de force : force impérative, force recommandatoire, force déclaratoire, force exécutoire, force inspiratoire, etc. Puisqu'elle est susceptible de degrés, la force normative s'apprécie. Est-elle potentielle ? Actuelle ? Provient-elle avant tout d'une source du droit, ou de la réception de ses destinataires ou de la garantie attachée par le juge ?

Alors, si l'on fait le diagnostic de la force normative de la relation de travail, on comprend qu'elle résulte d'un ensemble de sources qui mêlent différents auteurs et différentes normes.

Cette référence à la force normative de la relation de travail permet également de comprendre le dépassement du second aspect du mythe de la force obligatoire : celui de l'omniscience du contrat.

II. L'OMNISCIENCE DU CONTRAT

Le contrat dans le mythe de la force obligatoire est omniscient. Il contient toute la relation contractuelle. Il l'enferme. Elle ne saurait vivre en dehors de ses prévisions.

³¹² Soc., 2, oct. 2001, Dr. Soc. 920.

³¹³ Soc., 17 mai 2005, JCP S 2005, 1031

La réalité est bien éloignée, surtout en droit du travail.

Le contrat contient des clauses qui pour certaines d'entre elles sont autonomes et pour d'autres indépendantes. Elles continuent de s'exécuter alors que le contrat est suspendu, éteint ou annulé. Donnons des exemples avant de se représenter le phénomène en termes de force normative.

a. exemple de clauses contractuelles autonomes et indépendantes

Une clause autonome est un élément individualisé d'une convention produisant ses propres effets. L'autonomie de la clause, c'est ainsi la capacité de la clause à créer des effets de droit indépendamment de la convention à laquelle elle appartient. Je reprends ici les définitions de M. Chenu dans sa thèse de doctorat³¹⁴. En droit commun, il s'agit de la clause compromissoire et de la clause attributive de compétence. La clause compromissoire est celle qui permet de porter le conflit entre les parties devant un arbitrage extrajudiciaire. La clause attributive de compétence est celle qui permet aux parties de choisir une autre juridiction que le Conseil de Prud'hommes. Ces clauses sont légalement interdites pour le contrat de travail interne. En revanche, elles sont permises par la jurisprudence pour les contrats de travail internationaux. L'autonomie de ces clauses signifie qu'elles ne sont pas affectées par l'inefficacité du contrat. Elles lui survivent.

D'autres clauses ne sont pas autonomes mais indépendantes. Elles survivent non pas à sa nullité mais à son extinction. Les clauses indépendantes sont nombreuses : clause de non-concurrence post-contractuelle, clause de confidentialité, clause de préavis, clause de restitution, clause de reprise, etc.

b. compréhension en termes de force normative de la relation de travail

Pour les clauses indépendantes, on peut encore concevoir que la force obligatoire perdure après l'extinction du terme du contrat. La force obligatoire a pour objet la convention et non le contrat au sens technique.

En revanche, la clause autonome ne permet pas ce raisonnement. En cas d'annulation du contrat, sa force obligatoire disparaît également. Or, on constate que la clause produit toujours des effets. Il y a comme une force obligatoire de la clause autonome. Or, ceci n'a aucun sens dans le cadre de pensée mythique de la force obligatoire. Le contrat omniscient ne peut prévoir au-delà de lui-même par des clauses qui confèrent à d'autres, l'arbitre ou le juge, le sort de la relation contractuelle.

Là encore, la représentation de la force de la clause se comprend mieux insérée dans le cadre de la force normative de la relation de travail. La relation perdure, maintenant par le conflit. Elle n'a plus son siège juridique dans le contrat mais dans la clause autonome. Cette clause a une force de direction. Elle indique la voie du recours pour sortir du conflit : l'arbitre ou le juge. Et cette force ne provient pas d'une source, le contrat, mais de la garantie du droit reconnu par le juge.

Voici seulement quelques pistes en quelques minutes qui mériteraient une véritable étude de la force normative de la relation de travail pour qu'enfin l'expression "droit des relations individuelles et collectives de travail" ait un sens juridique et ne fasse pas que composer pédagogiquement la césure de l'enseignement du droit du travail en 3e année de licence.

En vous remerciant de votre écoute.

³¹⁴ D. Chenu, *Les clauses contractuelles autonomes*, Thèse Tours, 2010.

