

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

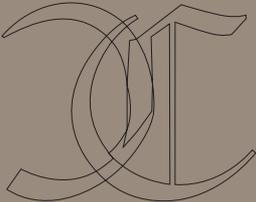
N° 818



*Publication
bimensuelle*

*15 mars
2015*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

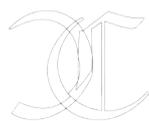
Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation

The screenshot shows the homepage of the Cour de Cassation website. At the top, there is a navigation bar with the Cour de Cassation logo and menu items: COUR DE CASSATION, JURISPRUDENCE, PUBLICATIONS, ÉVÉNEMENTS, HAUTES JURIDICTIONS, and INFORMATIONS & SERVICES. Below the navigation bar, the main content area is divided into several sections:

- La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français**: A section with a decorative image of the Cour de Cassation and a text box explaining its mission and the motto "Il y a pour toute la République une Cour de cassation".
- Derniers arrêts mis en ligne**: A list of recent judgments, including a communiqué on AZF, an arrêt on destructions, dégradations et détériorations, and an arrêt on travail, appel correctionnel ou de police.
- Actualités**: A section with a photo of the Cour de Cassation and a list of news items, including the AZF case, 2014 activities, and a communiqué on the 2014-15 assembly meeting.
- Questions prioritaires de constitutionnalité**: A section with a list of priority constitutional questions, including arrêt n° 7873 and arrêt n° 2.
- Informations et suivi d'un pourvoi**: A section with a list of services, including the greffe, the Bureau d'aide juridictionnelle, and the Charte de la procédure des justiciables.
- Colloques à venir**: A section with a list of upcoming colloquia, including "26 janvier 2015" and "5 février 2015".
- Liens professionnels**: A section with a list of professional links, including experts judiciaires, marchés publics, and contact presse.
- Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**: A section with a list of links, including the Fonds ancien de la bibliothèque and sites partenaires.

At the bottom of the page, there is a footer with contact information, a FAQ link, and a search bar.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Jurisprudence

Le 3 décembre dernier (*infra*, n° 333), la première chambre civile a jugé que « *L'attribution éliminatoire peut être demandée, sous les conditions prévues par la loi, lors du partage d'une indivision conventionnelle.* »

Jérôme Casey, approuvant cette solution (*Actualité juridique Famille*, janvier 2015, p. 56-57), note qu'« *on voit mal en quoi la nature conventionnelle de l'indivision serait exclusive de toute application secondaire du régime légal* », ajoutant qu'« *il faut garder à l'esprit que les dispositions régissant l'indivision conventionnelle utilisent elles-mêmes la technique du renvoi au régime légal* » et que « *la question de l'attribution éliminatoire de l'article 824 du code civil ne présente aucune incompatibilité flagrante avec les dispositions gouvernant l'indivision conventionnelle* », précisant cependant que la question de savoir si les dispositions de l'article 824 sont ou non d'ordre public n'a pas été tranchée, même si rien n'interdit « *à des indivisaires, faisant œuvre de volonté commune puisque rédigeant une convention d'indivision, d'écarter l'attribution éliminatoire* ».

Le 10 décembre dernier (*infra*, n° 336), la chambre criminelle a approuvé que « *le président de la chambre de l'application des peines qui énonce que le point de départ de la période de sûreté doit être fixé à partir du titre d'écrou initial, peu important que pendant la période de détention provisoire, le détenu ait exécuté d'autres peines* », dans la mesure où « *la période de sûreté, n'étant qu'une modalité d'exécution de la peine privative de liberté qu'elle assortit, court en effet à compter de la mise à exécution de celle-ci* ». Pour Benoît Laurent (*Recueil Dalloz*, 15 janvier 2015, p. 118 et s.), cette décision, qu'il rapproche d'un arrêt de la même chambre du 25 juin dernier (*Bull. crim.* 2014, n° 169), manifeste, « *sans équivoque, l'intention de la chambre criminelle de fixer sa jurisprudence sur des bases ainsi définies* », tout en laissant « *ouvertes les questions posées par l'exécution de plusieurs condamnations à des peines dont chacune est assortie d'une période de sûreté et a été précédée d'une détention provisoire* ».

Doctrine



Le 12 décembre, la Cour, réunie en chambre mixte, a jugé que « *La situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance* », précisant ainsi, selon Alexis Albarian et Catherine Poli (*Répertoire du notariat Defrénois*, 15 janvier 2015, p. 28 et s.), « *que le caractère préalable s'entend de la mise en œuvre du processus amiable de conciliation avant toute saisine du juge* » et ajoutant que « *pareille solution doit retenir toute l'attention du rédacteur d'acte et des conseils des parties en ce que la régularisation de la fin de non-recevoir constituée par le défaut de mise en œuvre de la clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge sera considérée comme impossible dès lors que ce dernier sera déjà saisi* ».

Enfin, par avis du 15 décembre, la Cour a estimé que « *le médecin du travail licencié sans autorisation administrative et qui ne demande pas sa réintégration a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et la fin de la période de protection, dans la limite de trente mois, durée de la protection minimale accordée aux représentants du personnel* », reprenant sur ce point les observations de l'avocat général, qui estimait « *que la durée de protection permettant de calculer l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative est identique à la durée minimum du mandat des délégués du personnel résultant de l'article L. 2314-27 du code du travail, soit deux ans, cette durée étant prolongée de six mois par analogie avec la règle posée par l'article L. 2411-5 du même code* ».

Table des matières

Jurisprudence

Tribunal des conflits	<i>Numéros</i>
Séparation des pouvoirs	297 à 300

Cour de cassation (*)

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

<i>Séance du 15 décembre 2014</i>	<i>Page</i>
Travail réglementation, santé et sécurité	8

II. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

<i>Arrêt du 12 décembre 2014 rendu par la chambre mixte</i>	<i>Page</i>
---	-------------

Procédure civile	25
------------------	----

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

Question prioritaire de constitutionnalité	<i>Numéro</i> 301
--	----------------------

IV. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Agent commercial	302
Agent immobilier	303
Agriculture	304
Aide juridictionnelle	305
Arbitrage	306
Architecte entrepreneur	307
Assurance de personnes	308
Atteinte à l'autorité de l'État	309
Bail commercial	310
Compensation	311
Conflit de juridictions	312

Contrat de travail, durée déterminée	313
--------------------------------------	-----

Contrat de travail, exécution	314
-------------------------------	-----

Contrat de travail, rupture	315 à 318
-----------------------------	-----------

Contrats et obligations conventionnelles	319
--	-----

Convention européenne des droits de l'homme	320
---	-----

Douanes	321
---------	-----

Élections professionnelles	322
----------------------------	-----

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	323 à 327
---	-----------

Escroquerie	328
-------------	-----

État civil	329
------------	-----

Filiation	330
-----------	-----

Impôts et taxes	331
-----------------	-----

Indemnisation des victimes d'infraction	332
---	-----

Indivision	333
------------	-----

Mesures d'instruction	334
-----------------------	-----

Outre-mer	335
-----------	-----

Peines	320-336-337
--------	-------------

Procédure civile	338-339
------------------	---------

Professions médicales ou paramédicales	340
--	-----

Propriété	341
-----------	-----

Propriété industrielle	342
------------------------	-----

Représentation des salariés	343-344
-----------------------------	---------

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	352
---	-----

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Saisie immobilière	345-346	Travail réglementation, durée du travail	348
Séparation des pouvoirs	347	Transports	349-350
Statut collectif du travail	348	Union européenne	351-352

Jurisprudence

Tribunal des conflits

N° 297

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Actes se rattachant à une procédure judiciaire. - Appréciation. - Applications diverses. - Avis donné par la commission bancaire au ministère public de faits susceptibles de qualification pénale.

Sauf dispositions législatives contraires, la responsabilité qui peut incomber à l'État ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public et relève en conséquence de la juridiction administrative.

En revanche, celle-ci ne saurait connaître de demandes tendant à la réparation d'éventuelles conséquences dommageables de l'acte par lequel une autorité administrative, un officier public ou un fonctionnaire avise, en application des dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale, le procureur de la République, dès lors que l'appréciation de cet avis n'est pas dissociable de celle que peut porter l'autorité judiciaire sur l'acte de poursuite ultérieur.

Ainsi, lorsqu'un requérant ne demande pas l'indemnisation de préjudices qu'il aurait subis du fait du fonctionnement défectueux de la commission bancaire, mais des seules conséquences dommageables qu'il impute à la lettre par laquelle cette commission a avisé le procureur de la République et lui a transmis le rapport d'enquête, il appartient à la juridiction judiciaire de connaître d'une telle demande.

8 décembre 2014.

N° 14-03.974. - Conseil d'État, 16 juillet 2014.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - Mme Duval-Arnould, Rap. - M. Dacosta, Com. du gouv. - SCP Pivnicka et Molinié, Av.

N° 298

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Police de la conservation du domaine public routier. - Applications diverses. - Expulsion d'occupants sans titre d'un local situé au sein du mur de soutènement d'une place communale.

La place d'une commune, propriété de cette commune, étant ouverte à la circulation publique et pour partie aménagée en parc de stationnement, fait partie du domaine public routier communal. Le mur de soutènement de cette place en constitue un accessoire indissociable et, par suite, fait également partie du domaine public

routier de la commune. Un local aménagé au sein de ce mur de soutènement relève donc de ce domaine.

Aux termes de l'article L. 116-1 du code de la voirie routière, « la répression des infractions à la police de la conservation du domaine public routier est poursuivie devant la juridiction judiciaire sous réserve des questions préjudicielles relevant de la compétence de la juridiction administrative ». Il résulte de ce qui précède que l'expulsion des occupants sans titre du local en cause ressortit de la compétence des juridictions judiciaires et qu'il appartient à la juridiction judiciaire de connaître de la demande de la commune tendant à cette expulsion.

8 décembre 2014.

N° 14-03.971. - TA Nice, 1^{er} juillet 2014.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - M. Schwartz, Rap. - M. Desportes, Com. du gouv.

N° 299

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à un contrat administratif. - Contrat administratif. - Définition. - Contrat ayant pour objet de faire participer le cocontractant privé à l'exécution du service public. - Applications diverses.

La convention nationale des transporteurs sanitaires privés du 26 décembre 2002, dont l'objet est d'organiser les rapports entre ces transporteurs et les organismes de sécurité sociale et, notamment, de déterminer les modalités financières de leur activité, et par laquelle une personne morale de droit public associe ses cocontractants à l'exécution du service public administratif de l'assurance maladie, est un contrat de droit public.

La juridiction administrative est donc compétente pour connaître du recours en interprétation de cette convention formé par un de ses signataires.

8 décembre 2014.

N° 14-03.980. - Conseil d'État, 2 juillet 2014.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - M. Maunand, Rap. - Mme Escaut, Com. du gouv.

N° 300

Séparation des pouvoirs

Expropriation pour cause d'utilité publique. - Rétrocession. - Conditions. - Immeuble n'ayant pas

reçu la destination prévue. - Condamnation au paiement de l'indemnité compensant la perte de plus-value. - Compétence judiciaire.

Les tribunaux judiciaires, qui sont compétents pour apprécier si les biens expropriés ont effectivement reçu une affectation conforme à celle définie dans l'acte déclaratif d'utilité publique, le sont également pour condamner, le cas échéant, la collectivité au profit de laquelle a été prononcée la déclaration d'utilité publique

au paiement d'une indemnité compensant la perte de plus-value subie par le propriétaire initial.

8 décembre 2014.

N° 14-03.972. - Conseil d'État, 16 juillet 2014.

M. Arrighi de Casanova, Pt. - M. Maunand, Rap. - M. Dacosta, Com. du gouv. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Cour de cassation

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 15 DÉCEMBRE 2014.

Titre et sommaire	Page 8
Avis	Page 8
Note	Page 9
Rapport	Page 11
Observations	Page 19

Travail réglementation, santé et sécurité

Services de santé au travail. - Personnels concourant aux services de santé au travail. - Médecin du travail. - Protection. - Licenciement sans autorisation administrative. - Absence de réintégration. - Effets. - Indemnisation. - Évaluation. - Détermination.

Le médecin du travail licencié sans autorisation administrative et qui ne demande pas sa réintégration a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et la fin de la période de protection, dans la limite de trente mois, durée de la protection minimale accordée aux représentants du personnel.

AVIS

LA COUR DE CASSATION,

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

Vu la demande d'avis formulée le 18 septembre 2014 par le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt, reçue le 26 septembre 2014, dans une instance opposant M. Jean-Marie X... à la SAS Vallourec Tubes France et ainsi libellée :

« *Quelle doit être la durée de protection permettant de calculer le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative ?* »

Vu les observations écrites déposées par la SCP Célice, Blancpain et Soltner pour la SAS Vallourec Tubes France ;

Sur le rapport de Mme Sabotier, conseiller référendaire, et les conclusions de Mme Courcol-Bouchard, avocat général, entendu en ses conclusions orales ;

EST D'AVIS QUE :

Le médecin du travail licencié sans autorisation administrative et qui ne demande pas sa réintégration a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et la fin de la période de protection, dans la limite de trente mois, durée de la protection minimale légale accordée aux représentants du personnel.

N° 14-70.009. - CPH Boulogne-Billancourt, 26 septembre 2014.

M. Louvel, P. Pt. - Mme Sabotier, Rap., assistée de M. Pons, auditeur. - Mme Courcol-Bouchard, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 1-2, 8 janvier 2015, Actualités, n° 19, p. 26 (« Durée de la protection permettant de calculer le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 2, 15 janvier 2015, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 82 (« Salarié protégé [médecin du travail] : calcul de l'indemnité en cas de licenciement »).

Note sous Avis, 15 décembre 2014

Par cette demande d'avis, la Cour de cassation était invitée à se prononcer sur « la durée de protection permettant de calculer le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative ».

C'est la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui a aligné la protection dont bénéficient les médecins du travail sur celle des représentants syndicaux et du personnel. Leur licenciement est ainsi subordonné, dans tous les cas, à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

À propos du statut protecteur des médecins du travail, la chambre sociale a jugé, en 2011, que les dispositions de l'article L. 4623-5 du code du travail instituent au profit du médecin du travail, en raison des fonctions qu'il exerce dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail sans obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail (Soc., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-13.805, *Bull.* 2011, V, n° 189).

En 2014, la chambre sociale a jugé que « le médecin du travail [...] peut prétendre, lorsqu'il ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu, à une indemnité au titre de la méconnaissance du statut protecteur » (Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-28.127).

Il était en quelque sorte demandé à la Cour, à travers cette saisine pour avis, de parachever la construction jurisprudentielle en cours d'élaboration relative au licenciement du médecin du travail sans autorisation. Dès lors que le législateur n'a pas envisagé l'hypothèse où le licenciement d'un salarié protégé intervient sans autorisation administrative mais seulement celle où l'autorisation délivrée par l'administration du travail est ultérieurement annulée, il convenait inévitablement de se référer à ce que juge la chambre sociale pour les autres salariés protégés.

Fidèle au raisonnement suivi par la chambre sociale depuis l'arrêt du 27 mai 1970, qui concernait un délégué du personnel, élu à l'époque pour un mandat de deux ans (Soc., 27 mai 1970, pourvoi n° 69-40.070, *Bull.* 1970, V, n° 362), la Cour de cassation commence par rappeler que « le médecin du travail licencié sans autorisation administrative et qui ne demande pas sa réintégration a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et la fin de la période de protection ».

La protection du médecin du travail est liée à son contrat de travail. Aussi, la fin de la période de protection peut tout à la fois être le terme de son contrat de travail à durée déterminée, ou, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, la date à laquelle ce médecin peut faire valoir ses droits à la retraite.

En fonction de la date à laquelle intervient le licenciement dans la carrière du médecin du travail, celui-ci pourrait donc prétendre à une indemnité équivalente à de nombreuses années de salaires. Aussi convenait-il - au demeurant de la même manière que pour tous les autres salariés protégés - d'envisager une limite à cette durée d'indemnisation.

La Cour a fait le choix de la fixer à trente mois, durée de la protection minimale légale accordée aux représentants du personnel.

La chambre sociale a appliqué cette limitation, qui pouvait dès lors apparaître comme une sorte de référence « de droit commun », aux conseillers prud'hommes, pourtant élus pour une durée de cinq années (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-44.373, *Bull.* 2000, V, n° 134 ; Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-46.319, *Bull.* 2001, V, n° 147 ; Soc., 30 novembre 2004, pourvoi n° 01-44.739, *Bull.* 2004, V, n° 309), aux administrateurs d'un organisme du régime général de sécurité sociale (Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 01-41.780, *Bull.* 2004, V, n° 179) ainsi qu'aux administrateurs de mutuelle (Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-41.507, *Bull.* 2010, V, n° 123).

Il convient à cet égard de relever que la portée de cette dernière décision dépasse le cas des seuls administrateurs de mutuelle. En effet, la chambre sociale était saisie d'un moyen tiré de l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, qui a porté la durée du mandat des représentants du personnel à quatre ans, ce dont le moyen déduisait que l'indemnisation maximale devait désormais être équivalente à cinquante-quatre mois de salaire.

Or la chambre sociale a maintenu à trente mois de salaire le plafond de l'indemnisation due en cas de violation du statut protecteur, en se fondant sur la possibilité de réduire à deux ans par accord collectif la durée des mandats (voir sur ce point le commentaire de cet arrêt au *BICC* n° 730, 1^{er} novembre 2010, n° 1642). Elle en a conclu que la durée minimale légale de protection des représentants du personnel était toujours de trente mois.

Dans son avis, la Cour retient donc cette durée de trente mois aussi pour le médecin du travail. Elle écarte ainsi la référence à la jurisprudence relative aux délégués syndicaux, aux termes de laquelle le salarié, délégué syndical, licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail, qui ne demande pas sa réintégration dans l'entreprise, a droit, au

titre de la violation du statut protecteur, à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait perçus pendant la période légale de protection, soit douze mois à compter de son éviction de l'entreprise (Soc., 6 juin 2000, pourvoi n° 98-40.387, *Bull.* 2000, V, n° 218 ; Soc., 27 octobre 2004, pourvoi n° 01-45.902, *Bull.* 2004, V, n° 275).

Cette solution est en effet fondée sur la protection complémentaire dont bénéficie le délégué syndical. Or le médecin du travail ne bénéficie pas d'une telle protection complémentaire.

En outre, l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ayant conduit la chambre sociale à juger que « *le mandat de délégué syndical prenant fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, la désignation, à l'issue de ces nouvelles élections, d'un délégué syndical fait courir à compter de la date de cette désignation le délai prévu par l'article R. 2324-24 du code du travail même si le salarié désigné exerçait déjà cette mission avant le nouveau scrutin* » (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-60.435, *Bull.* 2010, V, n° 188), il pourrait en résulter que, le mandat du délégué syndical n'étant plus à durée indéterminée, il soit désormais, pour l'indemnisation de ce salarié protégé, fait référence à l'expiration de sa période de protection avec détermination d'une limite, ce qui aurait au surplus pour conséquence d'unifier les règles d'évaluation de l'indemnité due pour violation du statut protecteur lorsque le salarié protégé ne demande pas sa réintégration.

Rapport de Mme Sabotier

Conseiller rapporteur

La Cour de cassation est saisie de la question suivante, transmise, pour avis, par la formation de jugement du conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt :

« *Quelle doit être la durée de protection permettant de calculer le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative ?* »

1. - Rappel des faits et de la procédure

M. X... a été engagé en qualité de médecin du travail le 15 avril 1975 par la société Vallourec, devenue Vallourec, tubes France, pour ses sites d'Anzin, Valenciennes et Saint-Saulve.

Au terme d'un arrêt de travail pour maladie, ce salarié a fait l'objet d'une visite de préreprise¹ le 13 décembre 2012, le médecin ayant émis un avis d'inaptitude de l'intéressé à reprendre son poste de travail.

Le 24 janvier 2013, le médecin a déclaré M. X... inapte définitivement à son poste de médecin du travail, avec danger immédiat.

Après avoir obtenu l'avis favorable des membres du comité d'entreprise au projet de licenciement, la société Vallourec tubes France a sollicité l'avis de l'inspecteur du travail le 19 mars 2013.

Par une lettre du 26 mars 2013, la société Vallourec tubes France a notifié à M. X... son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Par une décision du 6 mai 2013, l'inspecteur du travail a rejeté la demande d'autorisation de licenciement (celui-ci étant déjà intervenu).

Dès le 11 avril 2013, M. X... avait saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir l'annulation de son licenciement et la condamnation de la société Vallourec tubes France à lui payer diverses sommes, dont une indemnité pour violation du statut protecteur équivalente à cinquante-quatre mois de salaires.

2. - Recevabilité de la demande d'avis

2.1. - Sur la recevabilité en la forme (articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile)

Il résulte en l'occurrence des notes du greffier lors de l'audience du 17 juillet 2014 que le conseil de prud'hommes a été invité, par le conseil du salarié, à saisir la Cour de cassation pour avis de la question de l'évaluation de l'indemnité due par l'employeur au titre de la violation du statut protecteur lorsque, comme en l'espèce, le licenciement d'un médecin du travail, salarié protégé, est intervenu sans l'autorisation préalable de l'administration du travail.

Les mêmes notes d'audience indiquent que le conseil de l'employeur s'est associé à la demande d'avis, ce qu'il a confirmé par écrit le 15 septembre 2014.

L'affaire a été communiquée au ministère public le 1^{er} août 2014 et celui-ci a fait connaître, le 10 septembre 2014, qu'il s'en rapportait.

Par un jugement du 18 septembre 2014, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt a sollicité l'avis de la Cour dans les termes précités.

Cette décision a été notifiée aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception le 18 septembre 2014 et, ce même jour, le premier président de la cour d'appel de Versailles, le procureur général et le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre ont été avisés de la demande d'avis.

La demande d'avis apparaît recevable en la forme.

2.2. - Sur la recevabilité au fond

Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit, nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

2.2.1. Une question de droit

Il ne peut y avoir lieu à avis que si la question posée est de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce². Aussi une question mélangée de fait ou supposant « *l'examen de situations concrètes nécessairement soumises à un débat contradictoire devant les juges du fond* » n'entre-t-elle pas dans les prévisions de la loi³.

En l'occurrence, la question posée se présente bien comme une question de droit, puisqu'il s'agit de déterminer les modalités de calcul de l'indemnité forfaitaire due en cas de violation du statut protecteur.

¹ Article R. 4624-20 : « *En vue de favoriser le maintien dans l'emploi des salariés en arrêt de travail d'une durée de plus de trois mois, une visite de préreprise est organisée par le médecin du travail à l'initiative du médecin traitant, du médecin conseil des organismes de sécurité sociale ou du salarié* ».

² Avis du 1^{er} décembre 2003, n° 0000.000, *Bull.* 2003, Avis, n° 2 ; Avis du 5 décembre 2011, n° 11-00.006, *Bull.* 2011, Avis, n° 8 ; Avis du 12 décembre 2011, n° 11-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n° 9 ; et, très récemment, avis du 26 mai 2014, n° 14-70.004, *Bull.* 2014, Avis, n° 3

³ Avis du 11 mars 1994, n° 09-40.003, *Bull.* 1994, Avis, n° 9.

Un débat de pur fait pourrait éventuellement porter sur la caractérisation de l'attitude du salarié, dont l'employeur soutenait qu'il avait lui-même appelé de ses vœux avec insistance son licenciement, invoquant à cet égard sa « mauvaise foi », sans toutefois en tirer de conséquence ni offrir de démontrer un lien entre cette attitude et ce que le conseil de prud'hommes qualifie de « *vue de la part du jeune directeur des ressources humaines* », ayant consisté à prononcer le licenciement de ce salarié protégé sans attendre l'autorisation écrite de l'inspecteur du travail.

2.2.2. Une question nouvelle

Une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation.