Brèves

Lumière sur : *La densification normative, Découverte d'un processus, C. Thibierge et alii, Mare et Martin, 2013.*

Article rédigé par S. Lacroix-De-Sousa et S. Le Normand-Caillère
Maîtres de conférences en droit privé, Université d'Orléans.

L'ouvrage est dense. Mille-deux-cent-quatre pages. Un sommaire, un avant-propos, des regards pluriels, une introduction, soixante-et-une contributions relevant de la sociologie, du droit ou encore de la gestion, une synthèse, un propos conclusif, une conclusion, une postface, un sondage, des résumés en anglais, un index. À l'origine, une intuition. Celle du professeur Catherine Thibierge qui, après une première expérience concluante sur la *Force normative*³¹⁵, pressentait qu'une autre question dépassant les frontières traditionnelles de la discipline juridique méritait d'être approfondie. Humblement et croyant sincèrement en la force collective de la recherche, l'auteur n'affronta pas seule le vaste thème auguré mais s'entoura fidèlement d'une large équipe d'enseignants-chercheurs, composée de soixante-neuf personnes de l'Université d'Orléans et d'ailleurs pour sillonner le terrain encore inexploré de la densification normative.

Méthode adoptée. – Dans le but d'initier et d'unifier la base de réflexion de l'équipe, une dizaine de questions relatives à la densification normative fut soumise aux chercheurs. Celles-ci étaient formulées de la manière la plus neutre possible afin de préserver la liberté de penser de chacun. Nulle place donc pour une définition imposée en amont, l'objectif était au contraire de laisser les chercheurs découvrir en toute autonomie un objet d'étude encore mal identifié. Un constat s'imposa rapidement : la densification normative se présente comme un processus en prise avec la réalité juridique. Chacun des contributeurs œuvra alors individuellement sur un thème librement choisi portant sur la densification normative d'un objet particulier (un principe, un instrument, un contrat...), la densification normative d'un domaine particulier, d'une discipline juridique voire sur le processus en général. Il en découla soixante-et-une recherches qui ne pouvaient être simplement regroupées, juxtaposées dans un ouvrage unique. La force de la recherche résidait manifestement dans la confrontation des résultats. Il fallait encore analyser, faire des liens, construire.

Ce travail de synthèse constitue le cœur de la recherche du professeur Thibierge. Méthodiquement, l'auteur sonda chacune des investigations afin de saisir les différentes manifestations de la densification

³¹⁵ C. THIBIERGE et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

normative. À la manière d'un artiste, elle souligne, schématise, dessine afin de mieux rendre compte du mouvement de l'objet d'étude si complexe. De chacun des textes, sont extraits les éléments servant le thème commun, ils sont ensuite regroupés dans plusieurs rubriques au sein d'une présynthèse laquelle est ensuite retravaillée pour obtenir une véritable synthèse. Il s'agit-là d'un travail colossal que l'auteur affronte avec ténacité et élégance. La conclusion vient clore cette étape cruciale de synthèse. Le résultat est surprenant.

Apports de la recherche. – Le sentiment initial est vérifié. Inexplorée, inusitée, la notion de « densification normative » est désormais identifiée dans ses multiples facettes. Polymorphe, elle dresse au fil des différentes contributions ses contours. Elle s'impose dans la synthèse. Plus large dans son objet et plus riche dans sa nature, la densification normative se distingue de la notion plus connue d'inflation législative. Au-delà du droit, elle apparaît comme un « phénomène sociétal ». La densification normative permet ainsi non seulement de saisir une dynamique d'évolution du droit mais aussi de mettre en évidence une tendance normative de nos sociétés contemporaines.

D'une part, la densification normative est un phénomène créateur de normativité tant dans sa fonction que dans sa direction. Dans sa fonction, la densification normative désigne *le processus par lequel la norme prend forme et force*. À la lumière du principe de précaution, celui-ci se caractérise par une double dynamique d'expansion et de concentration. Tantôt, il fonctionne comme une *boule à neige, qui s'étoffe et s'expande par accumulation*, tantôt il s'identifie à *la taille du diamant, qui s'affine et se précise au fil du processus*. Ce processus révèle alors toute la plasticité de la norme. Dans sa direction, la densification normative met en évidence un processus de croissance de la norme, pas toujours utilisé à bon escient. Du plus au trop et du trop au moins, la densification normative *a priori* bénéfique peut à l'inverse dégénérer rapidement en un phénomène indésirable.