Au cas particulier, bien que la disposition légale prévoyant la protection du médecin du travail en cas de licenciement ne soit pas nouvelle⁴, la Cour de cassation n'a jamais statué et, à ce jour, n'est saisie d'aucun pourvoi portant sur la détermination de l'indemnité due à ce salarié en cas de violation du statut protecteur.

2.2.3. Une question se posant dans de nombreux litiges

La Cour de cassation « *se refuse à contrôler effectivement l'existence de nombreux litiges. C'est le caractère d'intérêt général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence, qui conditionne sa recevabilité. Peu importe que l'on sache si un salarié d'Air France qui ne peut plus exercer son mandat de conseiller prud'hommes à la suite de sa mutation à l'étranger bénéficie encore de la protection absolue prévue par le code du travail*⁵ : son cas n'est guère appelé à se poser à nouveau et ne présente d'intérêt que pour les parties en cause. Il est des arrêts d'espèce, il ne saurait y avoir des avis d'espèce »⁶.

En l'espèce, il n'apparaît pas inutile de rappeler que l'on dénombre 5 666 médecins du travail en France au 1^{er} janvier 2013⁷.

S'agissant plus précisément de l'évaluation du contentieux relatif à la rupture des contrats de travail de médecins du travail, l'exploitation de la base Jurinet donne sept résultats entre 2004 et 2014, soit sept arrêts portant sur des ruptures de contrats de travail (licenciements, prises d'acte et demandes de résiliation) de médecins du travail⁸. L'exploitation de la base Jurica donne six arrêts de cour d'appel entre 2008 et 2014.

2.2.4. Une question posant une difficulté sérieuse

La question est sérieuse dès lors qu'elle commande la solution du litige⁹ et qu'elle donne ou pourrait donner lieu à plusieurs solutions divergentes d'égale pertinence de la part des juridictions du fond. Autrement dit, « *Il faut que la question posée puisse raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond* »¹⁰.

Mais une question n'est pas sérieuse lorsqu'elle dépend d'une opération de qualification qui relève de l'office du juge¹¹, lorsque la réponse va de soi¹² ou encore lorsque la réponse résulte de la lecture et de la combinaison des textes en cause, dont les conditions d'élaboration et d'application ne suscitent aucune interrogation¹³.

En l'espèce, les textes susceptibles d'être appliqués au licenciement d'un médecin du travail sont les suivants :

- article L. 4623-5 du code du travail :

« Le licenciement d'un médecin du travail ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend le service de santé au travail, après avis du médecin inspecteur du travail.

Toutefois, en cas de faute grave, l'employeur peut prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé dans l'attente de la décision définitive. En cas de refus de licenciement, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit » ;

- article L. 4623-6 :

« Lorsque le ministre compétent annule, sur recours hiérarchique, la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement d'un médecin du travail, celui-ci a le droit, s'il le demande dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, d'être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent conformément aux dispositions de l'article L. 2422-1.

Il en est de même lorsque le juge administratif a annulé une décision de l'inspecteur du travail ou du ministre compétent autorisant un tel licenciement » ;

⁴ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002.

⁵ Avis du 9 juillet 1993, n° 09-30.007, *Bull.* 1993, Avis, n° 10.

⁶ « Le point sur la saisine pour avis », exposé de Mme A.M. Morgan de RiveryGuillaud, *BICC* du 15 décembre 1993, Communications p.12.

⁷ Source : direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, document de travail, séries statistiques n° 179 d'avril 2013, « Les médecins au 1^{er} janvier 2013 » (tableau page 13).

⁸ Soc., 15 décembre 2004, pourvoi n° 02-46.025 ; Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 08-45.321 ; Soc., 29 octobre 2010, pourvoi n° 08-70.412 ; Soc., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-13.805, *Bull.* 2011, V, n° 189 ; Soc., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-11.582 ; Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-17.560 ; Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-28.127.

⁹ Avis du 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.* 2007, Avis, n° 3 ; Avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8.

¹⁰ J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action 2009-2010, n° 24.33.

¹¹ Avis du 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.* 2010, Avis, n° 2.

¹² Avis du 29 janvier 2007, n° 07-00.003, *Bull.* 2007, Avis, n° 2.

¹³ Avis du 26 septembre 2006, n° 06-00.010, *Bull. crim.* 2006, Avis, n° 2, et, très récemment, avis du 5 mai 2014, n° 14-70.003, *Bull.* 2014, Avis, n° 2.

- article L. 4623-7 :

« Lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le médecin du travail a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration s'il a demandé cette dernière dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

L'indemnité correspond à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration.

Ce paiement s'accompagne du versement des cotisations correspondant à cette indemnité qui constitue un complément de salaire ».

Il résulte de la combinaison de ces textes que le licenciement du médecin du travail est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Lorsque l'autorisation a été ultérieurement annulée, le salarié doit être réintégré dans l'entreprise s'il le demande. *A fortiori*, lorsque le licenciement est intervenu sans autorisation, le licenciement étant nul, le salarié doit de la même manière être réintégré s'il le demande.

Or, si les textes définissent le quantum de l'indemnité due au médecin du travail lorsque l'autorisation de licenciement est ultérieurement annulée, aucun ne détermine celle lui étant due lorsque le licenciement est intervenu sans autorisation préalable.

Il s'agit précisément du cas d'espèce. Dès lors, cette question commande bien l'issue du litige et, à ce titre, elle paraît sérieuse.

Elle semble, en outre, susceptible d'appeler des réponses divergentes dès lors que le salarié soutenait qu'il pouvait prétendre à une indemnité équivalente à cinquante-quatre mois de salaire (436 590 €), par référence à la durée des mandats des représentants du personnel qui bénéficient, comme le médecin du travail, du statut de salarié protégé. La société Vallourec tubes France soutenait quant à elle que M. X... ne pouvait prétendre qu'à une indemnité correspondant à douze mois de salaire par analogie avec le raisonnement suivi par la jurisprudence s'agissant des délégués syndicaux, qui, comme le médecin du travail, ne sont pas élus, mais nommés, et ce, pour une durée *a priori* indéterminée.

3. - Examen au fond de la question

Le rôle du médecin du travail « consiste à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant les conditions d'hygiène au travail, les risques de contagion et leur état de santé »¹⁴. À ce titre, il doit pouvoir exercer ses fonctions en toute indépendance (3.1) et bénéficie à cette fin du statut de salarié protégé (3.2). L'étude des conséquences de la violation du statut protecteur en général (3.3) permettra de dégager des éléments de réponse à la question soumise à la Cour.

3.1. L'affirmation du principe d'indépendance du médecin du travail

Selon l'article 10 de la Convention n° 161 de l'Organisation internationale du travail du 25 juin 1985 sur les services de santé au travail, « le personnel qui fournit des services en matière de santé au travail doit jouir d'une indépendance professionnelle complète à l'égard de l'employeur, des travailleurs et de leurs représentants, lorsqu'il en existe, en relation avec les fonctions stipulées à l'article 5 ».

Et l'article 7.2 de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail prévoit que « les travailleurs désignés [pour s'occuper des activités de protection et des activités de prévention des risques professionnels de l'entreprise et/ou de l'établissement] ne peuvent subir de préjudice en raison de leurs activités de protection et de leurs activités de prévention des risques professionnels ».

C'est la loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011 qui a affirmé le principe d'indépendance du médecin du travail, dans le code du travail, dans un nouvel article L. 4623-8¹⁵ ainsi rédigé :

« Dans les conditions d'indépendance professionnelle définies et garanties par la loi, le médecin du travail assure les missions qui lui sont dévolues par le présent code ».

*« L'objet de cette indépendance est de mettre le médecin du travail à l'abri de toute pression - que ce soit dans son activité clinique ou en milieu de travail - afin de préserver son action dans l'intérêt exclusif de la santé et de la sécurité des travailleurs »*¹⁶. Afin de garantir cette indépendance, le licenciement du médecin du travail est soumis à un régime d'autorisation préalable subordonnée à la vérification, par l'inspecteur du travail, que le licenciement est sans lien avec l'exercice normal des fonctions du médecin du travail¹⁷.

¹⁴ Article L. 4622-3 du code du travail.

¹⁵ À propos duquel le Conseil d'État, saisi d'une question portant sur la non-conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de cet article, a jugé « que l'article L. 46238 du code du travail, introduit dans ce code par la même loi du 20 juillet 2011, rappelle d'ailleurs que, quelle que soit la nature du service de santé au travail concerné, le médecin du travail assure ses missions « dans les conditions d'indépendance professionnelle définies et garanties par la loi » ; que les dispositions législatives litigieuses n'introduisent dès lors, sur ce point, aucune différence de traitement entre les salariés, selon qu'ils relèvent d'un service de santé au travail autonome ou d'un service de santé au travail interentreprises » (CE, 25 juin 2012, Syndicat national des professionnels de santé au travail, requête n° 358108).

¹⁶ *L'État de santé du salarié*, Éditions liaisons, 3^e édition, par M. Blatman, P.-Y. Verkindt et S. Bourgeot.

¹⁷ Conseil d'État, 5 février 1988, requête n° 54534, X..., décision publiée au *Recueil Lebon* ; Conseil d'État, 6 mai 1996, requête n° 16-2343, X...

3.2. Le médecin du travail est un salarié protégé

C'est la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui a aligné la protection dont bénéficient les médecins du travail sur celles des représentants du personnel : leur licenciement est ainsi subordonné dans tous les cas à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

La procédure de licenciement (ou de transfert de son contrat de travail) du médecin du travail est ainsi réglementée par les articles L. 4623-4 à L. 4623-7 et R. 4623-18 à R. 4623-24 du code du travail.

À propos de ces dispositions, la chambre sociale a jugé que « **les dispositions de l'article L. 4623-5 du code du travail instituent au profit du médecin du travail, en raison des fonctions qu'il exerce dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail sans obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.**

En conséquence, viole ce texte la cour d'appel qui retient qu'une interdiction temporaire d'activité prononcée à l'encontre d'un médecin du travail le prive du bénéfice de la protection légale »¹⁸.

Les dispositions relatives à la protection dont bénéficient les médecins du travail ne sont cependant pas insérées dans la deuxième partie du code du travail, mais dans la quatrième, consacrée à la santé et la sécurité au travail.

Elles sont toutefois rédigées en termes très voisins, en ce sens que les articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du code du travail énumèrent les mandats faisant bénéficier leurs titulaires de la protection en cas de licenciement. Les articles L. 2411-3 à L. 2421-10 sont relatifs à la procédure de licenciement et de transfert du contrat (autorisation préalable de l'inspecteur du travail, détermination du point de départ et de la fin de la période de protection). Et les articles L. 2422-1 et L. 2422-2 prévoient le cas de l'annulation de l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail.

De la même manière que les dispositions relatives au médecin du travail, aucune disposition ne traite du licenciement intervenu sans autorisation préalable et de la détermination de l'indemnité due en réparation de la violation du statut protecteur : « *le législateur, en revanche, est demeuré muet en ce qui concerne les conséquences (les sanctions) de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur, c'est-à-dire du licenciement prononcé sans autorisation ou au mépris d'une décision de refus d'autorisation. C'est donc la jurisprudence qui a été conduite à déterminer ces sanctions et qui a du reste adopté, ce qui est logique compte tenu de la similarité des situations juridiques, un régime assez comparable à celui résultant d'une décision d'annulation, à ceci près que c'est le terme de la période de protection qui produit ici les effets de l'expiration du délai de deux mois [...]* »¹⁹.

3.3. L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés

3.3.1 C'est en 1970 que la chambre sociale a fixé les règles de l'indemnisation due en cas de violation par l'employeur du statut protecteur.

Elle a ainsi jugé que « *le licenciement d'un délégué du personnel, également membre du comité d'entreprise, ne peut être prononcé, au plus tôt, qu'à l'expiration d'une période de six mois après l'expiration de ses fonctions de représentant du personnel. Pour la réparation du préjudice matériel et moral causé par le licenciement irrégulier, la base de calcul de l'indemnité peut être trouvée dans le montant des avantages directs et indirects que le délégué aurait reçus si l'employeur avait exécuté son obligation de fournir le travail convenu jusqu'à l'expiration de la période de protection. Dès lors, doit être cassée la décision qui ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur l'appréciation de l'indemnisation accordée en ne précisant ni la date de la fin de la protection légale du représentant du personnel, ni celle où il a cessé d'être à la disposition de son employeur, ni les ressources, susceptibles d'atténuer le préjudice causé, qu'il aurait pu se procurer entre-temps par ailleurs* »²⁰.

Cette solution a été depuis constamment réaffirmée²¹ et son régime juridique précisé, selon que le salarié sollicite sa réintégration :

Soc., 10 décembre 1997, pourvoi n° 94-45.254, Bull. 1997, V, n° 431 :

« *Le licenciement d'un salarié protégé, auquel sont assimilés les conseillers prud'hommes, prononcé en violation du statut protecteur, est atteint de nullité et ouvre droit, pour le salarié qui demande sa réintégration pendant la période de protection, au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration* »

ou qu'il ne la sollicite pas :

Soc., 25 novembre 1997, pourvoi n° 94-43.651, Bull. 1997, V, n° 405 :

« *La sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur d'un représentant du personnel, illégalement licencié et qui ne demande pas sa réintégration, est la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection en cours, et non la réparation du préjudice réellement subi par le salarié protégé pendant cette période* ».

Il est cependant apparu inconcevable à la chambre sociale de transposer totalement ces précédents aux conseillers prud'hommes, dont le mandat est d'une durée de cinq ans. Aussi, tout en maintenant le principe de la réparation forfaitaire du préjudice résultant de la violation du statut protecteur, a-t-elle décidé d'en limiter le quantum à la durée de la protection accordée (à l'époque) aux représentants du personnel :

¹⁸ Soc., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-13.805, Bull. 2011, V, n° 189, RJS, n° 10/11, décision n° 811, JCP, édition sociale, 11 octobre 2011, jurisprudence, n° 1456.

¹⁹ « L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée », J.-Y. Frouin, R 55, novembre 2001, chronique, p. 842, n° 5.

²⁰ Soc., 27 mai 1970, pourvoi n° 69-40.070, X... c/société Rhodiacta, Bull. 1970, V, n° 362.

²¹ Voir par exemple Soc., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-44.256, Bull. 2006, V, n° 221.

Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-44.373, *Bull.* 2000, V, n° 134 :

« Le conseiller prud'homme, licencié sans autorisation administrative qui ne demande pas la poursuite du contrat de travail illégalement rompu, a le droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection, dans la limite de la durée de la protection accordée aux représentants du personnel »²².

Et la chambre a maintenu la durée maximale d'indemnisation à deux ans de salaire alors même que la durée des mandats des représentants du personnel a été portée de deux à quatre ans par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (articles L. 2314-26 et L. 2324-24 du code du travail) :

Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-41.507, *Bull.* 2010, V, n° 123 :

« L'administrateur de mutuelle exerçant son mandat ou l'ayant cessé depuis moins de six mois, dont le licenciement, selon l'article L. 114-24 du code de la mutualité, est soumis à la procédure de l'ancien article L. 412-18 du code du travail, qui a été licencié sans autorisation administrative a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale à la rémunération qu'il aurait perçue jusqu'au terme de son mandat dans la limite de deux ans, durée minimale légale du mandat des représentants du personnel, augmentée de six mois ».

Le commentaire de cet arrêt au *Bulletin d'information de la Cour de cassation* nous enseigne que « la durée des mandats des représentants élus du personnel ayant été portée à quatre ans par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, sous réserve de la fixation, par accord dérogatoire, d'une durée inférieure au moins égale à deux ans, l'arrêt limite donc l'indemnisation des salariés investis d'un mandat ou d'une fonction extérieure à l'entreprise, licenciés sans autorisation administrative lorsqu'elle est nécessaire, à la rémunération qu'ils auraient perçue depuis leur éviction jusqu'à la fin de leur mandat, dans la limite de la durée minimale légale du mandat des représentants du personnel, augmentée de la période de protection après la cessation du mandat ».

Un arrêt ultérieur de la chambre sociale a « semé le doute »²³, en ce qu'il semble approuver la décision des juges du fond ayant accordé à un conseiller prud'homme, au titre de la violation de son statut protecteur, une indemnité équivalente à plus de cinquante mois de salaire²⁴. L'on observera toutefois qu'à l'occasion de ce pourvoi, la chambre sociale n'était saisie d'aucun moyen soutenant que l'indemnité devait être limitée à la durée minimale légale de protection accordée aux représentants du personnel, de deux ans et six mois. Aussi n'a-t-il peut-être pas la portée que lui prêtent certains commentateurs faisant grief à la chambre sociale d'avoir « basculé ici dans la catégorie des indemnités excessives »²⁵.

3.3.2 La chambre sociale s'est également prononcée sur l'indemnisation due au titre de la violation du statut protecteur du délégué syndical, puis du conseiller du salarié, dont la durée de la période de protection est par nature incertaine. Le délégué syndical est en effet désigné par son organisation et il exerce son mandat tant que cette organisation n'a pas rapporté sa désignation. Le conseiller du salarié, lui, est inscrit sur une liste départementale et il exerce ses fonctions tant que cette inscription est renouvelée.

« Pour résoudre la difficulté, la Cour de cassation, qui a eu d'abord à connaître du cas du délégué syndical, tout en maintenant le principe selon lequel l'indemnisation de l'atteinte au statut protecteur est égale au montant des salaires que le salarié aurait perçus depuis la date de son éviction jusqu'à la fin de la protection, et après avoir considéré que le licenciement, même nul, du délégué syndical faisait obstacle à l'exercice du mandat, s'est appuyée sur la règle posée à l'article L. 412-18²⁶ en vertu de laquelle la protection des anciens délégués syndicaux se poursuit pendant douze mois après la cessation de l'exercice de leurs fonctions pour en déduire que la durée de la période de protection les concernant était de douze mois, et par suite l'indemnité à leur revenir, égale à douze mois de salaire à compter de leur éviction de l'entreprise »²⁷.

Soc., 6 juin 2000, pourvoi n° 98-40.387, *Bull.* 2000, V, n° 218 :

« Le salarié, délégué syndical, licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail, qui ne demande pas sa réintégration dans l'entreprise, a droit, au titre de la violation du statut protecteur, à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait perçus pendant la période légale de protection, soit douze mois à compter de son éviction de l'entreprise »²⁸.

Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-46.055, *Bull.* 2001, V, n° 144 :

« La sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur d'un conseiller du salarié, dont le mandat n'est pas limité dans le temps, lorsque celui-ci ne demande pas sa réintégration, est, en application de l'article L. 122-14-16 du code du travail, égale au moins à la rémunération que ce salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection dans la limite de la durée de la protection du délégué syndical, soit douze mois de salaires à compter de son éviction de l'entreprise »²⁹.

²² Voir également Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-46.319, *Bull.* 2001, V, n° 147 ; Soc., 30 novembre 2004, pourvoi n° 01-44.739, *Bull.* 2004, V, n° 309.

²³ Voir « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », par J. Mouly, *Droit social* 2014, p. 729.

²⁴ Soc., 12 juin 2013, pourvoi n° 12-17.273, *Bull.* 2013, V, n° 153.

²⁵ « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », par J. Mouly, *Droit social* 2014, p. 729.

²⁶ Devenu L. 2411-3 du code du travail.

²⁷ *RJS*, novembre 2001, chronique précitée, note 19.

²⁸ Voir dans le même sens Soc., 27 octobre 2004, pourvoi n° 01-45.902, *Bull.* 2004, V, n° 275.

²⁹ Voir également Soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-46.017, *Bull.* 2007, V, n° 106.

On le voit, la solution retenue pour le délégué syndical a été étendue au conseiller du salarié, ce dernier bénéficiant de la protection complémentaire de douze mois qui suit la cessation de ses fonctions³⁰. La doctrine de la chambre sociale a cependant ultérieurement évolué s'agissant du conseiller du salarié :

Soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-46.017, Bull. 2007, V, n° 106 :

« La liste des conseillers du salarié élaborée dans les conditions prévues à l'article D. 122-3 du code du travail étant soumise à révision tous les trois ans en application de l'article D. 122-4 du même code, le salarié licencié sans autorisation administrative alors qu'il est inscrit sur cette liste doit, pour pouvoir prétendre au paiement d'une indemnité égale au montant des salaires dus jusqu'à sa réintégration effective, demander cette réintégration avant le terme de la période triennale en cours au jour du licenciement, ou dans les douze mois qui suivent son éviction de l'entreprise, lorsque les fonctions de conseiller du salarié ont été exercées pendant un an au moins ; lorsque le salarié n'a pas demandé sa réintégration avant l'expiration de cette période de protection pour des raisons qui lui sont imputables, il a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période triennale de révision de la liste en cours au jour de son éviction, ou pendant une durée qui ne peut être inférieure à la période de douze mois prévue par l'article L. 412-18 du code du travail ».

En revanche, s'agissant de l'administrateur salarié d'un organisme du régime général de la sécurité sociale (article L. 231-6 du code de la sécurité sociale), également désigné par une organisation syndicale pour une durée de quatre ans (articles D. 231-1 et suivants du code de la sécurité sociale), la chambre sociale a jugé que l'indemnisation de la violation de son statut protecteur devait être fixée par référence aux règles prévues pour les représentants du personnel, alors même que, s'agissant de la procédure de licenciement applicable à ce salarié, le code du travail (article L. 2411-18) renvoie à l'article L. 2411-3, relatif au délégué syndical :

Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 01-41.780, Bull. 2004, V, n° 179 :

« Le salarié protégé, auquel sont assimilés les administrateurs des organismes du régime général de la sécurité sociale, dont le licenciement a été prononcé en violation du statut protecteur a le droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance de ce statut, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection, dans la limite de la durée de la protection accordée aux représentants du personnel, soit une période d'indemnisation ne pouvant excéder trente mois »³¹.

La chambre sociale a statué dans le même sens s'agissant des administrateurs de mutuelle, alors même que l'article L. 114-24 du code de la mutualité renvoie à l'article L. 412-18 (devenu L. 2411-3) du code du travail en ce qui concerne la procédure de licenciement de ce salarié protégé : Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-41.507, Bull. 2010, V, n° 123 précité³².

3.3.3. La chambre sociale a encore limité l'indemnisation due au titre de la méconnaissance du statut protecteur dans l'hypothèse de la déloyauté du salarié :

Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.592, Bull. 2011, V, n° 51 :

« La protection du conseiller prud'homme s'applique à compter de la proclamation des résultats des élections, peu important l'ignorance par l'employeur de l'existence du mandat ; seule une fraude du salarié peut le priver de la protection attachée à son mandat, le manquement à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur ne pouvant avoir d'incidence que sur le montant de l'indemnisation due au titre de la violation de son statut protecteur ».

Le manquement à l'obligation de loyauté résultait, dans cette affaire, du silence gardé par le salarié sur l'existence de son mandat de conseiller prud'homme, dont l'employeur pouvait ne pas avoir eu connaissance, dès lors qu'il s'exerce à l'extérieur de l'entreprise. Prenant en compte la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 mai 2012³³, la chambre sociale a décidé que pour bénéficier du statut protecteur, le salarié investi d'un mandat s'exerçant à l'extérieur de l'entreprise devait établir avoir informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou que l'employeur en avait connaissance :

Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.307, Bull. 2012, V, n° 230 :

« La protection assurée au salarié par les articles L. 2411-1, 17°, et L. 2411-22 du code du travail découle d'un mandat extérieur à l'entreprise, dont l'employeur n'a pas nécessairement connaissance. Par sa décision n° 2012-242 du 14 mai 2012, le Conseil constitutionnel a dit que les dispositions découlant de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise assurant une protection au salarié ne sauraient, sans porter atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement. Il s'en déduit que le salarié, titulaire d'un mandat de conseiller prud'homme mentionné par l'article L. 2411-1, 17°, du code du travail, ne peut se prévaloir de cette protection que si, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, ou, s'il s'agit d'une rupture ne nécessitant pas un entretien préalable, au plus tard avant la notification de l'acte de rupture, il a informé l'employeur de l'existence de ce mandat, ou s'il rapporte la preuve que l'employeur en avait alors connaissance.

³⁰ Soc., 27 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.376, Bull. 2010, V, n° 22 : « Sauf dispositions expresses contraires, la recodification du code du travail est intervenue à droit constant. Il en résulte que s'appliquent au conseiller du salarié les dispositions de l'article L. 2411-3 du code du travail relatives à la durée de la protection d'un délégué syndical ».

³¹ Voir également Soc., 12 novembre 2003, pourvoi n° 01-44.136.

³² Voir également Soc., 5 février 2014, pourvoi n° 12-24.687.

³³ Conseil constitutionnel, 14 mai 2012, décision n° 2012-42 QPC, Association Temps de vie.

Doit en conséquence être censurée la cour d'appel qui a dit nulle la mise à la retraite du salarié conseiller prud'homal pour inobservation du statut protecteur, alors qu'elle avait constaté que l'existence du mandat de conseiller prud'homal n'avait pas été portée à la connaissance de l'employeur, bien que ce dernier ait fait part à l'intéressé de son intention de le mettre à la retraite lors d'un entretien qui avait eu lieu précédemment ».

Ainsi, la dissimulation par un salarié du mandat exercé à l'extérieur de l'entreprise peut faire échec à l'application du statut protecteur, au même titre que la fraude :

Soc., 29 mars 2005, pourvoi n° 03-43.407 :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que M. X..., qui occupait les fonctions de directeur des ressources humaines et qui a été chargé de la mise en place d'un plan social consécutif à la fusion entre les sociétés Laboratoires Wellcome et Laboratoires Glaxco, et plus spécialement de l'antenne emploi sur le site de Sophia Antipolis, a demandé à son employeur de bénéficier d'un départ volontaire dans le cadre du plan social à 55 ans ; qu'un accord est intervenu conformément aux souhaits du salarié, dont le contrat a été rompu le 20 septembre 1999 ;

Sur le premier moyen, tel qu'il figure au mémoire :

Attendu que l'arrêt confirmatif attaqué (Aix-en-Provence, 17 mars 2003), qui a constaté que le salarié avait lui-même organisé les modalités de son départ volontaire dans le cadre du plan social à la mise en œuvre duquel il avait lui-même contribué et qui a fait ressortir qu'il avait provoqué la rupture amiable de son contrat de travail pour se prévaloir ultérieurement de la méconnaissance de sa protection statutaire, et que cette attitude, par méconnaissance de la loyauté la plus élémentaire dans les rapports contractuels, était frauduleuse, a légalement justifié sa décision ».

Soc., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-43.997 :

« Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté, par motifs propres et adoptés, que le salarié, à qui il incombait, de par ses fonctions très étendues, de faire connaître et respecter par la direction suédoise la législation française, et qui était en charge de son propre dossier de licenciement, avait sciemment agi en méconnaissance de sa protection statutaire et que cette attitude constituait une fraude de sa part, a, abstraction faite du motif erroné mais surabondant évoqué dans la troisième branche du moyen, légalement justifié sa décision ».

3.3.4. La chambre sociale juge que l'indemnité pour violation du statut protecteur (dans une hypothèse où l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail avait été annulée) est due nonobstant le départ à la retraite du salarié³⁴ :

Soc., 26 septembre 2007, pourvoi n° 05-42.599, Bull. 2007, V, n° 140 :

« le départ à la retraite pendant la période d'indemnisation du préjudice subi par le salarié dont l'autorisation de licenciement a été annulée ne fait pas cesser ce préjudice, dont la totalité doit être réparée pendant la période déterminée par l'article L. 425-3 [...] ».

Et l'indemnité pour violation du statut protecteur se cumule avec les indemnités de rupture du contrat de travail et les dommages-intérêts réparant le préjudice résultant de la privation d'emploi :

Soc., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-44.262, Bull. 2004, V, n° 296 :

« Le salarié protégé qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu a le droit d'obtenir, d'une part, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection et, d'autre part, non seulement les indemnités de rupture, mais une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue à l'article L. 122-14-4³⁵ du code du travail ».

La chambre sociale raisonne en effet comme si la date du licenciement avait été déplacée. Le salarié a droit à son salaire jusqu'au jour où l'employeur recouvrait le droit de le licencier sans intervention de l'administration du travail, puis aux dommages-intérêts pour licenciement nul, qui ne sauraient être inférieurs à six mois de salaire.

4. - Éléments de solution

Malgré l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005 qui a porté la durée des mandats des représentants du personnel à quatre ans, la chambre sociale a maintenu à trente mois le quantum de l'indemnité due, lorsque le licenciement est intervenu sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail, au salarié investi d'un mandat électif, donc à durée déterminée. Et nous savons que cette indemnisation a été étendue à l'administrateur salarié d'un organisme du régime général de la sécurité sociale, pourtant désigné par son organisation et pour lequel les textes prévoient une protection identique à celle prévue pour les délégués syndicaux.

Dès lors, la référence à la durée des mandats des représentants du personnel pourrait être regardée comme une sorte de référence de droit commun.

D'ailleurs, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt en date du 6 juillet 2011³⁶, le rapporteur s'était interrogé sur l'indemnité qui était due au médecin du travail au titre de la violation de son statut protecteur et avait évoqué la possibilité d'une transposition au médecin du travail de la solution adoptée par la chambre sociale s'agissant de l'administrateur salarié d'un organisme du régime général de la sécurité sociale.

³⁴ M. X... avait atteint l'âge de 65 ans en 2013.

³⁵ Devenu L. 1235-3 du code du travail.

³⁶ Pourvoi n° 10-13.805, M. X.../association Centre médical de la bourse.

Mais, ainsi que le suggère l'employeur, il pourrait aussi être fait référence à la situation du délégué syndical, lui aussi désigné par son organisation pour une durée indéterminée. C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué la cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi dans l'affaire ayant précisément donné lieu à l'arrêt du 6 juillet 2011³⁷ :

« M. X... considère qu'il devait bénéficier d'une protection équivalente à celle d'un représentant du personnel, qui était élu, à l'époque du licenciement, pour une durée de deux ans et protégé ensuite pendant six mois après la fin de son mandat, soit pendant une durée globale de trente mois, de telle sorte que l'indemnité qui lui est due devrait être calculée sur la base de trente mois de salaire, à laquelle il conviendrait d'ajouter, en raison de son caractère salarial, une indemnité compensatrice de congés payés, ce qui représenterait donc une somme totale de 291 208,20 €, outre celle de 29 120,82 €.

Mais les médecins du travail ne sont pas titulaires d'un mandat et, par conséquent, il convient de raisonner par analogie avec la solution retenue pour les délégués syndicaux, qui, de la même façon, sont simplement désignés pour une durée indéterminée et pour lesquels il est retenu une indemnisation calculée sur la base d'une année de salaire. Dès lors, l'indemnité pour violation du statut protecteur sera évaluée à la somme de 116 483,28 € »³⁸.

Effectivement, « on avait pu alors suggérer qu'à défaut d'uniformisation des solutions, il existait deux méthodes différentes de calcul de l'indemnité selon le mode qui a permis l'accession à la qualité de salarié protégé. Dans l'hypothèse d'une élection, la Cour de cassation retiendrait le régime des représentants du personnel, dont la durée de protection va jusqu'à deux ans et demi ; dans le cas d'une désignation, elle mettrait en œuvre la protection retenue pour les délégués syndicaux : douze mois (B. Bossu, F. Dumont, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, Montchrétien, 1^{re} édition, t. 2, n° 440). On a vu pourtant que la proposition, pourtant séduisante, ne correspond pas à la réalité puisque les conseillers du salariés sont désormais soumis à un autre régime »³⁹.

Il convient en outre d'observer, ainsi que le relève le professeur Mouly, que « ces solutions [s'agissant du délégué syndical] pourraient peut-être être remises en cause avec la jurisprudence qui, depuis la loi du 20 août 2008, considère que les fonctions des délégués syndicaux, subordonnées aux résultats des élections dans l'entreprise, prennent fin à chaque cycle d'élections et confèrent donc aux mandats de ces délégués une durée déterminée ou, à tout le moins, une durée maximale⁴⁰. Il serait alors possible de leur appliquer la solution dégagée pour les conseillers du salarié [...] »⁴¹.

Surtout, le médecin du travail, à la différence du délégué syndical et du conseiller du salarié, ne bénéficie pas de la protection complémentaire de douze mois suivant la cessation de ses fonctions, laquelle n'aurait au demeurant guère de sens puisque par définition la cessation des fonctions du médecin du travail coïncide avec son départ de l'entreprise, ce qui n'est en principe pas le cas des représentants syndicaux, qui demeurent dans l'entreprise et pourraient continuer à y subir des mesures de rétorsion en lien avec leur mandat passé (ce que la protection complémentaire a précisément pour objet d'éviter).

C'est ce qui fait l'originalité de la situation du médecin du travail et le distingue des représentants du personnel et des représentants des syndicats.

Pour autant, le médecin du travail est un salarié protégé et, à ce titre, a droit à l'indemnisation de la violation de son statut protecteur⁴², laquelle, sans avoir la nature d'une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789⁴³, devrait néanmoins être suffisamment dissuasive⁴⁴ et, logiquement, devrait être supérieure à l'indemnisation qui résulterait de l'application de l'article L. 4623-7 du code du travail.

Tels sont les éléments que la formation pour avis pourrait prendre en compte, si elle estimait la demande recevable.

³⁷ CA Paris, pôle 6, chambre 9, 30 janvier 2013, RG n° 11/07701.

³⁸ Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi de l'employeur, ce pourvoi ayant lui-même fait l'objet d'une ordonnance de déchéance le 12 septembre 2013.

³⁹ « Quelle indemnisation pour les salariés protégés irrégulièrement licenciés ? Propos hétérodoxes sur la jurisprudence relative au statut protecteur », par J. Mouly, *Droit social* 2009, p. 1204.

⁴⁰ Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.435, *Bull.* 2010, V, n° 188, commenté au *Rapport annuel* : « Le mandat de délégué syndical prenant fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, la désignation, à l'issue de ces nouvelles élections, d'un délégué syndical fait courir à compter de la date de cette désignation le délai prévu par l'article R. 2324-24 du code du travail même si le salarié désigné exerçait déjà cette mission avant le nouveau scrutin ».

⁴¹ « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », par J. Mouly, *Droit social* 2014, p. 729.

⁴² Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-28.127.

⁴³ Soc., 20 février 2013, QPC n° 12-40.095, *Bull.* 2013, V, n° 48.

⁴⁴ « L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée », J.-Y. Frouin, chronique précitée, note 19.

Observations de Mme Courcol-Bouchard

Avocat général

Par jugement du 18 septembre 2014, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt sollicite, au visa des articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile, l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

« *Quelle doit être la durée de protection permettant de calculer le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative ?* »

Cette interrogation s'inscrit dans le cadre d'une procédure actuellement en cours devant ce conseil de prud'hommes, opposant un médecin du travail, licencié pour inaptitude médicale sans autorisation de l'inspecteur du travail, à son employeur. Le médecin du travail demande au juge prud'homal de constater la nullité de son licenciement et de condamner son employeur à lui payer notamment une indemnité pour violation du statut protecteur.

I. - La recevabilité de la demande d'avis

Conditions de forme

Il ressort de l'examen des pièces du dossier que les prescriptions des articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile ont été respectées.

Les parties et leurs conseils, ainsi que le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Versailles, ont été régulièrement informés de la transmission de la demande d'avis, de même que le procureur de la République de Nanterre.

Conditions de fond

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

Il n'est pas contestable que la question posée émane bien d'une juridiction de l'ordre judiciaire et porte sur un problème de droit en ce qu'elle ne dépend, pour sa réponse, d'aucun élément de fait.

La question posée ne concerne pas l'application d'un texte nouveau, les dispositions des articles L. 4623-5 et L. 4623-7 du code du travail, relatives au licenciement d'un médecin du travail embauché sous contrat de travail à durée indéterminée, étant la reprise de l'ancien article L. 241-6-2 du même code, issu de la loi du 17 janvier 2002.

Elle répond cependant au critère de nouveauté, dans la mesure où elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation : il n'apparaît pas en effet, au terme des recherches du service de documentation, des études et du rapport, que la Cour de cassation ait été amenée à se prononcer sur la question, telle qu'elle est posée.

La question présente une difficulté sérieuse, puisqu'elle conditionne l'issue du litige, la nullité du licenciement du médecin du travail, salarié protégé, n'étant en l'espèce pas contestée (l'insistance du médecin du travail à être licencié aussi vite que possible, telle que décrite par les conclusions de l'employeur, ne pouvant être constitutive d'une fraude, seule susceptible de remettre en cause l'application du statut protecteur), et qu'elle peut donner lieu à des solutions divergentes des juridictions du fond, dès lors que le principe comme les modalités de calcul de l'indemnité ne sont pas prévus par la loi.

Les deux parties se sont d'ailleurs accordées sur l'opportunité de la saisine pour avis.

La question ne paraît en revanche pas se poser dans de nombreux litiges.

Les litiges liés au licenciement d'un médecin du travail sont en effet peu fréquents. On peut penser que la pénurie de médecins du travail, soulignée par la Cour des comptes¹ et rappelée par l'ordre national des médecins², n'est pas étrangère à cet état de fait alors que le code du travail impose à l'employeur de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* » (article L. 4121-1) et, à cette fin, d'assurer le suivi médical des salariés³.

Cette condition paraît être peu prise en compte par la Cour de cassation, qui considère que « *la potentialité de litiges à venir est aussi importante, sinon même plus importante au regard de l'objectif de prévention des contentieux* »⁴.

En l'espèce, le contentieux est rare et rien n'indique qu'il tende à se multiplier. Faut-il, alors que les règles applicables au licenciement du salarié protégé en violation du statut protecteur ont été dégagées par une jurisprudence élaborée sur plusieurs décennies, renoncer, s'agissant de la situation du médecin du travail, à « *la mécanique processuelle et [aux] garanties de forme qui contraignent [le juge] à une délibération prudente et lui permettent de rendre une décision juste et, par suite, généralisable* ? »⁵

¹ Rapport publié le 29 novembre 2012 sur les services de santé au travail interentreprises.

² *Atlas de la démographie médicale en France au 1^{er} janvier 2014*, qui nous apprend (p. 192) que 5 373 médecins du travail sont en exercice, soit une baisse des effectifs de 11,37 % par rapport à l'année précédente, et que plus d'un tiers d'entre eux ont 60 ans et plus, ce qui annonce des lendemains difficiles : www.conseil-national.medecin.fr

³ D. Chanal et Ph. de la Brosse, « L'obligation de sécurité de résultat, la pénurie de médecins du travail et la santé du salarié : quelle(s) solution(s) ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1627, du 22 avril 2014.

⁴ Jean Buffet, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *BICC* du 15 juillet 2000, Communications, p. 26.

⁵ Frédéric Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz* 1992, p. 247.

Je ne le crois pas, ce qui me conduit à être d'avis que **la question posée ne répond pas à la condition de multiplicité posée par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.**

II. - Sur le fond

Le cadre légal et jurisprudentiel

Le régime de protection du médecin du travail est directement inspiré des règles applicables aux représentants du personnel et délégués syndicaux bénéficiant d'un statut légal protecteur, alors même que le livre IV de la deuxième partie du code du travail, consacré aux salariés protégés, ne s'intéresse pas à la médecine du travail, renvoyée aux dispositions du titre II du livre VI de la quatrième partie du même code, relatif aux services de santé au travail, et que les nombreux traités et articles de doctrine relatifs aux salariés protégés excluent, implicitement ou explicitement⁶, la situation du médecin du travail.

Pourtant, celui-ci est bien un salarié, d'une entreprise ou, le plus souvent, d'un service interentreprises, et il est bien un salarié protégé par les dispositions des articles L. 4623-4 à L. 4623-8 du code du travail.

Il bénéficie « *d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, laquelle a été essentiellement instituée en vue de sauvegarder la santé du personnel des entreprises en garantissant l'indépendance des médecins du travail* » (Crim., 2 octobre 1985, pourvoi n° 84-93.785, *Bull. crim.* 1985, n° 295).

Ainsi, « *le licenciement d'un médecin du travail ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend le service de santé au travail, après avis du médecin inspecteur régional du travail ; [...] ces dispositions instituent au profit du médecin du travail, en raison des fonctions qu'il exerce dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail sans obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail* »⁷.

On peut ajouter que doit être également consulté le comité d'entreprise (article L. 4623-4) et que, sauf si les nécessités de l'enquête le justifient, l'inspecteur du travail statue dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande d'autorisation (article R. 4623-23).

Hors la fraude du médecin salarié, le licenciement prononcé sans l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail est nul.

Mais le législateur n'a rien dit des sanctions du licenciement prononcé sans autorisation, limitant son intervention au cas particulier où l'employeur a licencié le salarié protégé après une autorisation de l'inspecteur du travail ultérieurement annulée (articles L. 4623-6 et L. 4623-7 du code du travail).

Les règles applicables à l'indemnisation du salarié protégé licencié sans autorisation ont été fixées par une jurisprudence dont la « *philosophie* » serait, selon un auteur, la « *dissuasion par l'argent* »⁸, le coût élevé d'un tel licenciement étant de nature à dissuader l'employeur d'y recourir.

En 1972, l'arrêt Revêt-Sol⁹ de la chambre sociale a posé le principe de la réintégration de droit d'un délégué syndical licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail, un arrêt postérieur précisant que la réintégration devait être demandée pendant la période de protection, sauf raison du retard non imputable au salarié¹⁰. Cette réintégration de droit n'est cependant pas obligatoire pour le salarié, qui peut préférer ne pas être réintégré ou (comme en l'espèce soumise à la juridiction qui demande l'avis) n'est pas en mesure d'être réintégré du fait de son inaptitude.

Dès lors qu'il ne demande pas sa réintégration, le salarié a droit à une indemnisation pour violation de son statut protecteur. C'est dès 1970, dans un arrêt Abisse¹¹, que la chambre sociale s'est prononcée en faveur d'une indemnisation forfaitaire du salarié protégé correspondant au « *montant des avantages directs et indirects qu'il aurait dû recevoir si la société avait exécuté son obligation de lui fournir le travail convenu, tout au moins jusqu'à la fin de la période de protection en cours* ».

Par une série d'arrêts du 10 juillet 1990¹², la chambre sociale a précisé que « *le versement de la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à l'expiration de la période de protection est la sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur des représentants du personnel, mais ne répare pas le préjudice résultant pour ledit salarié de la rupture du contrat de travail [...] alors que les deux indemnisations peuvent se cumuler* ».

Était affirmée « *l'autonomie du statut protecteur et du contrat de travail : la violation du statut est sanctionnée par l'obligation faite à l'employeur de payer la rémunération jusqu'à la fin de la période de protection, puisque le licenciement intervenu illégalement n'a pu produire aucun effet ; mais le contrat de travail étant malgré tout rompu, faute de réintégration, cette rupture est appréciée conformément au droit commun du licenciement* »¹³.

⁶ Ainsi la demi-page consacrée au statut des médecins du travail par l'ouvrage de référence de MM. Rose et Struillou (*Droit du licenciement des salariés protégés*, 4^e édition, 2010, n° 114, p. 49) indique que « *si les médecins du travail bénéficient d'une protection dont les principes et les modalités sont désormais très proches de celle accordée aux représentants du personnel, ils n'entrent pas dans le champ d'étude de l'ouvrage* ».

⁷ Soc., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-13.805, *Bull.* 2011, V, n° 189.

⁸ Jean Mouly, « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *Droit social* 2014, p. 729.

⁹ Soc., 14 juin 1972, pourvoi n° 71-12.508, *Bull.* 1972, V, n° 425.

¹⁰ Soc., 30 novembre 1999, pourvoi n° 97-41.690, *Bull.* 1999, V, n° 465.

¹¹ Soc., 27 mai 1970, pourvoi n° 69-40.070, *Bull.* 1970, V, n° 362.

¹² Notamment l'arrêt Cassini, n° 87-44.981 et 87-44.982, *Bull.* 1990, V, n° 362.

¹³ Jean-Yves Frouin, « L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée », *RJS* 2001, 842.

Ainsi le salarié était-il en droit de percevoir, non seulement une indemnisation à raison de la violation du statut protecteur, mais aussi les indemnités prévues par la loi du fait de la rupture du contrat de travail, soit les indemnités de rupture et, pour le cas où les conditions en étaient réunies, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'arrêt Peccoud du 12 juin 2001¹⁴ a étendu au salarié protégé licencié sans autorisation et ne demandant pas sa réintégration la jurisprudence résultant d'un arrêt de principe du 27 juin 2000¹⁵ sur l'indemnisation du licenciement nul, jugeant « *que le salarié protégé, auquel est assimilé le conseiller prud'homme, qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu a le droit d'obtenir, d'une part, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection dans la limite de la durée de protection accordée aux représentants du personnel et, d'autre part, non seulement les indemnités de rupture, mais une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du code du travail* ».

Dès lors, le licenciement intervenu en violation du statut est nécessairement illicite et « *le cumul des indemnités est désormais automatique* »¹⁶ : outre l'indemnité due au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le salarié a droit aux indemnités de rupture et aux dommages-intérêts prévus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans que le juge ait à examiner les circonstances du licenciement.

Une limite cependant, rappelée par plusieurs arrêts¹⁷, qui a pour but d'éviter une instrumentalisation de la procédure : « *le salarié licencié en violation de son statut protecteur et qui ne demande pas sa réintégration peut prétendre, soit à une indemnité forfaitaire égale au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de sa période de protection s'il présente sa demande d'indemnisation avant cette date, soit à une indemnité dont le montant est fixée par le juge en fonction du préjudice subi lorsqu'il introduit sa demande après l'expiration de sa période de protection sans justifier de motifs qui ne lui soient pas imputables* ».

Le cadre étant posé, c'est du calcul de l'indemnité due pour la violation du statut protecteur dont il est ici question et l'on ne reviendra pas sur les critiques qui ont pu être formulées par la doctrine sur l'existence de ce cumul.

La problématique

Il a été rappelé que l'indemnisation de l'atteinte au statut protecteur est (en principe) équivalente à la rémunération qu'aurait perçue le salarié pendant la période de protection restant à courir à compter du licenciement (soit la durée du mandat lui-même, augmentée de la période de protection qui lui est postérieure), quelle que soit la nature des fonctions représentatives exercées.

Cette indemnité « *a la nature d'une peine privée et présente donc un caractère forfaitaire* »¹⁸, la durée de la période de protection étant fixée par le code du travail.

Mais des difficultés sont apparues pour le calcul de cette indemnité forfaitaire et ont conduit la cour de cassation à opérer des différenciations selon le statut des salariés protégés :

- s'agissant des élus du personnel (délégués du personnel, membres du comité d'entreprise et du CHSCT), la mise en œuvre de la règle peut paraître simple, puisque la durée de leur mandat est limitée dans le temps. L'indemnisation couvre la période allant du licenciement jusqu'au terme du mandat, majorée de la période de protection de six mois après mandat. Ce qui aboutit à une période maximale d'indemnisation de deux ans et six mois.

L'entrée en vigueur de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 allongeant de deux à quatre ans la durée du mandat de ces représentants n'a pas conduit la chambre sociale à modifier sa jurisprudence, dès lors que la loi prévoit que peut être fixée, par accord dérogatoire, une durée des mandats inférieure, au moins égale à deux ans¹⁹ ;

- afin d'harmoniser la situation des salariés protégés ayant des mandats de durée différente, la chambre sociale a aligné l'indemnisation des salariés titulaires d'un mandat extérieur à l'entreprise sur celle des délégués du personnel. Ainsi les conseillers prud'hommes, dont la durée du mandat est de cinq ans, ont vu leur indemnisation plafonnée à deux ans et six mois par un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000²⁰ ;

- s'agissant des administrateurs salariés des organismes de sécurité sociale²¹, dont le mandat était de cinq ans²², et des administrateurs de mutuelle²³, dont le mandat peut atteindre six ans, la chambre sociale a également considéré qu'ils étaient en droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance de leur statut protecteur, le montant de la rémunération qu'ils auraient dû percevoir entre leur éviction et l'expiration de leur période de protection, dans la limite de la durée de la protection accordée aux représentants du personnel.