D'autre part, le processus de densification normative ainsi mis en lumière permet de mieux comprendre, les mutations de la normativité dans la société. Afin de se révéler, la densification normative est assujettie au jeu de l'expérience scientifique, comme un véritable cobaye, permettant d'identifier ses principaux marqueurs. Sept ont pu être révélés par les chercheurs : extension du champ et des domaines concernés ; augmentation du volume normatif ; enrichissement du contenu normatif ; intensification de la force normative ; matérialisation des formes normatives ; multiplication et diversification des sources ; accroissement du nombre de destinataires et d'acteurs. Ce phénomène de densification normative ainsi caractérisé ne se limite pas aux seules normes juridiques. Il envahit progressivement l'ensemble de nos sociétés occidentales modernes. La densification se dévoile alors comme un « phénomène sociétal global ». À son paroxysme, elle peut apparaître parfois, comme une source de déshumanisation de la vie sociale comme peuvent l'illustrer certaines normes utilisées en matière de gestion et de management. Puisant son origine dans le droit, la densification normative affecte progressivement ce dernier. Non seulement, ce phénomène concerne le droit mais surtout il le dépasse et l'influence bien plus qu'il n'y paraît de prime abord. Facteur de mutation de la normativité du droit, la densification normative aboutit à

reconnaître l'existence d'un droit souple. Elle affecte surtout la place et le rôle du droit comme normativité et amène le juriste à imaginer un monde gouverné sans le droit, supplanté par les autres normativités. Hypertrophié et relativisé dans sa fonction principale d'orientation et de mesure des conduites et des pratiques, le droit laisse place à une société hypernormée, gouvernée par d'autres normes ou standards.

De cet ouvrage, ressort plus qu'un sentiment, une prise de conscience. À son paroxysme, la densification normative apparaît dangereuse en cas de déshumanisation par les normes. Chacun de nous doit alors trouver la force de s'en affranchir parfois : « *Là comme ailleurs, plus qu'un saut de civilisation, c'est un saut de conscience tant individuel que collectif qui est requis* ».

Premier trimestre 2014

A. Cheynet de Beaupré, *Congés pour maladie d'un enfant : Le don de RTT (Loi n°2014-459 du 9 mai 2014)*, *RJPF Lamy*, juin 2014 p. 44.

C. Guérin-Bargues, *La déontologie des ministres au prisme de la charte du 18 mai 2012*, colloque de l'Association Française de Droit Constitutionnel, Lyon, 26-27-28 juin 2014.
(http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLD/D-bargues_T2.pdf).

B. Haftel, *Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque)*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit ?*, *Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 409.

P. Hoang, *Les actions de droit commun du coemprunteur in bonis emportées dans la spirale de l'irresponsabilité du prêteur ?*, *Rev. proc. coll.* n° 2, mars-avril 2014, Étude 7.

S. Lacroix de Sousa, « *Le Rachat de l'Entreprise par les Salariés (R.E.S.) : une stratégie payante ?* », in Actes du colloque « *L'actionnariat-salarié, une stratégie en quête de légitimité ?* », Université de Strasbourg, 19 novembre 2013, *Dr. social* 2014, p. 517.

O. Levannier-Gouël, *Projet d'externalisation et RPS : un régime juridique encore à imaginer*, *Sem. soc. Lamy* n°1624, du 31 mars 2014, p. 6.

C. Leveleux-Teixeira, conclusions du colloque « *Regards croisés sur le Pèlerinage de l'âme de Guillaume de Digulleville (1355-1358)* », s.d. E. Dehoux, M. Bassano et C. Vincent, Turnhout, Brepols, 2014.

A. Mbotaingar, *Bail commercial. Ordre public du statut*, *JurisClasseur Bail à loyer*, Fasc. 1265, 10 févr. 2014.

F. Priet et Ph. Tanchoux, *Val de Loire, patrimoine mondial de l'UNESCO. Identité, protection, valorisation*, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

M. Robineau, *L'assureur, la loi fiscale et la perte de chance*, note sous Cass. 2^{ème} civ., 3 oct. 2013, n° 12-24.957, *JCP G* 2014, 128.

O. Sabard (dir.), *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014.

C. Thibierge, *La Densification normative, Découverte d'un processus*, *Recueil Dalloz*, 10 avril 2014, n°14, p. 834.

C. Vincent, *L'adoption d'un plan de cession sans poursuite d'activité*, *Bulletin Joly entreprises en difficulté (BJE)*, juillet-août 2014, doctrine.

A. Zarca, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014.