Cette volonté d'aligner sur la durée de protection accordée aux élus du personnel la période d'indemnisation des salariés protégés qui exercent un mandat limité dans le temps extérieur à l'entreprise ne distingue pas selon qu'ils sont élus ou désignés par arrêté préfectoral après désignation par les organisations syndicales représentatives (ce qui est le cas des membres des conseils d'administration des organismes de sécurité sociale) ;

¹⁴ Soc., 12 juin 2001, pourvoi n° 99-41.695, *Bull.* 2001, V, n° 219.

¹⁵ Soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-43.439, *Bull.* 2000, V, n° 250.

¹⁶ Jean Mouly, « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *Droit social* 2014, déjà cité.

¹⁷ Notamment Soc., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-12.738, *Bull.* 2013, V, n° 150.

¹⁸ Rose et Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 4^e édition, 2010, n° 73.5.3.2.2., p. 1127.

¹⁹ Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-41.507, *Bull.* 2010, V, n° 123.

²⁰ Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-44.373, *Bull.* 2000, V, n° 134.

²¹ Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 01-41.780, *Bull.* 2004, V, n° 179.

²² Le décret n° 2014-1163 du 9 octobre 2014, abrogeant les dispositions de l'article L. 2312 du code de la sécurité sociale (dont la nature réglementaire avait été affirmée par le Conseil constitutionnel), a ramené à quatre ans la durée de ce mandat.

²³ Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-41.507, *Bull.* 2010, V, n° 123.

- la situation des salariés dont la durée du mandat, et donc de la protection, est indéterminée est plus délicate. Ainsi des délégués syndicaux protégés pendant la période d'exercice de leurs fonctions syndicales puis au cours des douze mois suivant la cessation de ces fonctions (article L. 2411-3 du code du travail).

Considérant que le licenciement, même nul, fait obstacle à l'exercice du mandat du délégué syndical, la chambre sociale a jugé que celui-ci pouvait prétendre, dès lors qu'il avait été licencié sans autorisation et qu'il ne demandait pas sa réintégration, « à une indemnité correspondant à la période de protection prévue par l'article L. 412-18, alinéa 4, du code du travail [nouvel article L. 2411-3, alinéa 2], soit égale à douze mois de salaires à compter de son éviction de l'entreprise »²⁴.

C'est donc la durée de la protection postérieure à la fin du mandat (c'est-à-dire au licenciement nul) qui sert de base au calcul de l'indemnité due pour la violation du statut protecteur. Ce sera, pour tous les délégués syndicaux, la même durée d'indemnisation, peu important l'ancienneté du salarié dans l'exercice de ses fonctions syndicales (alors que le code du travail subordonne la protection postérieure au mandat à une condition d'exercice des fonctions d'au moins un an).

Il a été observé que cette solution pourrait être remise en cause « avec la jurisprudence qui, depuis la loi du 20 août 2008, considère que les fonctions des délégués syndicaux, subordonnées aux résultats des élections dans l'entreprise, prennent fin à chaque cycle d'élections et confèrent donc au mandat de ces délégués une durée déterminée ou, à tout le moins, une durée maximale »²⁵, la chambre sociale ayant en effet jugé que « le mandat de délégué syndical prend fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise »²⁶ ;

- s'agissant des conseillers du salarié, inscrits sur une liste départementale révisable tous les trois ans, la chambre sociale a considéré que « le conseiller du salarié qui ne demande pas sa réintégration ou qui la demande postérieurement à l'expiration de la période de protection en cours au jour du licenciement, sans justifier de motifs qui ne lui soient pas imputables, a droit à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période triennale de révision de la liste en cours au jour de son éviction, ou pendant une durée qui ne peut être inférieure à la période de douze mois prévue par l'article L. 412-18 [nouvel article L. 2411-3] du code du travail »²⁷.

Un arrêt postérieur ajoute que, « sauf dispositions expresses contraires, la recodification est intervenue à droit constant ; qu'il en résulte que s'appliquent au conseiller du salarié les dispositions de l'article L. 2411-3 du code du travail, relatives à la durée de la protection d'un délégué syndical »²⁸.

L'ancien article L. 122-14-16 du code du travail soumettait en effet le licenciement des conseillers du salarié à la procédure prévue par l'ancien article L. 412-18 pour les délégués syndicaux. On peut cependant noter que le renvoi fait au même article par l'ancien article L. 514-2 du code du travail pour les conseillers prud'hommes n'a pas donné lieu à alignement de la durée de leur protection sur celle des délégués syndicaux. La chambre sociale aboutit en tout cas, pour le conseiller du salarié, à une solution originale en ce que « l'indemnité forfaitaire initiale, fixée ne varietur, a laissé la place à une indemnité fixée par le juge entre un minimum et un maximum »²⁹.

Ce panorama (quoiqu'incomplet, l'article L. 2411-1 du code du travail énumérant dix-huit mandats différents conférant au salarié une protection en cas de licenciement) révèle la difficulté d'appliquer une règle prétorienne uniforme pour le calcul de l'indemnité forfaitaire due au salarié protégé irrégulièrement licencié, en particulier quand le mandat du salarié est d'une durée indéterminée.

S'agissant spécifiquement de la protection du médecin du travail, la chambre sociale a cassé un arrêt de cour d'appel qui avait considéré que le versement d'une indemnité spécifique à un médecin du travail n'était pas justifié, faute d'établir un préjudice particulier qui serait lié à une violation quelconque du statut protecteur du médecin du travail : « en statuant ainsi, alors que le médecin du travail bénéficie d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun interdisant à l'employeur de rompre le contrat de travail sans obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur de travail et peut prétendre, lorsqu'il ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu, à une indemnité au titre de la méconnaissance du statut protecteur », la cour d'appel a violé les articles L. 4623-4, L. 4623-5 et L. 4623-7 du code du travail³⁰.

Mais cet arrêt ne donne aucune indication sur le mode de calcul de cette indemnité. C'est sur cette question et dans ce contexte jurisprudentiel qu'a été adressée à la Cour de cassation la présente demande d'avis.

Propositions de réponse à la question posée

C'est assez naturellement que l'on se tourne vers la jurisprudence relative à la protection des représentants du personnel pour rechercher une réponse. Mais, contrairement aux salariés élus ou désignés par une organisation syndicale, le médecin du travail n'est investi d'aucun mandat. C'est le contrat de travail qui en fait un salarié protégé, y compris pendant la période d'essai³¹, peu important que les instances compétentes n'aient pas encore donné leur accord sur sa nomination³².

Le délégué du personnel, le représentant syndical, ont vocation à rester salariés de l'entreprise à l'issue de leur mandat. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur a prévu de prolonger leur protection pendant une période postérieure au mandat.

²⁴ Soc., 6 juin 2000, pourvoi n° 98-40.387, *Bull.* 2000, V, n° 218.

²⁵ Jean Mouly, « L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés », *Droit social* 2014, déjà cité.

²⁶ Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-25.429, *Bull.* 2012, V, n° 39.

²⁷ Soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-46.017, *Bull.* 2007, V, n° 106.

²⁸ Soc., 27 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.376, *Bull.* 2010, V, n° 22.

²⁹ Jean Mouly, *ibidem*.

³⁰ Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-28.127.

³¹ Soc., 26 octobre 2005, pourvoi n° 03-44.585.

³² Soc., 29 octobre 2010, pourvoi n° 08-70.412.

Mais le médecin du travail est protégé pendant toute la durée de son activité salariée, son statut protecteur, d'ordre public, étant lié à son emploi. La loi ne prévoit, après rupture du contrat de travail, aucune prolongation de la période de protection, laquelle n'aurait aucun sens puisque, par hypothèse, le médecin n'est plus salarié de l'entreprise et ne risque donc plus d'en être licencié.

Comment appliquer la jurisprudence Abisse, pierre de voûte de la construction prétorienne, qui indique que le salarié protégé licencié irrégulièrement a droit à ce qu'il aurait dû recevoir « jusqu'à la fin de la période de protection en cours », alors que la période de protection a pris fin avec la rupture du contrat de travail ?

Il pourrait être soutenu que, le législateur n'ayant prévu aucun dispositif d'indemnisation du médecin du travail licencié sans autorisation au titre de la violation du statut protecteur, il appartient au juge de fixer l'indemnité en fonction du préjudice subi.

C'est la solution adoptée par la chambre sociale lorsque le salarié protégé agit tardivement pour des raisons qui lui sont imputables.

Malgré sa simplicité, cette solution ne me paraît pas pouvoir être retenue :

- d'abord parce que le législateur n'est pas resté totalement muet : l'article L. 4623-7 du code du travail, qui règle les conséquences d'un licenciement devenu irrégulier du fait de l'annulation d'une décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, dispose en effet que :

« Lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le médecin du travail a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration s'il a demandé cette dernière dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision. »

L'indemnité correspond à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration ».

L'existence de ces dispositions, qui s'appliquent alors même qu'un inspecteur du travail, certes ensuite désavoué, a autorisé le licenciement, justifient qu'une indemnité au moins équivalente soit allouée au médecin du travail licencié sans aucune autorisation administrative.

Le législateur paraît en réalité s'être reposé sur le juge pour compléter le dispositif et fixer l'indemnité en fonction des divers statuts des salariés protégés.

Concernant le médecin du travail, cette délégation implicite paraît d'autant plus avérée que la loi du 17 janvier 2002, qui a rendu obligatoire dans tous les cas l'autorisation de l'inspecteur du travail préalable au licenciement, a été votée alors que la construction jurisprudentielle du système d'indemnisation des salariés protégés était très avancée, les arrêts Abisse (1970), Cassini (1990) et Peccoud (2001) étant antérieurs ;

- ensuite parce que l'arrêt qui a privé le salarié agissant tardivement du bénéfice d'une indemnisation forfaitaire³³ a entendu sanctionner le retard à agir, alors même que ce retard ne modifiait pas le calcul de l'indemnité³⁴ (contrairement à la situation du salarié demandant tardivement sa réintégration, car le terme de la période d'indemnisation est alors la date de la réintégration). L'indemnité étant fixée en fonction du préjudice subi, il n'y aura pas lieu à forfait et seront déduits les revenus de remplacement perçus par le salarié pendant la période litigieuse.

On ne voit pas pourquoi l'indemnité due pour violation du statut protecteur du médecin du travail devrait subir le même sort alors même que le salarié n'aurait pas tardé à faire valoir ses droits.

Peut-on alors tenter de faire application des dispositions de l'article L. 4623-7 du code du travail, dont il vient d'être rappelé qu'elles règlent les conséquences de l'annulation d'une décision d'autorisation après licenciement ? L'arrêt précité du 5 mars 2014 a en effet été rendu au visa des articles L. 4623-4, L. 4623-5 et L. 4623-7 du code du travail.

Sauf à lire le deuxième alinéa de cet article indépendamment du premier et à en déduire qu'il permet au médecin du travail licencié sans autorisation administrative « d'obtenir le versement d'une indemnité correspondant au préjudice subi entre la date du licenciement et l'expiration du délai de deux mois à compter de la notification du licenciement » (ce qui a été soutenu dans un précédent dossier n° 10-13.805), on conçoit mal quel pourrait être le terme de la période d'indemnisation dès lors qu'aucune décision administrative n'a été notifiée.

Un arrêt de la chambre sociale du 6 avril 1994³⁵ précise d'ailleurs que « les dispositions de l'article L. 436-3 du code du travail [nouveaux articles L. 2422-1, L. 2422-2 et L. 2422-4, dont l'article L. 4623-7 est le décalque] ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié protégé prononcé sans observation des formalités protectrices ».

Cette solution devant être écartée, de la situation de quel salarié protégé peut-on dès lors s'inspirer ?

Dans ses observations transmises à la Cour de cassation sur la demande d'avis, l'employeur relève :

- que le médecin du travail ne bénéficie pas d'une protection après la cessation de ses fonctions ;
- que les délégués syndicaux ne peuvent pas prétendre à plus de douze mois de salaire, alors même qu'ils bénéficient, eux, d'une protection à l'issue de leur mandat ;

³³ Soc., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-12.738, *Bull.* 2013, V, n° 150 (rendu sur un moyen soulevé d'office).

³⁴ « On ne voit pas ce qui justifie de distinguer le régime applicable selon la date à laquelle le salarié sollicite cette "indemnisation". Plus encore, même en admettant que le salarié qui saisit "tardivement" le juge commette un "abus", en quoi cela doit-il nécessairement conduire à écarter la logique restitutive au bénéfice d'une logique exclusivement indemnitaire, celle de la réparation du préjudice subi, alors qu'est en jeu la sanction de la violation du statut protecteur et, donc, celle de l'atteinte portée au droit des salariés à être représentés ? », M. Grévy, *Revue de droit du travail* 2013, p. 573.

³⁵ Soc., 6 avril 1994, pourvoi n° 92-42.395, *Bull.* 1994, V, n° 133.

- pour affirmer qu'en conséquence, « l'indemnisation pour violation du statut protecteur [du médecin du travail] ne pourra qu'être déterminée en fonction du préjudice subi, et plafonnée à douze mois de rémunération ».

Le syllogisme, quoique séduisant, n'emporte pas la conviction puisque, si le médecin du travail ne bénéficie pas d'une protection après la cessation de ses fonctions, c'est parce que sa protection n'est pas attachée à un mandat, mais trouve sa source dans l'exercice du contrat de travail.

C'est cependant la solution retenue par la cour d'appel de Paris, raisonnant par analogie, dans un arrêt, aujourd'hui définitif, rendu le 30 janvier 2013 sur renvoi de la Cour de cassation³⁶. Elle a considéré que pouvait être transposée au médecin du travail « la solution retenue pour les délégués syndicaux, qui, de la même façon, sont simplement désignés pour une durée indéterminée et pour lesquels il est retenu une indemnisation calculée sur la base d'une année de salaire ».

De son côté, le médecin du travail demande au conseil de prud'hommes de condamner l'employeur à lui payer une indemnité au titre de la violation de son statut protecteur « plafonnée à la durée de protection accordée aux représentants du personnel (cinquante-quatre mois) ».

Là encore, cette solution ne paraît pas aller de soi, dès lors que la protection du médecin du travail n'a comme seul terme que la fin de son contrat.

Elle me paraît pourtant la plus adaptée, si l'on considère que le licenciement, étant nul, aura laissé subsister, telle une ombre projetée, une période de protection limitée à la durée de la protection (de trente mois et non de cinquante-quatre mois, comme soutenu en l'espèce) accordée aux représentants du personnel.

Il s'agit là d'une durée maximale, les juges du fond pouvant moduler le montant de l'indemnité forfaitaire dès lors que « seule une fraude du salarié peut le priver de la protection attachée à son mandat, le manquement à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur ne pouvant avoir d'incidence que sur le montant de l'indemnisation due au titre de la violation de son statut protecteur »³⁷.

Aligner la situation du médecin du travail sur celle de la plupart des salariés protégés aurait le mérite de ne pas ajouter de complexité à un dispositif qui n'en manque pas et de contribuer à harmoniser les modalités d'indemnisation.

Si les juges étaient conduits à retenir le même principe d'indemnisation pour les délégués syndicaux, la construction prétorienne parviendrait à un équilibre qui ne rendrait plus nécessaire une intervention unificatrice du législateur, suggérée par la doctrine : « Si une sanction préfixe de l'atteinte au statut protecteur devait être instituée par le législateur, il nous paraît opportun que cette sanction soit uniforme, c'est-à-dire la même quel que soit le salarié protégé en cause. [...] Sans doute est-il exact que la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur n'a pas la même incidence selon les salariés protégés. Mais il reste que la finalité du statut protecteur est dans tous les cas la même, protéger un exercice libre et indépendant des fonctions, et que la violation du statut protecteur par l'employeur s'apparente dans tous les cas à une voie de fait. Pour ces raisons, il nous paraît souhaitable de préserver l'uniformité des sanctions appliquées en cas de licenciement de salariés protégés sans autorisation »³⁸.

C'est dans ces conditions que je conclurai, pour le cas où il y aurait lieu à avis, que la durée de protection permettant de calculer l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative est identique à la durée minimum du mandat des délégués du personnel résultant de l'article L. 2314-27 du code du travail, soit deux ans, cette durée étant prolongée de six mois par analogie avec la règle posée par l'article L. 2411-5 du même code.

³⁶ Paris, 30 janvier 2013, RG n° 11/07701 ; le pourvoi formé contre cette décision, enregistré sous le n° 13-14.949, a fait l'objet d'une ordonnance de déchéance le 12 septembre 2013.

³⁷ Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.592, Bull. 2011, V, n° 51.

³⁸ Jean-Yves Frouin, « L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée », *RJS* 2001, 842.

II. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 12 DÉCEMBRE 2014 RENDU PAR LA CHAMBRE MIXTE

Titre et sommaire	Page 25
Arrêt	Page 25
Note	Page 26
Rapport	Page 28
Avis	Page 45

Procédure civile

Fin de non-recevoir. - Définition. - Clause contractuelle instituant un préalable obligatoire de conciliation. - Régularisation. - Possibilité (non).

La situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance.

ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en chambre mixte, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Proximo, société à responsabilité limitée, dont le siège est 8, boulevard Gally, 12000 Rodez, contre l'arrêt rendu le 30 mai 2013 par la cour d'appel de Montpellier (première chambre, section A01), dans le litige l'opposant :

1° à la société d'architecture et d'urbanisme X...-Y...-Z, société civile professionnelle, dont le siège est (...), 12000 Rodez,

2° à la société OCD 34, société à responsabilité limitée, dont le siège est 1272, rue de Fontcouverte, 34070 Montpellier, défenderesses à la cassation ;

Par arrêt du 4 juin 2014, la troisième chambre a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte. Le premier président a, par ordonnance du 26 novembre 2014, indiqué que cette chambre mixte serait composée des première, deuxième et troisième chambres civiles, de la chambre commerciale, financière et économique et de la chambre sociale ;

La demanderesse invoque, devant la chambre mixte, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Thouin Palat et Boucard, avocat de la société Proximo ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Bouloche, avocat de la société d'architecture et d'urbanisme X...-Y...-Z ;

Le rapport écrit de M. Chauvin, conseiller, et l'avis écrit de M. Charpenel, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le rapport de M. Chauvin, conseiller, assisté de M. Cardini, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Thouin Palat et Boucard, de la SCP Bouulloche, l'avis de M. Charpenel, premier avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Proximmo du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société OCD 34, lequel rend sans objet le second moyen ;

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 30 mai 2013), qu'en 2006, la société Proximmo a fait construire un ensemble immobilier, après avoir confié des missions de maîtrise d'œuvre à la société X...-Y...-Z, d'étude de béton à la société OCD 34 et d'étude de sols à la société Arcadis ; que le contrat d'architecte conclu le 3 février 2006 entre la société Proximmo et la société X...-Y...-Z stipulait : « En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes dont relève le maître d'œuvre, avant toute procédure judiciaire. À défaut d'un règlement amiable, le litige opposant les parties sera du ressort des juridictions civiles territorialement compétentes » ; que, les travaux ayant nécessité une quantité de béton supérieure à celle préconisée par la société OCD 34 à partir de l'étude de sols réalisée par la société Arcadis, une ordonnance de référé du 28 septembre 2006 a prescrit une mesure d'instruction ; que, par acte du 11 août 2009, à la suite du dépôt du rapport d'expertise, la société Proximmo a assigné les sociétés X...-Y...-Z et OCD 34 en paiement de dommages-intérêts sur le fondement des articles 1146 et suivants du code civil ;

Attendu que la société Proximmo fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable son action à l'encontre de la société X...-Y...-Z, alors, selon le moyen, « que le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui peut être régularisée jusqu'au jour où le juge statue, même postérieurement à l'acte introductif d'instance ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes avait eu lieu avant que les premiers juges statuent et qu'en se fondant, pour accueillir la fin de non-recevoir, sur la circonstance inopérante que cette saisine est intervenue après l'introduction de l'instance, la cour d'appel a, par refus d'application, violé l'article 126 du code de procédure civile » ;

Mais attendu que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance ; que la cour d'appel, ayant constaté que la société Proximmo n'avait pas saisi le conseil régional de l'ordre des architectes préalablement à l'introduction de l'instance, a exactement décidé que la demande était irrecevable ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Ch. mixte, 12 décembre 2014

REJET

N° 13-19.684. - CA Montpellier, 30 mai 2013.

M. Louvel, P. Pt. - M. Chauvin, Rap., assisté de M. Cardini, auditeur. - M. Charpenel, P. Av. Gén - SCP Thouin Palat et Boucard, SCP Bouulloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 51 52, 18 décembre 2014, Actualités, n° 976, p. 19 (« La clause de conciliation préalable ne peut être régularisée en cours d'instance »). Voir également cette même revue, n° 3, 15 janvier 2015, Études et commentaires, n° 1018, p. 40 à 42, note Nicolas Dissaux (« Justice négociée versus justice imposée : une conciliation douteuse »), La Semaine juridique, édition générale, n° 52, 22 décembre 2014, Actualités, n° 1328, p. 2351, note Gaëlle Deharo (« Clause de conciliation préalable : pas de régularisation en cours d'instance »), et le Répertoire du notariat Defrénois, n° 1, 15 janvier 2015, Profession, n° 118mo, p. 28 à 34, note Alexis Albarian et Catherine Poli (« L'impact de l'extension du domaine des clauses de conciliation sur l'activité du notaire »).

Note sous chambre mixte, 12 décembre 2014

Depuis déjà une quinzaine d'années, les modes alternatifs de règlement des conflits (« MARC ») bénéficient d'une promotion croissante de la part du législateur : dans un dessein reflétant un sens élevé de la justice, il s'agit d'inciter les parties, seules ou assistées d'un avocat, seules ou avec l'aide d'un tiers, à participer directement à la résolution de leur litige, par le dialogue et la concertation, de manière à aboutir à une solution acceptée et non pas à une solution imposée ; plus prosaïquement, dans un objectif traduisant une conception pragmatique de la justice, il s'agit de faciliter le dénouement des différends en évitant le recours aux juridictions afin de contribuer à leur allègement voire à leur désencombrement.

Par un arrêt du 14 février 2003 (pourvoi n° 00-19.423, Bull. 2003, Ch. mixte, n° 1), la chambre mixte, composée de toutes les chambres de la Cour de cassation à l'exception de la chambre criminelle, mettant fin à une divergence de jurisprudence, avait jugé qu'« il résulte des articles 122 et 124 du nouveau code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées », que, « licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent » et qu'« ayant retenu que l'acte de cession d'actions prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la cour d'appel en a exactement déduit l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre ».

De nouveau saisie, la chambre mixte s'est prononcée dans l'arrêt ici commenté sur un pourvoi ayant trait à une clause contractuelle instituant une saisine, obligatoire et préalable à la saisine du juge, d'un conseil régional de l'ordre des architectes pour avis, suivie d'une tentative de conciliation amiable, et qui portait sur la sanction du défaut de mise en œuvre de la clause.

Elle a en effet été invitée à décider si la mise en œuvre d'une telle clause, non pas avant la saisine du juge, mais après celle-ci, entrait dans les prévisions de l'article 126, alinéa premier, du code de procédure civile, selon lequel, « *dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue* », de sorte qu'elle valait régularisation de la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir et permettait d'écarter l'irrecevabilité encourue.

S'agissant du régime juridique général des clauses favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, en ce qui concerne leur contenu, l'analyse de la jurisprudence montre que la Cour de cassation :

- contrôle leur qualification (1^{re} Civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 03-16.640, *Bull.* 2006, I, n° 310, et 1^{re} Civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.802, *Bull.* 2006, I, n° 369 ; 2^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-22.780, *Bull.* 2011, II, n° 133) ;

- exige leur stipulation dans le contrat (1^{re} Civ., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-01.291, *Bull.* 2003, I, n° 108 ; Com., 16 juin 2009, pourvoi n° 07-14.913) ;

- les applique de manière stricte (Soc., 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45.157, et Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.202, *Bull.* 2010, V, n° 10 ; 3^e Civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-15.668, *Bull.* 2007, III, n° 80 ; 3^e Civ., 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.404 ; 3^e Civ., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-27.596, et 3^e Civ., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-18.439, *Bull.* 2013, III, n° 169 ; Com., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.852, et Com., 29 avril 2014, pourvoi n° 12-27.004, *Bull.* 2014, IV, n° 76) ;

- s'assure de leur parfaite mise en œuvre (Com., 28 novembre 1995, pourvoi n° 94-12.285, et Com., 17 juin 2003, pourvoi n° 99-16.001, *Bull.* 2003, IV, n° 101 ; 1^{re} Civ., 8 avril 2009, pourvoi n° 08-10.866, *Bull.* 2009, I, n° 78) ;

- enfin, admet leur opposabilité en cas de subrogation (1^{re} Civ., 6 mars 2007, pourvoi n° 04-16.204, *Bull.* 2007, I, n° 91 ; 3^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-30.721, *Bull.* 2011, III, n° 58).

En ce qui concerne leur domaine, l'étude de la jurisprudence fait ressortir que la Cour de cassation :

- en droit de la consommation, a développé une approche plus souple que celle retenue par d'autres instances nationales ou européennes (1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-19.692, *Bull.* 2005, I, n° 64) ;

- en droit du travail, a opté pour un régime spécifique tenant au particularisme de la procédure en droit social (Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.004, *Bull.* 2012, V, n° 326) ;

- en procédure de référé, a distingué selon que le référé est fondé sur l'article 145 du code de procédure civile (clause non applicable) ou qu'il est fondé sur l'article 809, alinéa 2, du même code (clause applicable) (3^e Civ., 28 mars 2007, pourvoi n° 06-13.209, *Bull.* 2007, III, n° 43, et 2^e Civ., 9 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.443).

S'agissant du régime juridique spécifique de la sanction attachée à la méconnaissance de ces clauses, en dehors de la chambre sociale, les chambres civiles de la Cour de cassation se sont conformées à la jurisprudence qui a été énoncée le 14 février 2003 par la chambre mixte et qu'elles ont, de surcroît, enrichie, la chambre commerciale ayant jugé que la fin de non-recevoir pouvait être proposée en tout état de cause, en l'occurrence en appel (Com., 22 février 2005, pourvoi n° 02-11.519, et Com., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.864), et la deuxième chambre civile ayant décidé qu'une décision d'irrecevabilité constituait un obstacle seulement temporaire, et non pas définitif, à l'examen de l'affaire au fond (2^e Civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 03-10.237).

Quant à la question posée par le pourvoi, la deuxième chambre civile, par un arrêt de cassation du 16 décembre 2010 (pourvoi n° 09-71.575, *Bull.* 2010, II, n° 212), et la chambre commerciale, par un arrêt de cassation du 3 mai 2011 (pourvoi n° 10-12.187), avaient jugé que la fin de non-recevoir pouvait être régularisée en cours d'instance.

La troisième chambre civile, saisie également de la question, avait renvoyé le pourvoi devant la chambre mixte.

Par l'arrêt commenté, se plaçant résolument dans le sillage de l'arrêt du 14 février 2003 et faisant prévaloir la force obligatoire du contrat, qui constitue la loi des parties, la chambre mixte juge que « *la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance* ».

Ainsi la mise en œuvre d'une clause contractuelle de ce type devra-t-elle nécessairement intervenir avant la saisine du juge ; à défaut, l'action judiciaire sera déclarée irrecevable, une nouvelle action demeurant toutefois possible après mise en œuvre de la clause.

Rapport de M. Chauvin

Conseiller rapporteur

1. - Rappel des faits et de la procédure

En 2006, la société Proximmo, promoteur immobilier, a fait construire un ensemble immobilier à La Primaube (Aveyron), après avoir confié notamment :

- une mission de maîtrise d'œuvre à la société civile professionnelle d'architecture et d'urbanisme X...-Y...-Z... ;
- une mission d'étude de béton à la société à responsabilité limitée OCD 34 ;
- une mission d'étude de sols à la société à responsabilité limitée Arcadis.

Par ordonnance de référé du 28 septembre 2006, les travaux ayant nécessité une quantité de béton très supérieure à celle préconisée par la société OCD 34 à partir de l'étude de sols réalisée par la société Arcadis, le président du tribunal de grande instance de Rodez, saisi par la société Proximmo, a ordonné une mesure d'expertise.

Par acte du 11 août 2009, à la suite du dépôt du rapport d'expertise, la société Proximmo a assigné la société X...-Y...-Z... et la société OCD 34 en paiement de dommages-intérêts sur le fondement des articles 1146 et suivants du code civil.

Par jugement du 29 avril 2011, le tribunal de grande instance de Rodez a :

- déclaré recevables les demandes formées par la société Proximmo à l'encontre de la société X...-Y...-Z... ;
- condamné la société X...-Y...-Z... à payer à la société Proximmo la somme de 26 478 euros avec intérêts au taux légal à compter de la décision ;
- débouté la société Proximmo de ses demandes formées à l'encontre de la société OCD 34 ;
- condamné la société X...-Y...-Z... à payer à la société Proximmo une somme de 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la société Proximmo à verser à la société OCD 34 une somme de 1 200 euros au même titre ;
- ordonné l'exécution provisoire de la décision ;
- condamné la société X...-Y...-Z... aux dépens.

Alors que l'article 5.2 du contrat d'architecte conclu le 3 février 2006 entre la société Proximmo et la société X...-Y...-Z... comportait une clause ainsi conçue : « *En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes dont relève le maître d'œuvre, avant toute procédure judiciaire. À défaut d'un règlement amiable, le litige opposant les parties sera du ressort des juridictions civiles territorialement compétentes* », le tribunal, qui a relevé que, si elle n'avait pas été préalable à l'introduction de l'instance, la saisine du conseil régional de l'ordre des architectes était « *intervenue en cours de procédure* » et que celui-ci avait donné son avis le 13 décembre 2010, a jugé que, « *la situation ayant été régularisée* », la demande formée par la société Proximmo était recevable.

Par arrêt du 30 mai 2013, la cour d'appel de Montpellier, saisie par la société X...-Y...-Z..., a :

- infirmé le jugement, sauf en ce qu'il a débouté la société Proximmo de ses demandes formées à l'encontre de la société OCD 34 ;
- statuant à nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant :
- déclaré irrecevable l'action formée par la société Proximmo à l'encontre de la société X...-Y...-Z... ;
- déclaré sans objet l'appel en garantie formé par la société OCD 34 à l'encontre de la société X...-Y...-Z... ;
- condamné la société Proximmo à payer à la société OCD 34 une somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile en première instance et en appel ;
- débouté la société X...-Y...-Z... de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la société Proximmo aux dépens de première instance et d'appel, avec bénéfice de l'article 699 du même code.

La cour d'appel a énoncé qu'il n'était pas contesté que la société Proximmo n'avait pas procédé à la saisine du conseil régional de l'ordre des architectes préalablement à l'introduction de l'instance, que, certes, celle-ci justifiait de l'envoi d'une demande d'avis datée du 21 septembre 2010, mais que « *cette démarche n'est pas susceptible de régulariser la fin de non-recevoir puisque la tentative de conciliation devait être effectuée avant l'introduction de l'instance, en application de la clause précitée, qui est licite et constitue la loi des parties* ».

La société Proximmo a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt et a formulé deux moyens, outre une demande en paiement d'une somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle s'est désistée ensuite de son pourvoi en ce qu'il a été dirigé contre la société OCD 34 et a déclaré le maintenir expressément en ce qu'il a été dirigé contre la société X...-Y...-Z..., seul autre défendeur au pourvoi.

La société X...-Y...-Z... a sollicité le rejet du premier moyen, ainsi qu'une somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société OCD 34 n'a pas constitué avocat.

Le pourvoi a été distribué à la troisième chambre civile, qui, par un arrêt du 4 juin 2014, a ordonné le renvoi de celui-ci devant la chambre mixte.

2. - Énoncé des moyens

Premier moyen

La société Proximmo fait grief à l'arrêt attaqué de déclarer irrecevable son action à l'encontre de la société X...-Y...-Z... :

- le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui peut être régularisée jusqu'au jour où le juge statue, même postérieurement à l'acte introductif d'instance ;
- en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes avait eu lieu avant que les premiers juges statuent ;
- en se fondant, pour accueillir la fin de non-recevoir, sur la circonstance inopérante que cette saisine est intervenue après l'introduction de l'instance, la cour d'appel a, par refus d'application, violé l'article 126 du code de procédure civile.

Deuxième moyen

La société Proximmo fait grief à l'arrêt attaqué de confirmer le jugement la déboutant de ses demandes formées à l'encontre de la société OCD 34 :

- le bureau d'étude est tenu, en sa qualité de professionnel et dans le cadre de l'exercice de sa mission, d'une obligation de conseil et d'information au profit du maître de l'ouvrage ;
- en retenant, pour écarter cette obligation, que le contrat d'étude de béton excluait toute mission de contrôle des travaux ou de suivi du chantier à la charge du bureau, la cour d'appel a violé les articles 1135 et 1147 du code civil.

Il doit être relevé que, la société Proximmo s'étant désistée de son pourvoi en ce qu'il a été dirigé contre la société OCD 34, le second moyen, qui concerne exclusivement les rapports juridiques entre ces sociétés, est devenu sans objet (en ce sens : Soc., 8 mars 1995, pourvoi n° 93-10.584 ; 1^{re} Civ., 12 décembre 1995, pourvoi n° 93-19.664).

3. - Identification du point de droit faisant difficulté à juger

L'irrecevabilité qui est attachée à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre de la clause d'un contrat instituant une saisine, obligatoire et préalable à la saisine du juge, d'un ordre professionnel pour avis, suivie d'une tentative de conciliation amiable, est-elle écartée par la mise en œuvre de la clause au cours de l'instance judiciaire ?

4. - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

« *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez.* » (Louis Prugnon, député, Assemblée nationale, 7 juillet 1790, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739).

Le présent pourvoi, qui a trait à une clause contractuelle instituant une saisine, obligatoire et préalable à la saisine du juge, d'un conseil régional de l'ordre des architectes pour avis, suivie d'une tentative de conciliation amiable, porte sur la sanction du défaut de mise en œuvre de la clause : la chambre mixte, qui, par arrêt du 14 février 2003, a jugé que le moyen tiré du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir, est aujourd'hui invitée à décider si la mise en œuvre d'une clause de ce type au cours de l'instance judiciaire vaut régularisation de la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir et permet en conséquence d'écarter l'irrecevabilité encourue.

Selon la méthode dite de « l'entonnoir », après avoir, en introduction, situé le contexte, nous exposerons le régime juridique général de telles clauses (I), puis nous examinerons le régime juridique spécifique de la sanction attachée à leur méconnaissance (II).

Il est à peine besoin d'insister sur la promotion croissante dont bénéficient de la part du législateur, depuis déjà une quinzaine d'années, les modes alternatifs de règlement des conflits (« MARC »)¹ : dans un dessein reflétant un sens élevé de la justice, il s'agit d'inciter les parties, seules ou assistées d'un avocat, seules ou avec l'aide d'un tiers, à participer directement à la résolution de leur litige, par le dialogue et la concertation, de manière à

¹ En réalité, ainsi que l'ont montré les professeurs Loïc Cadiet, Jacques Normand et Soraya Amrani-Mekki, « *le développement contemporain des modes alternatifs de règlement des conflits est une sorte de retour aux sources [...]. A l'aube du premier millénaire, le droit de la résolution des conflits était en effet un droit d'imprégnation contractuelle, droit fait de composition, d'arbitrage, de transaction [...]. La juridictionnalisation du règlement des différends, dissociant le procès du contrat, n'est apparue qu'aux XIII^e et XIV^e siècles, marqués par les trois longs règnes de Philippe Auguste, Saint-Louis et Philippe le Bel, ce phénomène participant de l'essor de la monarchie capétienne et de la consolidation du pouvoir royal : la justice est en effet un des instruments de conquête de l'État monarchique contre les pouvoirs féodaux de la noblesse* » (*Théorie générale du procès*, deuxième édition mise à jour, Thémis Droit, PUF, 2013, p. 460).

aboutir à une solution acceptée et non pas à une solution imposée ; mais, plus prosaïquement, dans un objectif traduisant une conception pragmatique de la justice, il s'agit de faciliter le dénouement des différends en évitant le recours aux juridictions afin de contribuer à leur allégement, voire à leur désencombrement...

Les modes alternatifs de règlement des conflits désignent « l'ensemble des procédés permettant aux parties de se mettre d'accord sur la solution de leur conflit », selon les professeurs Cadiet, Normand et Amrani-Mekki, qui relèvent que « la définition est vague et [...] ne peut que l'être car les modes alternatifs de règlement des conflits sont moins une catégorie juridique qu'un état d'esprit », et pour lesquels la conception française, à la différence de la conception anglo-américaine, « ne retient pas l'arbitrage au nombre des modes alternatifs de règlement des conflits », mais « ne les limite pas aux procédures impliquant une tierce personne : les parties peuvent aussi se concilier d'elles-mêmes »².

Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être consubstantiels à une instance judiciaire ou en être indépendants.

Les premiers peuvent être imposés ou proposés par le législateur ou encore proposés par le juge.

Imposés ou proposés par le législateur : par exemple, conciliation devant certaines juridictions : tribunal d'instance (articles 829 et s. du code de procédure civile), conseil de prud'hommes (article R. 1451-1 et s. du code du travail), tribunal paritaire des baux ruraux (article 887 du code de procédure civile) ; tentative préalable de conciliation à l'initiative d'une partie devant le tribunal d'instance (article 830 du code de procédure civile) ; conciliation en certaines matières : divorce (article 252 du code civil), saisie des rémunérations (article R. 3252-6 du code du travail) ; médiation familiale, à titre expérimental et jusqu'au 31 décembre 2014, dans certains tribunaux de grande instance (article 15 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011).

Proposés par le juge : conciliation (articles 21 et s., 127 à 131 du code de procédure civile) ou médiation (articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile), qui peuvent intervenir à tous les stades de l'instance, devant toutes les juridictions, sur des droits dont les parties ont la libre disposition.

Les seconds peuvent dépendre d'organismes spécifiques ou résulter de la convention des parties.

Dépendre d'organismes spécifiques : commissions nationales et régionales de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, comités consultatifs de règlement amiable des différends en matière de marchés publics, commissions départementales de conciliation en matière de baux d'habitation, commissions de surendettement des particuliers, médiateurs familiaux...

Résulter de la convention des parties : soit les parties confient à un tiers la mission de résoudre leur différend (la convention est alors dénommée *compromis*), soit les parties se chargent elles-mêmes de régler leur conflit (la convention est alors appelée *transaction*).

Ainsi que l'observent les professeurs Cadiet, Normand et Amrani-Mekki, « la matière connaît une expansion considérable et un renouvellement majeur. La nouveauté s'observe dans l'usage qui est fait de la technique contractuelle : si le recours à la convention s'est beaucoup développé sur le terrain de l'élaboration conventionnelle de la solution du litige né, les parties recourent de plus en plus à la convention, en amont même de la naissance du litige, comme instrument d'anticipation conventionnelle du règlement de leur différend à naître »³. Et de faire remarquer que, « sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de régler le litige à naître que sur un litige déjà né et cristallisé »⁴.

À cet égard, à côté des clauses contractuelles autorisant une solution unilatérale du litige (telles les clauses pénales ou encore les clauses de résiliation de plein droit), il existe des *clauses contractuelles favorisant une solution bilatérale du conflit*, celles-là mêmes qui nous intéressent ici : ces clauses prennent deux formes, selon qu'elles prévoient ou non l'intervention d'un tiers qui aide les parties à trouver « un accord sur leur désaccord ».

Appartiennent à la seconde catégorie, donc sans intervention d'un tiers, les *clauses d'exécution loyale*, qui constituent un hommage à la bonne foi de l'article 1134 du code civil, ainsi que les *clauses d'arrangement ou de règlement amiable*, qui obligent les parties à rechercher une solution négociée à leur désaccord (en organisant éventuellement les modalités d'une telle recherche), l'inexécution de la clause pouvant se traduire par la mise en jeu de la responsabilité du cocontractant qui passerait outre ou encore par l'irrecevabilité de l'action engagée au mépris de la clause.

Relèvent de la première catégorie, par conséquent avec intervention d'un tiers, les *clauses d'expertise*, où le tiers est un technicien *ad hoc* ou choisi *intuitu personae* par les parties ou encore « institutionnalisé » (les parties se référant à un règlement élaboré par un organisme professionnel) qui, le plus souvent, donne un avis de nature à permettre aux parties d'apprécier leurs chances réelles de succès dans le conflit les opposant, ainsi que les *clauses de conciliation ou de médiation*, où le tiers, au rôle plus actif, après avoir confronté les points de vue des parties, va tenter de rapprocher celles-ci et leur proposer une solution, sans toutefois pouvoir l'imposer.

Nous observerons que, désormais, de telles pratiques sont en partie encadrées : selon l'article 1528 du code de procédure civile, issu du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, « les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats » et, selon l'article 1530 du même code, issu du même texte réglementaire, « la médiation et la conciliation conventionnelles [...] s'entendent [...] de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

² Op. cité, p. 465.

³ Op. cité, p. 458.

⁴ Op. cité, p. 467.

I. - Le régime juridique général des clauses favorisant une solution bilatérale du litige par le recours à un tiers

Outre sur la sanction de leur non-respect (sujet qui sera abordé dans la seconde partie), la jurisprudence de la Cour de cassation a porté sur le contenu (A) et sur le domaine (B) de ces clauses.

A. - Le contenu des clauses

1. - La Cour de cassation contrôle la qualification des clauses

Par un arrêt du 20 juin 2006 (pourvoi n° 03-16.640, *Bull.* 2006, I, n° 310), la première chambre civile a, s'agissant d'« une clause intitulée « clause compromissoire » prévoyant l'intervention, en cas de litige, de conciliateurs chargés de faire accepter par les parties une solution amiable dans un délai de trois mois, faute de quoi les tribunaux judiciaires étaient seuls compétents », rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt ayant condamné une partie à paiement sur la base de l'avis d'un conciliateur désigné par les parties, bien que la cour d'appel eût « qualifié à tort de clause compromissoire et de sentence ce qui n'était qu'un préalable de conciliation ».

De même, par un arrêt du 11 juillet 2006 (pourvoi n° 03-20.802, *Bull.* 2006, I, n° 369), la même chambre a, s'agissant d'une clause contractuelle dont la qualification de convention d'arbitrage avait été contestée par l'un des cocontractants et qui avait cependant donné lieu à la constitution d'un tribunal arbitral, rejeté le pourvoi après avoir approuvé la cour d'appel, « qualifiant la clause figurant au contrat [...] comme instituant une procédure de conciliation préalable à la saisine de la juridiction étatique », d'avoir jugé « que les arbitres s'étaient attribué une mission d'arbitre sans l'accord des parties », justifiant ainsi légalement sa décision d'annuler la sentence rendue.

Il résulte d'un arrêt rendu le 16 juin 2011 (pourvoi n° 10-22.780, *Bull.* 2011, II, n° 133) par la deuxième chambre civile qu'insérée dans un contrat d'assurance collective qui, ayant pour objet de couvrir le risque d'invalidité permanente totale, n'était pas conclu en raison d'une activité professionnelle, une clause intitulée « procédure de conciliation », prévoyant que les conclusions du médecin s'imposent aux parties, ne pouvait instaurer valablement une procédure d'arbitrage.

2. - La Cour de cassation exige une stipulation des clauses dans le contrat

Par un arrêt de rejet du 6 mai 2003 (pourvoi n° 01-01.291, *Bull.* 2003, I, n° 108), s'agissant d'un litige opposant une clinique à un médecin, alors que celle-ci faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté une fin de non-recevoir tirée du non-respect par le praticien d'une procédure de conciliation préalable en soutenant notamment qu'une telle procédure était « prévue par tous les modèles de contrat établis par les organisations professionnelles » et constituait « un usage professionnel opposable aux parties, sans qu'elles aient à s'y référer », la première chambre civile a jugé « qu'une procédure préalable de conciliation ne [peut] résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge ».

Pour le professeur Xavier Lagarde, « cette solution ressemble fort à celle énoncée par l'article 1443 du nouveau code de procédure civile, selon lequel "la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère". Cet emprunt paraît légitime. Certes, l'arbitrage n'est pas la conciliation et, ainsi qu'il a été dit, il serait maladroit, sinon absurde, de procéder à un emprunt généralisé pour définir le régime de la seconde. Il reste que ces deux techniques ont en commun de comporter une renonciation au droit au juge, fût-ce à des degrés divers. Dès lors que l'exigence d'une rédaction écrite de la clause compromissoire s'explique (notamment) par sa dimension abdlicative, l'identité de motifs commande d'appliquer la même solution à la clause de conciliation »⁵.

Pour les professeurs Jacques Mestre et Bertrand Fages, « le présent arrêt [...] conduit une fois de plus à attirer l'attention des rédacteurs sur la nécessité qu'il y a à contractualiser expressément l'exigence d'une conciliation préalable. Cela peut être fait, au besoin, en intégrant très clairement dans le champ des dispositions contractuelles des parties contractantes la procédure prévue par l'autorité ordinaire ou l'organisation professionnelle. Or, ici, le contrat était verbal, il n'existait aucune clause, et il n'était même pas établi que le médecin demandeur fût bien membre d'une organisation professionnelle déterminée, prévoyant impérativement le recours à une solution amiable »⁶.

D'une manière générale, M. Bernard Pons a remarqué qu'« une clause de médiation se traduisant par une renonciation ne serait-ce que temporaire au droit d'accès au juge, l'exigence d'une "stipulation contractuelle" est conforme au principe général selon lequel "la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer", exigence relayée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »⁷.

Suivant le même ordre d'idée, par un arrêt de rejet du 16 juin 2009 (pourvoi n° 07-14.913), la chambre commerciale a jugé « qu'après avoir constaté que la clause de conciliation préalable n'avait pas été reproduite dans les actes [...], l'arrêt retient, par une interprétation souveraine des conventions des parties que leur rapprochement rendait nécessaire, qu'il n'y avait pas lieu de faire application de cette clause à la demande de Mme X... fondée sur ces seuls actes ».

⁵ RDC 2003, p. 189.

⁶ RTD civ. 2003, p. 499.

⁷ Contrat de transaction - Solutions transactionnelles, Conciliation-Médiation-Procédure participative, Dalloz référence, 2014-2015, chapitre 312, clauses de conciliation-médiation, n° 312-43, p. 605.

3. - La Cour de cassation applique les clauses de manière stricte

Par un arrêt du 7 mars 2007 (pourvoi n° 05-45.157), s'agissant d'une clause énonçant qu'« en cas de difficultés soulevées soit par l'exécution, soit par l'interprétation du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l'ordre des médecins du Finistère, chacun choisissant librement un des deux membres », alors que la cour d'appel, pour déclarer irrecevable l'action intentée devant la juridiction prud'homale, avait énoncé que le préliminaire de conciliation ainsi prévu n'avait pas été respecté puisque la clause « englobe nécessairement les différends liés à la rupture du contrat de travail, laquelle n'était, en l'espèce, que la conséquence des difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat de travail », la chambre sociale a cassé l'arrêt attaqué pour dénaturation de la clause au motif que celle-ci visait « les difficultés soulevées par l'exécution ou l'interprétation du contrat et non pas le litige né de sa rupture ».

Par un arrêt de rejet du 23 mai 2007 (pourvoi n° 06-15.668, Bull. 2007, III, n° 80), la troisième chambre civile a jugé que « la clause de saisine préalable à toute action judiciaire en cas de litige sur l'exécution du contrat de l'ordre des architectes » ne pouvait « porter que sur les obligations des parties au regard des dispositions de l'article 1134 du code civil » et n'avait pas « vocation à s'appliquer lorsque la responsabilité de l'architecte [est] recherchée sur le fondement de l'article 1792 du même code ».

Et, par un arrêt de cassation du 9 octobre 2007 (pourvoi n° 06-16.404), la même chambre a réaffirmé sa jurisprudence en cassant l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable une action engagée sur le fondement de l'article 1792 du code civil, avait retenu qu'une clause similaire devait s'appliquer dès lors que la demande portait « sur une faute commise dans et pendant l'exécution du contrat ».

Par un arrêt de rejet du 13 janvier 2010 (pourvoi n° 08-18.202, Bull. 2010, V, n° 10), s'agissant d'une clause d'un accord collectif prévoyant que « les parties signataires, soucieuses d'éviter tout contentieux néfaste à l'objectif de relations sociales stables poursuivi par le présent accord, conviennent de se rencontrer selon la procédure décrite ci-après en cas de différend lié à l'application ou à l'interprétation des dispositions de l'accord et de ses éventuels avenants », que « les parties s'abstiennent pendant la durée de la conciliation de toute action dont la nature risquerait d'aggraver le différend » et qu'« en cas de non-conciliation à l'issue de la procédure de conciliation prévue ci-dessus, les dispositions du code du travail relatives aux procédures de règlement des conflits collectifs du travail s'appliquent », la chambre sociale a jugé « qu'il ne résulte pas de la clause litigieuse que le préliminaire de conciliation était obligatoire ».

Dans le même sens, par un arrêt de rejet du 23 mai 2012 (pourvoi n° 10-27.596), la troisième chambre civile a jugé qu'en présence d'une clause d'un contrat de vente prévoyant qu'« en cas de litige, les parties conviennent, préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leurs différends à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires », la cour d'appel, qui avait « relevé, par une interprétation souveraine exclusive de dénaturation que l'ambiguïté des termes de l'acte de vente rendait nécessaire, que les parties n'avaient pas fait de l'inobservation de la clause de conciliation une fin de non-recevoir », avait légalement justifié sa décision.

Mme Caroline Pelletier, qui s'est montrée critique à l'égard de ce dernier arrêt, en a tiré la conclusion suivante : « À la lumière de cet arrêt, il apparaît indispensable de mentionner le caractère à la fois obligatoire et préalable de la procédure de conciliation convenue, sous peine de voir la clause privée de toute efficacité par l'interprétation des juges du fond »⁸.

Par un arrêt de rejet du 12 juin 2012 (pourvoi n° 11-18.852) qui n'est pas sans rappeler les arrêts précités des 23 mai et 9 octobre 2007, la chambre commerciale, a jugé que « la cour d'appel, qui a relevé que l'action engagée par la société X..., fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce, visait la rupture d'une relation commerciale établie, selon elle, depuis 2002, n'a pas méconnu la loi des parties en écartant la clause de médiation préalable figurant au contrat du 18 avril 2006, dont l'application était limitée aux différends portant sur la fin de ce contrat précis ».

De nouveau, Mme Caroline Pelletier, qui n'a pas été convaincue par l'arrêt, en a déduit la conséquence suivante : « l'arrêt invite les rédacteurs de contrats à davantage de précision, notamment lorsque le contrat prend place au sein d'une relation commerciale plus large. Il leur appartient en ce cas de préciser la portée de la clause de conciliation lorsque la fin du contrat est une des conséquences de la rupture de la relation commerciale globale »⁹.

M. Diego de Lammerville et Mme Laurence Wynaendts sont allés dans le même sens : « En l'état, la position retenue par la Cour de cassation incitera les praticiens à englober plus explicitement la rupture de relations commerciales établies dans les clauses de règlement amiable des litiges »¹⁰.

Par un arrêt du 18 décembre 2013 (pourvoi n° 12-18.439, Bull. 2013, III, n° 169), s'agissant d'une clause, obligatoire et préalable à la saisine du juge, de saisine pour avis d'un conseil régional de l'ordre des architectes prévue dans un contrat conclu entre un maître de l'ouvrage et un architecte, la troisième chambre civile a jugé que la mise en œuvre de la clause n'était pas une condition de recevabilité de l'action directe engagée contre l'assureur de celui-ci.

Par un arrêt de cassation du 29 avril 2014 (pourvoi n° 12-27.004, Bull. 2014, IV, n° 76), la chambre commerciale a jugé que « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci ».

⁸ RDC 2013, p. 192.

⁹ Op. cité, note 8.

¹⁰ JCP 2012, éd. E, n° 40, p. 1585.

La clause litigieuse, non reproduite dans la décision, étant ainsi rédigée : « *Tout différend né entre les parties à l'occasion du présent contrat, notamment quant à son interprétation, son exécution ou sa résiliation, et subsistant, après vaine tentative de règlement amiable, sera soumis à la compétence exclusive du tribunal de commerce de Paris, nonobstant pluralité de défendeurs, appel en garantie et/ou procédure d'urgence, notamment par voie de référé ou sur requête* », la chambre commerciale semble avoir considéré que celle-ci se bornait à mettre à la charge des parties une tentative de règlement amiable de leur litige sans pour autant instituer une procédure de conciliation obligatoire.

Si Mme Olivia Sabard a évoqué un « *affaiblissement de la portée des clauses de conciliation préalable* »¹¹, M. Hervé Croze s'est voulu pragmatique : « *Il y a donc lieu de distinguer selon que la clause prévoit une véritable procédure de conciliation ou seulement une tentative de règlement amiable non assortie de conditions particulières, comme en l'espèce. Ce n'est que dans le premier cas qu'il y a une fin de non-recevoir à l'action en justice* »¹².

4. La Cour de cassation s'assure de la parfaite mise en œuvre des clauses

Par un arrêt de cassation du 28 novembre 1995 (pourvoi n° 94-12.285), la chambre commerciale a jugé, après avoir rappelé le principe selon lequel « *la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer* », que la volonté d'une partie de renoncer à une procédure préalable de conciliation ne peut pas se déduire du seul fait qu'elle ne l'a pas mise en œuvre avant d'être assignée.

Par un arrêt de cassation du 17 juin 2003 (pourvoi n° 99-16.001, *Bull.* 2003, IV, n° 101), tandis que, pour déclarer recevables les demandes formées judiciairement par un groupement d'intérêt économique à l'encontre d'antiquaires, l'arrêt attaqué avait retenu, d'une part, qu'il résultait de la teneur de « courriers » échangés entre les parties que les antiquaires n'avaient pas désigné de conciliateur, d'autre part, que ceux-ci avaient estimé qu'aucune conciliation ne pouvait intervenir et que le litige ne pouvait qu'être porté devant la juridiction compétente, la même chambre a jugé qu'en se déterminant ainsi, alors que les statuts du groupement imposaient, en cas de litige, le recours préalable à une procédure de conciliation impliquant que chacune des parties désigne un conciliateur, éventuellement après avoir été mise en demeure de le faire dans le délai d'un mois, la cour d'appel, qui n'avait pas recherché si le groupement avait procédé à cette mise en demeure et si le délai d'un mois avait été respecté, n'avait pas donné de base légale à sa décision.

Ce qui a fait dire au regretté professeur Roger Perrot : « *Dès lors que la volonté commune des parties a organisé une procédure de conciliation qui subordonne l'accès au juge, elle doit être scrupuleusement suivie. Et dans ces conditions, il importe peu que l'une d'entre elles ait la conviction qu'une tentative de conciliation ne débouchera sur aucun résultat positif. C'est toute la différence avec la médiation. Seule ici une renonciation commune aux exigences de la clause peut autoriser l'accès direct au tribunal* »¹³.

Dans un ordre d'idée assez voisin, par un arrêt de rejet du 8 avril 2009 (pourvoi n° 08-10.866, *Bull.* 2009, I, n° 78), s'agissant d'une clause selon laquelle, « *en cas de litige relatif à l'interprétation ou l'exécution d'une disposition du présent contrat, les parties désignent d'ores et déjà un médiateur et, d'un commun accord, M. le président du syndicat des fournisseurs pour coiffeurs et coiffeurs parfumeurs* » et, « *en cas d'échec ou de refus de la médiation, le tribunal de commerce de Paris sera seul compétent pour connaître les litiges susvisés* », la première chambre civile a jugé qu'ayant relevé que la saisine du tribunal de commerce ne pouvait intervenir qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation, c'était à bon droit que la cour d'appel en avait déduit que l'une des parties ne pouvait, par avance, refuser une procédure de médiation qui n'avait pas encore été mise en œuvre.

5. - La Cour de cassation admet l'opposabilité des clauses en cas de subrogation

Il résulte d'un arrêt rendu le 6 mars 2007 par la première chambre civile (pourvoi n° 04-16.204, *Bull.* 2007, I, n° 91) qu'une clause de conciliation et d'arbitrage contenue dans un contrat n'est pas, du fait de sa transmission, inopposable à une société tierce agissant en qualité d'ayant droit de l'une des parties au contrat.

De même, il ressort d'un arrêt rendu le 28 avril 2011 par la troisième chambre civile (pourvoi n° 10-30.721, *Bull.* 2011, III, n° 58) qu'une clause de conciliation préalable figurant dans un contrat d'architecte est opposable aux acquéreurs qui agissent par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, en dépit du fait qu'ils n'auraient pas eu personnellement connaissance de cette clause.

Le professeur Denis Mazeaud a approuvé l'arrêt : « *La subrogation a pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive, dont le créancier subrogeant était titulaire, et de tous les avantages et accessoires de la créance en question. Cet effet translatif fonde donc la transmission de la clause de conciliation au créancier subrogé, qui, tout tiers qu'il est au contrat dans lequel cette clause a été stipulée, peut donc se la voir opposer par le cocontractant du créancier subrogeant. C'est parce qu'elle est l'accessoire de la créance transmise que cette clause est opposable au subrogé, qui ne peut donc alors invoquer l'effet relatif du contrat dans lequel la clause était insérée* »¹⁴.

Mme Caroline Pelletier a émis une opinion assez proche : « *L'opposabilité de la clause de conciliation est une conséquence logique de la subrogation, et l'absence de connaissance de cette clause par le subrogé ne pouvait permettre à celui-ci d'y échapper, dans la mesure où le débiteur ne doit pas voir la consistance ou l'étendue de ses droits contractuels modifiées par un mécanisme qui ne requiert pas son consentement et qui a pour fonction de faire circuler les créances, voire les positions contractuelles. Dans ce cas de figure, il appartient donc au subrogé de se renseigner quant au contenu du contrat conclu par le subrogeant avec le débiteur et sur lequel il*

¹¹ JCP 2014, éd. G, n° 25, p. 711.

¹² JCP 2014, éd. G, n° 21-22, p. 607.

¹³ RTD civ. 2004, p. 136.

¹⁴ RDC 2011, p. 1191.

entend se fonder pour exercer une action en justice contre ce dernier. À défaut de satisfaire à cette précaution élémentaire, il risque, comme en l'espèce, de se voir opposer une fin de non-recevoir liée à l'absence de mise en œuvre d'une clause de conciliation dont un subrogé normalement diligent aurait dû avoir connaissance »¹⁵.

En dernier lieu, nous ferons observer que cette jurisprudence n'est évidemment pas sans rappeler celle selon laquelle, « *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissaire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* » (1^{re} Civ., 27 mars 2007, pourvoi n° 04-20.842, *Bull.* 2007, I, n° 129).

B. - Le domaine des clauses

Le champ d'application des clauses, essentiellement de conciliation, a donné lieu à débat dans deux matières, le droit de la consommation et le droit du travail, ainsi que dans une procédure, celle de référé.

Dès lors qu'il ne s'agit pas de la question centrale posée par le présent pourvoi, il n'y a pas lieu de retracer ici dans le détail l'évolution du droit dans ces différents domaines : il suffira d'en rappeler les traits saillants, de manière à permettre d'en tirer des enseignements quant à la solution à donner au problème soumis à la chambre mixte.

- En droit de la consommation

Après deux recommandations dans le même sens émises les 30 janvier 1979 et 23 mars 1990, la commission des clauses abusives a, dans son rapport d'activité pour l'année 2001, clairement préconisé « *d'interdire les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer l'exercice par le non-professionnel ou le consommateur des actions en justice ou voies de recours contre le professionnel, notamment en imposant le préalable d'un recours amiable ou en stipulant un délai d'action plus court que celui de la prescription légalement applicable* »¹⁶, alors pourtant qu'une recommandation émise le 30 mars 1998 par la Commission européenne reconnaissait que « *l'expérience acquise par plusieurs États membres démontre que les mécanismes alternatifs de règlement non judiciaire des litiges de consommation, pourvu que le respect de certains principes essentiels soit garanti, peuvent assurer de bons résultats, tant pour les consommateurs que pour les entreprises, en réduisant le coût et la durée du règlement des litiges de consommation* »¹⁷.

Dans le prolongement de la préconisation de la commission des clauses abusives, l'article R. 132-2 du code de la consommation, issu du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, énonce que sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de : « *10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ».

Ainsi que l'a souligné M. Bernard Pons, « *si une clause de médiation est libellée de telle sorte qu'elle prévoit "exclusivement" la saisine d'un médiateur comme mode de règlement d'un litige - ce qui en toute logique pourra paraître inconcevable, en ce qu'une telle stipulation reviendrait soit à obliger les parties à s'entendre, soit à obliger l'éventuel demandeur à renoncer à agir en justice - elle entre dans la catégorie des clauses "présumées abusives" [...]. Mais si une clause de médiation est conçue comme prévoyant la saisine d'un médiateur à titre obligatoire préalablement à l'éventuelle saisine d'un juge, elle entre dans le champ de la formule qui vise également les clauses ayant pour objet ou pour effet d'"entraver l'exercice d'actions en justice", si l'on considère que tel est le cas de toute clause de médiation en ce qu'une telle stipulation a nécessairement pour première incidence d'obliger l'éventuel demandeur à différer sa saisine du juge* »¹⁸.

Par un arrêt de cassation rendu le 1^{er} février 2005 au visa de l'article L. 132-1 du code de la consommation (pourvoi n° 03-19.692, *Bull.* 2005, I, n° 64), la première chambre civile a préféré retenir une approche plus souple.

En présence d'une clause ainsi rédigée : « *En cas de litige pour l'exécution du présent contrat, les parties s'efforcent de trouver une solution amiable. A ce titre, le syndic accepte l'intervention d'associations d'usagers et des syndicats professionnels, par l'intermédiaire d'une commission de conciliation. Il en est de même pour les litiges qui viendraient à naître entre le syndic et un ou plusieurs copropriétaires. Toutefois, l'avis du conseil syndical sera requis pour cette commission de conciliation ; ladite commission n'émet qu'un avis, qui peut ne pas satisfaire l'une ou l'autre des parties* », alors que la cour d'appel avait estimé que le fait de contraindre un copropriétaire à un préliminaire de conciliation présentait un caractère abusif, la première chambre civile a jugé à l'inverse que la clause, « *exempte d'un quelconque déséquilibre significatif au détriment du consommateur* », ne revêtait pas un caractère abusif.

Cet arrêt a été approuvé en doctrine, notamment par les professeurs Jacques Mestre et Bertrand Fages, pour qui : « *... comme le montre excellemment notre collègue Caroline Pelletier ("Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de conciliation", JCP, 24 mars 2005, p. 493), "la loi désigne comme suspectes les clauses qui font obstacle à toute saisine ultérieure d'une juridiction étatique en contraignant le consommateur à s'en remettre de façon exclusive à un mode alternatif de règlement des litiges", mais, en revanche, doit demeurer valable, en plein accord avec la position de la Cour de cassation, la clause qui préserve le droit d'agir en justice du consommateur après l'échec de la conciliation. Ce qui, évidemment, est heureux, tant une bonne conciliation est susceptible d'offrir au consommateur une solution rapide au litige qui l'oppose au professionnel* »¹⁹.

¹⁵ RDC 2012, p. 882.

¹⁶ NOR: ECOC0100146X, BOCCRF 30 mai 2002.

¹⁷ Recommandation 98/257/CE concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation.

¹⁸ *Op. cit.*, note 7, n° 312-71, p. 608.

¹⁹ RTD civ. 2005, p. 395.

Mais, si, dans un avis émis le 27 mars 2007, le Conseil national de la consommation admettait que les professionnels, « *comme les consommateurs, ont un intérêt convergent au développement du recours au règlement amiable des litiges, tout particulièrement dans le domaine de la consommation* »²⁰, la commission de la médiation de la consommation, instituée par une loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, a, dans son rapport d'activité pour l'année 2012, déposé en juillet 2013, élaboré une « *charte médiation consommation* » dont l'article 4.5 énonce que « *le recours à la médiation de la consommation ne saurait, en aucun cas, constituer une condition préalable à un recours en justice* ».

Telle est également la position du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne dans deux textes qu'ils ont adoptés le 21 mai 2013 et dont il résulte que le consommateur ne saurait être privé « *de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement du litige* »²¹ ou « *de son droit d'accès au système judiciaire* »²².

- En droit du travail

Jusqu'à l'arrêt rendu le 14 février 2003 par la chambre mixte, sur lequel nous reviendrons largement, la chambre sociale avait développé une conception restrictive des clauses de conciliation et de médiation, ainsi qu'il résultait d'arrêts rendus les 18 juin 1970 (pourvoi n° 69-40.331, *Bull.* 1970, V, n° 427), 9 décembre 1981 (pourvois n° 79-41.580 et 79-41.586, *Bull.* 1981, V, n° 954), 19 juillet 1988 (pourvoi n° 85-45.004, *Bull.* 1988, V, n° 475), 26 janvier 1994 (pourvois n° 91-40.464, 91-41.777 et 91-41.778, *Bull.* 1994, V, n° 32) et 1^{er} avril 1997 (pourvois n° 94-43.433 et 94-43.335 à 94-43.442), les deuxième et troisième cités ayant énoncé que « *la création d'organismes conventionnels chargés de régler les différends nés à l'occasion du contrat de travail ou même de procéder à la conciliation des parties ne saurait faire obstacle à la saisine directe des conseils de prud'hommes légalement compétents* ».

Par la suite, après trois arrêts rendus les 30 juin 2004 (pourvoi n° 02-41.518), 7 mars 2007 (pourvoi n° 05-45.157) et 7 décembre 2011 (pourvoi n° 10-16.425, *Bull.* 2011, V, n° 285) où elle n'a pas eu l'occasion de prendre expressément parti sur la question²³, et alors que la doctrine travailliste avait manifesté une certaine hostilité à l'endroit de ces clauses, la chambre sociale a clarifié sa position par un arrêt de principe du 5 décembre 2012 (pourvoi n° 11-20.004, *Bull.* 2012, V, n° 326), en jugeant « *qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend* ».

Pour M. Bernard Pons, la règle posée « *réalise une conciliation judiciaire entre les intérêts en présence* », dès lors que, « *comme en droit commun, la clause de médiation est licite* », mais, « *à la différence du droit commun, [elle] ne produit pas d'effet contraignant* » ; ainsi, selon cet auteur, d'une part, « *en cas d'échec de la négociation engagée conformément à la clause, la procédure prud'homale restera applicable en tous ses éléments, de sorte qu'elle devra débiter par une saisine du bureau de conciliation* », d'autre part, « *l'inobservation d'une clause de médiation peut être considérée comme sans inconvénient en la matière, dès lors que, même en présence d'une telle clause, respectée ou non respectée, devra être observée la règle du préliminaire de conciliation* »²⁴.

Nous ajouterons enfin que la jurisprudence de la chambre sociale traite de manière identique les clauses de conciliation insérées dans un contrat de travail et celles comprises dans un accord collectif.

- En référé

Par un arrêt de rejet du 28 mars 2007 (pourvoi n° 06-13.209, *Bull.* 2007, III, n° 43), s'agissant d'une clause ainsi rédigée (identique à celle afférente au présent pourvoi) : « *En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes dont relève l'architecte, avant toute procédure judiciaire. À défaut d'un règlement amiable, le litige opposant les parties sera du ressort des juridictions civiles territorialement compétentes* », la troisième chambre civile a jugé que la cour d'appel avait exactement retenu que la clause « *n'était pas applicable à l'action des époux X..., fondée sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile, dans le but de réunir des preuves et d'interrompre un délai* ».

Pour le professeur Soraya Amrani-Mekki, cet arrêt répond à la nécessité d'« *une aide à la préconstitution de preuves pour éviter leur dépérissement ou pouvoir les établir* », alors que « *la durée d'attente d'exécution de la mesure d'instruction peut être disproportionnée à la durée raisonnable de la conciliation* »²⁵.

Et selon le professeur Roger Perrot, dont les derniers développements ne sont pas inintéressants au regard de notre affaire, « *On ne peut qu'approuver cette solution. Une tentative de conciliation ne peut avoir lieu en toute loyauté que si les intéressés sont à même d'apprécier en connaissance de cause les concessions qu'ils pourront accepter et, dans les matières éminemment techniques, ils ne peuvent l'être que si, en toute objectivité, un expert leur a révélé l'importance et les causes du sinistre. Or, il est évident qu'une tentative de conciliation devant un organisme corporatif est loin de présenter les mêmes garanties que l'avis d'un expert désigné par un juge. Le recours préalable à l'article 145 n'est donc pas superflu. On en arrive même à se demander si, dans un*

²⁰ Avis relatif à la médiation et aux modes alternatifs de règlement des litiges, NOR : ECOC0750514V22.

²¹ Dir. 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, considérant 43.

²² Règlement n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, considérant 26.

²³ À cet égard, M. Daniel Boulmier (*Droit social* 2013, p. 178) a fait observer : « *Dans la période de l'arrêt de la chambre mixte, cette question était d'une très grande importance, car la chambre sociale n'avait pas encore assoupli sa jurisprudence sur la règle de l'unicité de l'instance en application de l'article R. 14526 du code du travail ; aussi, un salarié qui se serait vu opposer une fin de non-recevoir, faute d'avoir mis en œuvre la conciliation préalable contractuelle, se serait vu par la suite opposer la règle de l'unicité de l'instance en cas de réintroduction de sa demande. Depuis l'arrêt du 16 novembre 2010, par lequel la Cour de cassation a décidé que "la règle de l'unicité de l'instance [...] n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond" (16 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.404, *Bull.* 2010, V, n° 260), les conséquences irréparables d'une éventuelle fin de non-recevoir se trouvaient écartées.* »

²⁴ *Op. cit.*, note 7, n° 312-83, p. 612.

²⁵ « La clause de conciliation », in *La Médiation*, Société de législation comparée, D. 2009, n° 11, p. 29 et s.

litige qui oppose un professionnel à un consommateur, une clause de conciliation obligatoire est valable devant un organisme de cette nature, en raison de la présomption de partialité qui pèse sur lui. La lecture de l'arrêt ne permet pas d'ailleurs de savoir exactement quelle était, dans le cas d'espèce, la portée de cette clause. L'architecte mis en cause et son assureur la présentaient comme une "clause de conciliation obligatoire", tandis qu'il est dit dans l'arrêt que le recours préalable devant le conseil régional de l'ordre des architectes ne tendait à obtenir qu'un simple "avis" ; ce qui n'est pas du tout la même chose. La nuance est peut-être habile, dans la mesure où elle permet de faire échapper la clause litigieuse à une nullité menaçante, mais elle ne donne alors qu'une justification plus grande encore à l'arrêt commenté »²⁶.

Par un arrêt du 9 novembre 2006 (pourvoi n° 05-19.443), alors qu'une cour d'appel, saisie en référé, avait condamné une partie au paiement d'une indemnité provisionnelle après avoir rejeté une exception d'irrecevabilité tirée de l'absence de mise en œuvre préalable de la clause de conciliation prévue aux contrats au motif notamment que celle-ci « ne portait pas atteinte au droit de chacune des parties de soumettre le litige à la juridiction civile », la deuxième chambre civile a cassé l'arrêt attaqué en énonçant « qu'ayant retenu que les conventions prévoyaient le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de celles-ci », la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences de ses constatations.

Il résulte par conséquent de ces deux arrêts que la clause n'est pas applicable en cas de référé fondé sur l'article 145 du code de procédure civile, mais qu'elle l'est en cas de référé fondé sur l'article 809, alinéa 2, du même code : c'est sans nul doute la nature différente de ces deux types de référé (référé probatoire et référé provision) qui explique ces jurisprudences, seul le référé provision conduisant le juge à « prendre parti ».

II. - Le régime juridique spécifique de la sanction attachée à la méconnaissance des clauses favorisant une solution bilatérale du litige par le recours à un tiers

Quelle sanction réserver à une action judiciaire engagée au mépris d'une telle clause ?

L'arrêt rendu le 14 février 2003 par la chambre mixte sur cette question constitue indéniablement la décision la plus importante en matière de clause de conciliation.

Il conviendra d'examiner la solution retenue par cet arrêt (A), puis de retracer l'application faite de celle-ci par les différentes chambres de la Cour (B), enfin d'étudier le problème juridique posé par le présent pourvoi et découlant directement de cette jurisprudence (C).

A. - La jurisprudence de la chambre mixte

Par un arrêt du 6 juillet 2000 (pourvoi n° 98-17.827), la deuxième chambre civile, revenant sur un précédent arrêt du 15 janvier 1992 (pourvoi n° 90-19.097), avait jugé « qu'ayant relevé que les conventions contenaient une clause de conciliation par laquelle les parties s'étaient engagées à soumettre leur différend à deux conciliateurs avant toute action contentieuse, l'arrêt retient, à bon droit, que l'action en justice introduite par la polyclinique sans observation de la procédure prévue par cette clause est irrecevable »²⁷.

Mais, par un arrêt du 23 janvier 2001 (pourvoi n° 98-18.679, *Bull.* 2001, I, n° 11), la première chambre civile, adoptant une position contraire, avait clairement décidé que « la clause du contrat d'exercice professionnel subordonnant une action judiciaire à une conciliation des parties par l'autorité ordinale, qui ne constitue pas une fin de non-recevoir, n'est pas d'ordre public et ne se trouve assortie d'aucune sanction ».

Puis, par un arrêt du 6 mars 2001 (pourvoi n° 98-15.502, *Bull.* 2001, I, n° 58), la même chambre avait jugé que « la cour d'appel, qui a retenu, par une interprétation souveraine de la volonté des parties lors de la signature de la convention, que l'inobservation de la clause prévoyant un préalable de conciliation avant toute procédure ne constituait pas une fin de non-recevoir à l'action en justice, ce qui impliquait que ce préalable n'était pas obligatoire, a ainsi légalement justifié sa décision sur ce point ».

Eu égard à cette divergence de jurisprudence et à la position de la chambre sociale rappelée précédemment, la chambre mixte a été saisie d'un pourvoi relatif à une clause de conciliation obligatoire et préalable.

M. le doyen Pierre Bailly, conseiller rapporteur, avait recensé les différents arguments des thèses en présence.

Ces arguments, qui méritent d'être rappelés, peuvent être ainsi résumés :

a) Au soutien de l'irrecevabilité de l'action :

- la force obligatoire du contrat, qui interdit de saisir le juge avant la mise en œuvre de la procédure de conciliation, sauf à priver la clause de conciliation de toute effectivité ;

- le parallèle effectué avec la sanction de la méconnaissance d'un préliminaire de conciliation judiciaire lorsque celui-ci est légalement obligatoire, laquelle consiste en l'irrecevabilité de la demande, l'énumération des fins de non-recevoir contenue dans l'article 122 du code de procédure civile n'étant pas limitative eu égard à l'article 124 du même code, qui évoque des irrecevabilités ne résultant d'aucune disposition expresse ;

- la jurisprudence du juge administratif, le Conseil d'État ayant jugé, par un arrêt du 9 décembre 1991 (n° 84308, publié au *Recueil Lebon*), que le non-respect de la clause d'une convention imposant aux parties, en cas de différend, de solliciter l'arbitrage du sous-préfet avant toute procédure contentieuse entraîne l'irrecevabilité de la demande présentée directement au juge administratif ;

²⁶ *Procédures* 2007, p. 17.

²⁷ Un arrêt rendu le 28 novembre 1995 (pourvoi n° 9412.285) par la chambre commerciale et évoqué précédemment a pu être présenté comme étant dans le même sens : il semble difficile de souscrire pleinement à cette analyse, dès lors que l'arrêt attaqué avait admis la recevabilité de l'action judiciaire après avoir considéré que les parties avaient renoncé implicitement à la procédure préalable et obligatoire de conciliation et que la chambre commerciale a cassé l'arrêt sur la seule question de la renonciation.

- les principes directeurs du procès permettant au juge d'organiser une médiation, dont il résulte que les parties sont libres d'aménager comme elles l'entendent le règlement du litige qui les oppose, de sorte qu'une clause de conciliation ou de médiation préalable doit recevoir application et produire tous ses effets sur le plan procédural ;
- l'intérêt des parties, dispensées des charges et inconvénients d'un procès lorsqu'elles tentent une conciliation ou une médiation dont elles ont arrêté le principe, comme l'intérêt de la justice, qui ne doit être saisie qu'en cas d'échec des modes alternatifs de règlement des conflits.

b) En défaveur de l'irrecevabilité de l'action :

- le principe selon lequel le juge ne peut opposer des fins de non-recevoir qui ne résultent pas des textes, seuls la loi et le règlement pouvant instituer des causes d'irrecevabilité empêchant l'exercice d'actions en justice ;
- le droit d'accès au juge, qui est reconnu et protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et qui ne peut s'accommoder de restrictions dépendant de la seule volonté des parties, sauf à considérer que l'obligation de passer préalablement par un préliminaire de conciliation extrajudiciaire, nécessairement temporaire, n'affecte pas réellement ce droit ;
- le régime des fins de non-recevoir, qui permet à une partie d'invoquer une clause de médiation ou de conciliation à tous les stades de la procédure judiciaire, sans avoir à justifier d'un quelconque grief ;
- les conséquences préjudiciables d'un retard dans la saisine du juge, lorsque l'exercice de l'action est enfermé dans un délai de prescription ou de forclusion ;
- le caractère vain, au demeurant source de retard, du mode de règlement amiable d'un conflit en l'absence de la volonté commune de toutes les parties de se soumettre à une procédure de conciliation préalable.

En outre, certains auteurs avaient suggéré que la violation de la clause aurait pu donner lieu à une exception de procédure ou encore à une demande de sursis à statuer, solutions moins radicales.

Par un arrêt du 14 février 2003 (poursuis n° 00-19.423 et 00-19.424, *Bull.* 2003, n° 1), la chambre mixte, composée de toutes les chambres de la Cour de cassation à l'exception de la chambre criminelle, a jugé qu'« *il résulte des articles 122 et 124 du nouveau code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées* », que, « *licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* » et qu'« *ayant retenu que l'acte de cession d'actions prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la cour d'appel en a exactement déduit l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre* ».

La Cour de cassation a ainsi décidé :

- que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées par l'article 122 du code de procédure civile, au regard de l'article 124 du même code ;
- qu'une clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge est licite ;
- que le moyen tiré du défaut de mise en œuvre d'une telle clause constitue une fin de non-recevoir ;
- que la mise en œuvre d'une telle clause suspend la prescription jusqu'à l'issue de la procédure de conciliation ;
- que la fin de non-recevoir s'impose si les parties l'invoquent.

De manière quasi unanime, la doctrine, qui l'a très largement commenté, a approuvé l'arrêt du 14 février 2003 sur ces différents points.

Nous relèverons immédiatement, sur le quatrième point, que la loi est venue prendre le relais de l'*obiter dictum*, au demeurant essentiel, énoncé par la chambre mixte.

En effet, les articles 2238 et 2254, alinéa 2, du code civil, issus de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, ont précisé les effets, sur la prescription, d'un recours à la conciliation ou à la médiation après la survenance d'un litige²⁸.

Nous ferons également observer, sur le cinquième point, que, s'il peut être légitimement considéré que le juge n'a pas l'*obligation* de relever d'office la fin de non-recevoir, laquelle résulte d'une convention privée et ne présente donc pas un caractère d'ordre public, la question peut se poser de savoir si le juge dispose de la *faculté* de la relever d'office ; certes, l'article 125, alinéa 2, du code de procédure civile énonce que « *le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée* » et, selon une jurisprudence bien établie, « *les juges ne peuvent, hormis dans les cas prévus par l'article 125 du nouveau code de procédure civile, soulever d'office une fin de non-recevoir qui n'est pas d'ordre public* »²⁹ ; mais le professeur Loïc Cadiet a pu soutenir que l'hypothèse est précisément celle de l'article 125, alinéa 2 : « *les parties n'ont pas intérêt à agir en justice tant que la procédure de médiation n'a pas été mise en œuvre car nul ne sait alors si l'avantage attendu de l'exercice de l'action en justice (c'est la définition de l'intérêt à agir : v. L. Cadiet,*

²⁸ Article 2238 du code civil : « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative.*

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».

Article 2254, alinéa 2, du même code : « *Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi* ».

²⁹ V., par ex., 2^e Civ., 28 février 2006, pourvoi n° 04-15.983, *Bull.* 2006, II, n° 56.

Droit judiciaire privé, *préc.*, n° 843) ne leur sera pas procuré par une solution amiable du litige »³⁰, tandis que M. Pascal Ancel et Mme Marianne Cottin considèrent que la formulation employée par la chambre mixte « signifie a contrario que le juge n'a non seulement aucune obligation, mais n'a pas non plus le pouvoir de soulever d'office l'irrecevabilité »³¹.

B. - L'application de la jurisprudence de la chambre mixte par les chambres civiles

En dehors de la chambre sociale, qui a opté pour un régime spécifique tenant au particularisme de la procédure en droit social, les chambres civiles de la Cour de cassation se sont conformées à la jurisprudence de la chambre mixte, qu'elles ont, de surcroît, enrichie.

Par un arrêt du 27 janvier 2004 (pourvoi n° 00-22.320, *Bull.* 2004, I, n° 23), la première chambre civile a ainsi jugé « qu'ayant retenu que la clause conventionnelle de conciliation devant le bâtonnier s'imposait aux parties, l'arrêt attaqué en a justement déduit que ce préalable de conciliation était obligatoire avant l'introduction d'une procédure contentieuse et que, dès lors, sa mise en œuvre avait suspendu jusqu'à son issue le cours de la prescription ».

De manière plus nette, par un arrêt du 30 octobre 2007 (pourvoi n° 06-13.366, *Bull.* 2007, I, n° 329), alors que, pour déclarer respectée la procédure amiable de médiation obligatoire prévue à l'article 16 d'un contrat d'exercice en commun des membres d'une société civile de moyens, une cour d'appel avait retenu qu'une médiation avait été vainement tentée sous l'égide de SOS Médecins France, aboutissant à un projet de transaction refusé par l'association et la société eu égard à ses implications financières, la même chambre a jugé qu'en statuant ainsi, alors, d'abord, que l'article 16 précité stipulait : « En cas de difficultés soulevées par l'application du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l'ordre des médecins des Yvelines, chacun choisissant librement l'un de ces deux membres. Ceux-ci s'efforcent de concilier les parties et de les amener à une solution amiable, et ce, dans un délai maximum de trois mois à compter de la désignation du premier conciliateur », ensuite, qu'une telle clause constituait une fin de non-recevoir, enfin, que des parties avaient soutenu que la procédure ainsi requise n'avait pas été respectée, la cour d'appel avait violé l'article 1134 du code civil, ensemble les articles 122 et 123 du code de procédure civile.

Par un arrêt du 9 novembre 2006 (pourvoi n° 05-19.443), la deuxième chambre civile a repris les termes de l'arrêt du 14 février 2003.

Par un arrêt du 25 février 2010 (pourvoi n° 09-14.044), la même chambre a eu l'occasion, cette fois, de se prononcer à propos d'une clause d'expertise.

L'arrêt attaqué ayant relevé que l'article 13 des conditions générales d'une police d'assurance énonçait que, si les dommages n'étaient pas fixés de gré à gré, une expertise amiable était toujours obligatoire, sous réserve des droits respectifs des parties, que, si les experts n'étaient pas d'accord, ils s'adjoignaient un troisième expert, que les trois experts opéraient en commun à la majorité des voix, que, faute par l'une des parties de nommer son expert ou par les deux experts de s'entendre sur le choix du troisième, la désignation était effectuée par le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce dans le ressort duquel le sinistre s'était produit, que cette nomination avait lieu sur simple requête de la partie la plus diligente, faite au plus tôt quinze jours après l'envoi, à l'autre partie, d'une lettre recommandée de mise en demeure avec demande d'avis de réception, que, si cette expertise amiable ne pouvait être regardée comme constituant véritablement un préalable obligatoire de conciliation, il n'en demeurait pas moins que les parties, et ici la société X..., avaient prévu que, avant d'agir en justice, le dommage subi par l'assuré fera obligatoirement l'objet d'une évaluation par la voie d'une expertise amiable, la deuxième chambre civile a jugé que la cour d'appel avait pu déduire de ces constatations et énonciations « que la méconnaissance de cette clause, qu'elle n'a pas dénaturée, constituait une fin de non-recevoir, de sorte que l'action de la société X... devait être déclarée irrecevable en l'absence de respect de la procédure prévue par les conditions générales du contrat d'assurance ».

Par un arrêt du 4 novembre 2004 (pourvoi n° 03-13.002), la troisième chambre civile a jugé qu'ayant relevé qu'un contrat d'architecte qui ne prévoyait aucune dérogation au cahier des clauses générales disposant qu'en cas de litige portant sur l'exécution de ce contrat, les parties convenaient de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes, avant toute procédure judiciaire, ne pouvait être ignoré de M. X..., qui l'avait signé, et que cette clause d'un contrat conclu entre un architecte et un commerçant était valable, la cour d'appel avait pu, après avoir constaté que M. X... n'avait pas saisi pour avis le conseil régional des architectes, préalablement à l'engagement de la procédure judiciaire, le déclarer irrecevable en son action contre Mme Y... et son assureur.

Par un arrêt du 20 septembre 2011 (pourvoi n° 10-20.990), la même chambre a jugé « qu'ayant constaté que le contrat de vente stipulait que les parties, "en cas de litige", convenaient, « préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires » et relevé que, si l'action en diminution du prix d'un lot de copropriété prévue à l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 était bien enfermée, à peine de déchéance, dans un délai d'un an à compter de la date de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente », la cour d'appel avait retenu « à bon droit [...] que la clause de conciliation préalable constituait une fin de non-recevoir s'imposant au juge si les parties l'invoquaient, qu'elle ne comportait aucune distinction quant à la nature des litiges devant être soumis à un conciliateur préalable à toute instance judiciaire et que sa mise en œuvre suspendait jusqu'à l'issue de la procédure préalable le cours de la prescription ».

³⁰ RDC 2003, p. 182.

³¹ D. 2003, p. 186 ; dans le même sens, Bernard Pons, *op. cit.*, note 7, n° 312-161, p. 617, et Cédric Tahri, *D. actualité*, 18 janvier 2011.

Par deux arrêts des 17 juin 2003, déjà cité (pourvoi n° 99-16.001, *Bull.* 2003, IV, n° 101), et 22 février 2005 (pourvoi n° 02-11.519), la chambre commerciale a rappelé les termes de l'arrêt du 14 février 2003.

Par un arrêt du 15 juin 2010 (pourvoi n° 09-16.323), dans un litige entre associés d'une société civile professionnelle, alors que la cour d'appel avait, pour rejeter une fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une procédure de conciliation imposée par les statuts, retenu que l'absence de tentative de conciliation ne supprimait pas l'intérêt à agir de la partie demanderesse qui poursuit l'exécution de la convention, la même chambre a cassé l'arrêt attaqué au motif que les statuts de la société instituaient une procédure de conciliation obligatoire, préalable à la saisine du juge, et que son inobservation, invoquée par l'un des associés, entraînait l'irrecevabilité de la demande.

La chambre commerciale a, en outre, enrichi la jurisprudence de la chambre mixte.

En effet, dans l'arrêt précité du 22 février 2005, elle a ajouté que la fin de non-recevoir « *peut être proposée en tout état de cause* », en l'occurrence en appel.

Et, dans un arrêt du 23 octobre 2012 (pourvoi n° 11-23.864), elle a approuvé une cour d'appel qui avait retenu « *que l'irrecevabilité soulevée sur le fondement de la clause contractuelle de recours à l'expertise s'analys[e] en une fin de non-recevoir qui peut être proposée en tout état de cause* », en l'espèce également en appel.

Nous savons qu'aux termes de l'article 123 du code de procédure civile, « *les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt* », mais, selon certains auteurs, une telle solution n'allait pas de soi.

Le professeur Roger Perrot était de ceux-là, avant même l'arrêt du 22 février 2005 : « *S'agissant d'une fin de non-recevoir de nature conventionnelle à laquelle les parties peuvent toujours renoncer, il semblerait assez logique d'admettre que le fait d'avoir accepté un débat sur le fond devant le juge vaut renonciation à se prévaloir d'une clause de conciliation, qui, en tant que préalable, n'aurait plus guère de sens* »³².

Cet éminent auteur s'est donc montré critique envers cet arrêt : « *Il est permis de ne pas être convaincu par une solution qui ne tient aucun compte de ce que cette fin de non-recevoir se singularise tout à la fois par sa nature conventionnelle et par son objet propre* ».

- Sa nature conventionnelle : les parties qui sont convenues de ne pas saisir un tribunal avant d'avoir exploré toutes les possibilités d'une entente peuvent toujours y renoncer d'un commun accord : ce qu'a fait un mutus consensus peut toujours être défait par un mutus dissensus. Si, contrairement à ce que les deux partenaires avaient initialement espéré, ils devaient estimer qu'il est inutile de perdre du temps à chercher un terrain d'entente avant de saisir un juge, on ne voit pas au nom de quels principes on pourrait leur interdire d'engager immédiatement le contentieux. En réalité, l'article 122 du nouveau code de procédure civile a été conçu en pensant aux fins de non-recevoir imposées par la loi et non pas aux fins de non-recevoir conventionnelles, qui ont pour fondement la volonté des parties, lesquelles peuvent toujours convenir de n'en pas faire application. Or, à partir du moment où, au mépris de la clause, le demandeur a pris l'initiative d'assigner directement son adversaire, et où celui-ci a comparu et accepté un débat sur le fond, ne serait-il pas logique de considérer qu'ils ont renoncé l'un et l'autre à se prévaloir de la clause de conciliation obligatoire ? La question mérite d'autant plus d'être posée que c'est bien ainsi que les choses se passent lorsque, en matière d'arbitrage, des contractants sont liés par une clause compromissoire, c'est-à-dire par une clause autrement plus contraignante que ne peut l'être une clause de conciliation préalable. Il a toujours été admis que le défendeur qui entend revendiquer la juridiction des arbitres pour échapper aux juridictions d'État doit s'en prévaloir avant toute défense au fond, sinon ensuite il est forclo (2^e Civ., 22 novembre 2001, pourvoi n° 99-21.662, *Bull.* 2001, II, n° 168 ; D. 2002. 42 ; RTD com. 2002.46, obs. Dubarry et Loquin ; Rev. arb. 2002.371, note Ph. Théry). Sans doute, la Cour de cassation justifie-t-elle cette solution en plaçant la question sous le signe, non pas d'une renonciation, mais de l'exception d'incompétence, dont chacun sait qu'elle doit être invoquée in limine litis (article 74 du nouveau code de procédure civile). Mais outre que cette qualification est loin d'être évidente (Dubarry et Loquin, op. cit. ; Théry, op. cit.), l'esprit est toujours le même : dans les deux cas, les parties ont conclu un accord pour déserrer les juridictions étatiques, définitivement avec la clause d'arbitrage et temporairement avec la clause de conciliation obligatoire. On ne comprend pas pourquoi le fait d'engager directement un débat sur le fond devant un tribunal vaudrait renonciation dans un cas et non dans l'autre (en ce sens : Jarrosson, Rev. arb. 2003.410, n° 9). Et on le comprend moins encore si l'on considère maintenant l'objet propre de la clause de conciliation.

- Son objet propre : est-il besoin de rappeler que cette clause est conçue comme un préalable inspiré par le secret espoir d'éviter une instance judiciaire si faire se peut ? Elle n'a pas d'autre objet. De ce fait, elle n'a plus guère de sens à partir du moment où, d'un commun accord, les deux contractants ont décidé de croiser le fer devant un tribunal. Par leur volonté même, le temps des préalables est inexorablement dépassé. La pacification des humeurs processuelles n'est certes pas bannie pour autant. Si en cours d'instance une heureuse bouffée consensuelle envahit à nouveau les parties, rien ne leur interdit de marquer une pause pour conclure un arrangement : la conciliation n'a jamais déserté le prétoire, pas plus devant la cour que devant un tribunal. Ce qui est contestable, c'est d'ériger l'omission d'un préliminaire conventionnel en une fin de non-recevoir qui oblige les parties à revenir au point de départ, simplement parce que l'une d'elles a changé d'avis en cours de route. Après des mois de procédure jetés au panier pour la beauté des principes, la reconstitution d'un préalable de conciliation n'a plus la même saveur. On serait d'ailleurs curieux de savoir les paroles d'apaisement qu'elles trouveront encore à se dire. Cela est encore plus vrai lorsque, comme en l'espèce, la fin de non-recevoir est invoquée pour la première fois en cause d'appel par un défendeur condamné. Il est trop évident que, dans la pensée de l'appelant, l'objectif n'est plus de retrouver la sérénité d'une conciliation que, soit dit en passant, l'instance d'appel pourrait toujours

³² RTD civ. 2003, p. 349.

lui offrir ; il est bel et bien de se ménager un moyen d'irrecevabilité pour échapper à une condamnation. En réalité, avec le système consacré par l'arrêt commenté, on aboutit à ce résultat pour le moins surprenant que le défendeur peut conserver en réserve une ultime cartouche pour, le cas échéant, faire exploser un jugement qui lui serait défavorable. C'est ériger le double jeu à la hauteur d'une institution. Et que dire du temps perdu pour tout le monde ? La chronologie de cette affaire initiée en 1999 est édifiante. Après avoir gravi les sommets de la hiérarchie judiciaire en 2005, l'arrêt de cassation impose maintenant aux parties une descente en rappel par le renvoi à une autre cour "pour être fait droit", laquelle, si elle se range à la doctrine de la Cour de cassation, ne pourra mieux faire, dans un an ou deux, que de déclarer irrecevable la demande initiale. Et c'est ainsi qu'après des années de procédure, les parties se retrouveront au camp de base pour organiser une conciliation, que, sans sourire, on osera encore appeler un "préliminaire", afin d'avoir le droit d'entreprendre une nouvelle escalade... si du moins les héros ne sont pas fatigués !

Décidément, on a bien du mal à être convaincu »³³.

Pour le professeur Thomas Clay, « *Cela signifie que la renonciation à invoquer une clause de conciliation en première instance n'emporte pas renonciation pour l'appel. L'effet dévolutif de l'appel joue donc ici pleinement. La solution est inverse en matière d'arbitrage, où la saisine des tribunaux judiciaires emporte renonciation définitive à la convention d'arbitrage. Mais cette différence se justifie parce que la conciliation est toujours préférable au procès, alors qu'il n'est pas démontré que l'arbitrage soit toujours préférable à la justice étatique »³⁴.*

C. - Le problème juridique posé par le présent pourvoi

Qualifié par la chambre mixte de fin de non-recevoir, le moyen tiré du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle obligatoire et préalable à la saisine du juge obéit au régime de ce moyen de défense, lequel est édicté par les articles 122 à 126 du code de procédure civile.

Si la Cour de cassation a jugé, en pleine conformité avec l'article 123, qu'une telle fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de cause et, en application de l'article 125, qu'elle ne doit pas être relevée d'office par le juge, une incertitude subsistant quant au point de savoir si elle peut être relevée d'office par celui-ci, en outre, deux de ses formations ont été saisies de la question de savoir si la mise en œuvre d'une procédure de conciliation obligatoire, non pas avant, mais après la saisine du juge, entrait dans les prévisions de l'article 126, alinéa premier, selon lequel, « *dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue »³⁵.*

Nous mettrons à part l'alinéa 2 de l'article 126, selon lequel « *il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance »* et dont le doyen Serge Guinchard déduit que « *la solution est bonne car elle évite une décision d'irrecevabilité suivie d'une instance nouvelle, entamée par ou contre la partie qui pouvait invoquer le défaut de qualité. »*

Selon le même auteur, « *la jurisprudence a dégagé les axes forts suivants :*

- *la régularisation peut intervenir en première instance, mais avant que le juge ne statue. Plus précisément, la régularisation doit être faite non seulement avant le jugement, mais avant la clôture des débats (si la procédure est orale) ou avant l'ordonnance de clôture (si la procédure est avec représentation obligatoire) [...]* ;

- *elle peut aussi intervenir en cause d'appel, nonobstant le prononcé de l'ordonnance de clôture, même si la fin de non-recevoir avait déjà été examinée et retenue par le tribunal [...]* ;

- *[elle] doit intervenir avant que la forclusion n'ait joué. Encore faut-il que la personne qui prétend devenir partie à l'instance avant toute forclusion soit celle qui avait qualité pour agir. [...] Et la régularisation n'est possible que si elle n'est pas exclue par une disposition contraire »³⁶.*

Mme Isabelle Pétel-Teyssié a traité la question de la régularisation de manière approfondie :

« *L'admission de principe de la régularisation ne dépend pas de la qualification du moyen mais de son contenu, qui la rend concevable ou inconcevable, et de l'esprit de l'exigence sur laquelle il trouve appui, qui parfois s'y oppose.*

Contenu du moyen : la régularisation n'est juridiquement possible que lorsqu'elle est matériellement concevable (articles 121 et 126 du code de procédure civile), ce qui n'est pas toujours le cas. Quelle régularisation opposer, en effet, sauf intervention du législateur, à l'exception de péremption, à l'exception dilatoire de l'héritier, à la fin de non-recevoir fondée sur la prescription ou la forclusion, à la défense au fond tirée de l'absence de responsabilité ? Et si, pour faire pièce à une exception d'incompétence risquant d'aboutir, le plaideur dispose du désistement d'instance, celui-ci ne saurait être regardé comme une régularisation stricto sensu puisque, l'instance étant éteinte, le juge n'aura pas l'occasion de rejeter le moyen.

À l'inverse, il est parfaitement concevable de refaire un acte irrégulier en la forme, de suppléer [les] mentions faisant défaut par des conclusions ultérieures, de conférer au représentant le pouvoir qui lui manquait, de se désister d'une instance tendant aux mêmes fins pendante devant une autre juridiction [...].

Esprit de l'exigence : même matériellement possible, la régularisation n'est admissible que si l'esprit de l'exigence méconnue ne s'y oppose pas.

Il s'y oppose lorsque le moyen trouve son fondement dans le défaut d'accomplissement d'une formalité nécessairement préalable à la demande. Effectuée a posteriori, elle ne présenterait plus ce caractère. Aussi la

³³ *RTD civ.* 2005, p. 450.

³⁴ *JCP*, éd. G, n° 44, p. 183.

³⁵ Ajoutons que, selon l'article 124 du code de procédure civile, « *les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse ».*

³⁶ *Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile*, 2012, chapitre 193, fins de non-recevoir, n° 19337.

Cour de cassation exclut-elle la régularisation (2^e Civ., 2 octobre 1981³⁷, Gazette du Palais 1982, 1, 107, note Viatte ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 10-19.476³⁸, Revue de droit rural 2012, comm. 85, note Barbieri). Il est, en revanche, possible, la formalité n'étant pas préalable, de procéder à tout moment à la publication de la demande tendant à l'anéantissement d'un acte soumis à publicité foncière (1^{re} Civ., 16 janvier 1967, D. 1967, 186 ; 3^e Civ., 15 novembre 1989, pourvoi n° 88-10.441, Bull. 1989, III, n° 215 ; 3^e Civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 02-13.438, Bull. 2003, III, n° 212. V. également, en ce sens, S. Guinchard et T. Moussa, obs. sous 3^e Civ., 12 février 1985, Gazette Palais 1985, 2, Pan. 171 [...]).

La régularisation est également exclue lorsqu'il apparaît qu'une condition doit être impérativement remplie à un moment précis. Ceci explique que le pouvoir spécial devant accompagner la déclaration d'inscription de faux (article 306 du code de procédure civile) ne puisse être produit ultérieurement (2^e Civ., 13 juillet 1999, pourvoi n° 97-12.116, Bull. 1999, II, n° 135 ; Procédures 1999, comm. 245, obs. Perrot. V., pour un autre exemple, Com., 30 mai 2007, pourvoi n° 05-21.134, Bull. 2007, IV, n° 148, Procédures 2007, comm. 179, obs. Perrot) [...].

Dans le même esprit, il a été jugé, sous l'empire de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 (JO 12 juillet), à propos du divorce pour rupture de la vie commune, que l'indication a posteriori des moyens par lesquels l'époux demandeur entendait exécuter à l'avenir son devoir de secours, obligatoirement contenue - pour des raisons propres à ce type de divorce (Normand, obs. in RTD civ. 1979, 653 et 1981, 685) - dans la requête initiale, ne couvrirait pas l'irrégularité de cette dernière. Du moins le demandeur ne pouvait-il l'effacer par des propositions devant le juge conciliateur ou par voie de conclusions ultérieures (2^e Civ., 25 février 1981, pourvoi n° 79-10.520, Bull. 1981, II, n° 42 ; 2^e Civ., 5 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.639, Bull. 1983, II, n° 2) ; la possibilité lui était, en revanche, ouverte de le faire par une requête complémentaire déposée avant que le juge ne rende une ordonnance convoquant les époux à la tentative de conciliation (2^e Civ., 22 janvier 1992, pourvoi n° 90-19.315, Bull. 1992, II, n° 25) »³⁹.

Ce sont la deuxième chambre civile et la chambre commerciale qui ont rendu des décisions sur la question soumise à l'examen de la chambre mixte.

Par un arrêt de cassation du 16 décembre 2010 (pourvoi n° 09-71.575, Bull. 2010, II, n° 212), alors que la cour d'appel, pour accueillir une fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une procédure de conciliation prévue dans un compromis de vente, avait retenu que la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire constituait une fin de non-recevoir qui s'imposait au juge si les parties l'invoquaient, que la clause de conciliation préalable prévue au contrat et intitulée « conciliation-médiation » ne constituait pas une simple formalité mais la loi des parties, susceptible de favoriser le règlement amiable de leur litige et excluant par sa nature même toute possibilité de régularisation après l'introduction de l'instance, la deuxième chambre civile a jugé qu'en statuant ainsi, alors que le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constituait une fin de non-recevoir qui pouvait être régularisée en cours d'instance et qu'à la date à laquelle le juge avait statué, M. et Mme X... avaient mis en œuvre, dans les formes requises par le compromis de vente, la procédure de conciliation, puis, après constatation de son échec par le notaire désigné, réitéré leurs demandes dans les dernières conclusions qui saisissaient le juge, de sorte que la cause d'irrecevabilité avait disparu, la cour d'appel avait violé l'article 126 du code de procédure civile.

Au lendemain de l'arrêt de la chambre mixte, MM. Hervé Croze et Dominique Gautier s'étaient déjà intéressés à la question :

« non seulement cette session de rattrapage est illusoire puisque l'attitude des parties, au moins du demandeur, montre une faible disposition à la conciliation, mais, bien plus, il est permis de se demander si la régularisation est possible : par construction, la conciliation doit se situer avant la saisine d'un juge, or ici, par hypothèse, un juge aura déjà été saisi. Qu'est alors cette tentative de conciliation a posteriori, sinon un simulacre ? »⁴⁰

La doctrine, certes peu abondante, n'a pas fait preuve d'enthousiasme à l'égard de l'arrêt du 16 décembre 2010.

M. Cédric Tahri s'est borné à dire que c'était « fort logiquement que la Cour de cassation en a conclu que la fin de non-recevoir ne pouvait être accueillie »⁴¹, et M. Thomas Clay s'est contenté d'affirmer que « cette décision s'inscrit dans la perspective actuelle, parfaitement reflétée par les évolutions commentées dans cette chronique, selon laquelle la perspective d'une conciliation doit l'emporter sur toutes les autres »⁴².

³⁷ La deuxième chambre civile a jugé que l'instance engagée contre une commune, sans avoir été précédée de la formalité du dépôt du mémoire préalable prévu à l'article 3169 du code des communes (alors applicable), n'est pas susceptible de régularisation.

³⁸ À la suite du placement en redressement judiciaire d'une société, l'un de ses associés avait signé avec celle-ci, avec l'administrateur judiciaire de celle-ci et avec une autre société, une convention par laquelle il s'était engagé à apporter à la seconde société la production agricole qu'il livrait antérieurement à la première et à n'exercer de faculté de retrait qu'à l'expiration d'une période de sept exercices ; l'associé lui ayant notifié son retrait trois ans plus tard, la seconde société l'avait assigné le 22 décembre 1998 en réparation du préjudice résultant du non-apport de sa production jusqu'au terme convenu ; la cour d'appel avait déclaré l'action recevable et condamné l'associé au paiement d'une certaine somme.

Pour écarter la fin de non-recevoir tirée de l'absence de décision préalable du conseil d'administration de la seconde société décidant de l'application des sanctions prévues par les statuts de celle-ci, la cour d'appel avait retenu que si, à la date de délivrance de l'assignation, le conseil d'administration ne s'était pas prononcé sur les sanctions statutaires devant être appliquées à l'associé défaillant, cette fin de non-recevoir s'était trouvée régularisée, au sens de l'article 126 du code de procédure civile, par la délibération votée lors de la réunion du conseil d'administration du 19 décembre 2001.

La première chambre civile a jugé qu'en statuant ainsi, « alors que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir litigieuse n'était pas susceptible d'être régularisée » dès lors que l'action engagée par la seconde société devait porter sur l'examen de la décision, nécessairement rendue préalablement par le conseil d'administration, se prononçant, conformément aux statuts applicables, sur les sanctions encourues par l'associé défaillant, lesquelles ne pouvaient être prononcées qu'après que celui-ci eut été invité à fournir ses explications devant le conseil d'administration, la cour d'appel avait violé l'article 126 du code de procédure civile, ensemble l'article 1134 du code civil.

³⁹ Dalloz, Répertoire de procédure civile, Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, n° 111 et s.

⁴⁰ JCP 2003, éd. E, n° 19, p. 707.

⁴¹ D. actualité, 18 janvier 2011.

⁴² JCP 2011, éd. G, n° 22, p. 666, n° 12.

Le professeur Roger Perrot est apparu le plus mesuré :

« La jurisprudence antérieure ne nous avait guère habitués à une telle mansuétude. On se souvient en effet des premiers arrêts qui, partant de cette idée que le défaut de mise en œuvre d'une clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir, ont longtemps fait de cette clause une application rigoureuse [...]. La jurisprudence en a notamment déduit que la juridiction compétente ne peut être saisie que si les conditions prescrites par la clause de conciliation préalable ont été scrupuleusement respectées [...] et que son défaut de mise en œuvre pouvait être invoquée en tout état de cause [...], même pour la première fois en cause d'appel [...].

L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 16 décembre 2010, apporte un léger bémol dans la mesure où il prend en compte une régularisation possible de la fin de non-recevoir attachée au défaut de mise en œuvre de la clause de conciliation [...].

En un mot, la tentative de conciliation avait bien eu lieu, mais après l'introduction de l'instance, et non pas préalablement. La question était alors de savoir si, par sa nature, la clause de conciliation excluait ou non une telle régularisation. La juridiction d'appel avait pensé que toute régularisation devait être exclue. Il est certain que l'on pouvait légitimement hésiter si l'on considère que la clause de conciliation est présentée comme un préalable à l'action en justice. Son arrêt a néanmoins été cassé [...].

Finalement, la Cour de cassation est restée fidèle à elle-même ; dès l'instant où elle avait estimé que le manquement à une clause de conciliation constituait une fin de non-recevoir, elle en a tiré la conséquence qu'une régularisation était possible »⁴³.

M. Gaëtan Guerlin s'est montré défavorable à l'arrêt : « Et pourtant, cassation ! L'arrêt de censure laisse pensif lorsqu'il révèle, en substance, qu'une clause de conciliation « préalable à la saisine du juge » peut être régularisée « en cours d'instance ». En l'espèce, une fois le juge saisi, le demandeur avait tenté une conciliation. Cette dernière ayant échoué, la Haute juridiction en conclut que la cause d'irrecevabilité de la demande a disparu. En dépit de cette décision, il reste permis de se demander, avec d'autres auteurs, si la régularisation est possible en présence d'une clause de conciliation préalable. Car, « par construction, la conciliation doit se situer avant la saisine d'un juge, or ici, par hypothèse, un juge aura déjà été saisi. Qu'est alors cette tentative de conciliation a posteriori, sinon un simulacre ? » (note H. Croze, D. Gautier, JCP 2003, E, 707) »⁴⁴.

Mme Caroline Pelletier est apparue la plus sévère, au terme d'une analyse poussée qui mérite d'être amplement citée :

« Après avoir permis dans un premier temps d'assurer l'efficacité de la clause de conciliation, les règles de procédure civile n'en finissent plus aujourd'hui d'en affaiblir la portée [...].

La solution retenue par la haute juridiction laisse pour le moins perplexe, d'un point de vue tant contractuel que processuel.

Sur le plan du droit des contrats. On ne peut que regretter ce nouveau recul de la force obligatoire de la clause de conciliation. Quelles peuvent, en effet, être les chances de succès d'une tentative de conciliation qui a lieu alors que le juge du fond est déjà saisi ? Il est difficile d'échapper au sentiment que, dans la plupart des cas, il s'agira d'une tentative de pure forme et que la partie qui a saisi préalablement le juge fera preuve d'une intransigeance de nature à faire échouer la conciliation. Dans ces conditions, à moins que les contractants ne soient animés ensemble d'une véritable volonté de trouver une solution amiable à leur litige, la clause de conciliation risque de ne donner lieu qu'à des rapprochements en trompe-l'œil, voués à un échec programmé. L'arrêt du 16 décembre 2010 donne de la sorte la possibilité aux parties d'échapper à la force contraignante de la clause de conciliation et de décider, ab initio et sans perdre une seule seconde, que leur litige sera, de façon quasi directe, porté devant le juge. La cour d'appel de Montpellier, dont la décision est cassée, l'avait bien compris, en soulignant que la procédure de conciliation ne devait pas être réduite à une "simple formalité" et que sa finalité - favoriser le règlement amiable du litige - excluait qu'elle puisse avoir lieu après l'introduction de l'instance.

Sur le plan du droit processuel. L'application de l'article 126 du code de procédure civile ne convainc pas davantage. Ce texte suppose que deux conditions soient réunies : il faut, d'une part, que l'irrecevabilité soit susceptible d'être régularisée et, d'autre part, que cette régularisation intervienne avant que le juge ne statue. Or, dans l'hypothèse où l'une des parties refuse de se soumettre à la procédure de conciliation prévue préalablement à la saisine du juge, la situation paraît tout simplement impossible à régulariser. Même si une tentative de conciliation intervient par la suite, après l'introduction de l'instance, elle n'aura par définition pas eu lieu avant la saisine du juge et les termes de la clause contractuelle n'auront pas été respectés. Il ne peut être remédié à une telle inversion chronologique entre la tentative de conciliation et la saisine du juge, sauf à méconnaître ouvertement la loi des parties ou à avoir la capacité de remonter le temps ! Et ce d'autant plus que le fait d'imposer aux contractants de se rapprocher avant toute saisine du juge n'est pas purement formel, puisqu'il s'agit d'une condition en pratique essentielle en vue d'une éventuelle conciliation. La saisine du juge avant la tentative de conciliation constitue donc un manquement contractuel manifeste qui doit être sanctionné par une fin de non-recevoir insusceptible, par nature même, d'être régularisée [...].

À tous points de vue, la solution retenue par l'arrêt du 16 décembre 2010 porte donc une atteinte peu compréhensible à la force obligatoire de la clause de conciliation »⁴⁵.

Par un arrêt de cassation du 3 mai 2011 (pourvoi n° 10-12.187), la chambre commerciale a adopté une position similaire à celle de la deuxième chambre civile.

⁴³ RTD civ. 2011, p. 170.

⁴⁴ Droit des contrats, l'essentiel, 1^{er} février 2011, n° 2, p. 6.

⁴⁵ RDC 2011, p. 916.

Alors que l'arrêt attaqué, pour déclarer irrecevables les demandes d'une société, avait retenu que la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constituait une fin de non-recevoir qui s'imposait au juge si les parties s'en prévalaient et que cette société ne pouvait invoquer utilement les dispositions de l'article 121 du code de procédure civile, la chambre commerciale a jugé qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, dès lors que la société se prévalait dans ses conclusions d'appel de ce qu'elle avait demandé la mise en œuvre de la procédure de conciliation prévue au contrat, si cette mise en œuvre de la procédure de conciliation avant les dernières conclusions qui saisissaient le juge n'avait pas régularisé la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale au regard de l'article 126 du code de procédure civile.

Mme Caroline Pelletier s'est montrée de nouveau incisive : « *Il reste toujours regrettable d'affaiblir ainsi la portée des clauses de conciliation. Il demeure en effet qu'une conciliation tentée en cours d'instance n'a aucune chance d'aboutir, si ce n'est pour de mauvaises raisons, et sous la pression de l'action en justice en cours. Il est d'ailleurs à craindre que les contractants les plus stratégiques et les mieux conseillés, qui voudront échapper à la phase de conciliation préalable (à laquelle ils ont pourtant contractuellement consenti), ne retardent à dessein la mise en œuvre de la clause de conciliation, soit pour faire échouer celle-ci, soit pour peser sur la négociation en conférant ainsi à leur action en justice un caractère comminatoire* »⁴⁶.

La troisième chambre civile, saisie de la question, a choisi de renvoyer le pourvoi devant la chambre mixte.

Afin de pouvoir apprécier pleinement la portée de la solution à donner à ce pourvoi, il est nécessaire d'envisager les effets d'une décision d'irrecevabilité d'une action judiciaire en raison de l'absence de mise en œuvre de la procédure de conciliation obligatoire avant la saisine du juge : l'autorité de la chose jugée attachée à une telle décision fait-elle obstacle à toute nouvelle action ou une nouvelle action est-elle néanmoins recevable après mise en œuvre de la procédure de conciliation soldée par un échec ? Autrement dit, une décision d'irrecevabilité constitue-t-elle en l'occurrence un obstacle définitif ou un obstacle temporaire à l'examen de l'affaire au fond ?

Par un arrêt du 21 avril 2005 (pourvoi n° 03-10.237), la deuxième chambre civile a eu l'occasion de se prononcer sur cette question : un arrêt ayant déclaré irrecevable la demande d'une société, faute de mise en œuvre préalable d'une procédure de conciliation, avait été cassé de ce chef ; devant la cour d'appel de renvoi, la société, soutenant qu'elle avait, depuis lors, mis en œuvre la procédure de conciliation et que celle-ci avait échoué, avait renouvelé sa demande ; pour déclarer celle-ci irrecevable, l'arrêt attaqué avait retenu que l'irrecevabilité de l'action était devenue irrévocable ; la deuxième chambre civile a jugé qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'échec de la procédure de conciliation, mise en œuvre postérieurement au premier arrêt, ne constituait pas une circonstance nouvelle privant cet arrêt de l'autorité de la chose jugée à l'égard de la demande dont elle était saisie, la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision.

Cette décision est à rapprocher de celle citée précédemment par laquelle la chambre sociale a jugé que « *la règle de l'unicité de l'instance [...] n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond* » (16 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.404, *Bull.* 2010, V, n° 260)⁴⁷.

Il est temps désormais de recenser les différents arguments pouvant exister en faveur de l'une et de l'autre des solutions pouvant être proposées à la chambre mixte.

Ces solutions devront préalablement s'attacher à l'exacte qualification de la clause litigieuse.

Celle-ci constitue d'abord une clause d'expertise ou, tout du moins, s'apparente à une telle clause, en ce qu'elle prévoit la saisine - obligatoire - pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes avant toute procédure judiciaire ; il ne s'agit pas d'une véritable expertise, mais d'un simple avis, censé être de nature technique.

Elle constitue ensuite une clause de conciliation, en ce qu'elle prévoit la saisine du juge à défaut d'un règlement amiable, ce qui suppose qu'une tentative de règlement amiable, faisant suite à l'avis émis par le conseil régional de l'ordre des architectes, ait eu lieu avant la procédure judiciaire, la question du caractère obligatoire de cette tentative de règlement amiable devant impérativement être posée, en contemplation notamment de l'arrêt rendu le 29 avril 2014 par la chambre commerciale.

À cet égard, les motivations du tribunal et de la cour d'appel diffèrent sensiblement : alors que le tribunal a estimé que la situation avait été régularisée parce que la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes était intervenue en cours de procédure, la cour d'appel a considéré qu'une telle saisine intervenue en cours de procédure n'avait pas été susceptible de régulariser la situation parce que la tentative de conciliation devait être effectuée avant l'introduction de l'instance, ce qui laisse entendre ouvertement que la saisine pour avis et la tentative de conciliation étaient toutes les deux obligatoires.

Quoi qu'il en soit, la clause litigieuse, en ce qu'elle constitue une clause contractuelle imposant la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes préalablement à l'introduction d'une instance judiciaire, entre dans le champ d'application de l'arrêt du 14 février 2003, dès lors qu'il s'agit d'une clause favorisant une solution bilatérale du litige par le recours à un tiers ; toutefois, les arguments qui vont être maintenant avancés n'auront pas la même résonance suivant que seule la saisine pour avis était obligatoire ou que la tentative de conciliation amiable l'était également ; pour autant, ce qui sera décidé pour la clause de saisine pour avis vaudra pour la clause de conciliation ; à ce stade, dans l'unique dessein de donner un éclairage qui soit le plus large possible et par conséquent sans que cela constitue aucunement une position arrêtée, nous prendrons le parti de considérer que les deux l'étaient.

⁴⁶ *RDC* 2012, p. 884.

⁴⁷ *Cf.* note 23.

Les arguments en faveur de la régularisation :

- un souci de pragmatisme : obliger les parties engagées dans une instance judiciaire à revenir au point de départ, c'est-à-dire à mettre en œuvre la procédure préalable en faisant fi de l'instance judiciaire, outre que cela a pour effet de différer notablement la solution du litige, n'est guère réaliste ; comme l'a montré le professeur Roger Perrot au sujet de la procédure de conciliation, « *après des mois de procédure jetés au panier pour la beauté des principes, la reconstitution d'un préalable de conciliation n'a plus la même saveur. On serait d'ailleurs curieux de savoir les paroles d'apaisement qu'elles trouveront encore à se dire* » ; cela est d'autant moins réaliste si la fin de non-recevoir est soulevée en appel : là encore, comme l'a relevé le professeur Roger Perrot, « *c'est ainsi qu'après des années de procédure, les parties se retrouveront au camp de base pour organiser une conciliation, que, sans sourire, on osera encore appeler un « préliminaire », afin d'avoir le droit d'entreprendre une nouvelle escalade... si du moins les héros ne sont pas fatigués !* »

- dans le droit fil de l'argument précédent, désamorcer une fin de non-recevoir proposée tardivement, notamment en appel : sauf à remettre en cause la jurisprudence qui, conformément à l'article 123 du code de procédure civile, autorise une partie à proposer la fin de non-recevoir en tout état de cause et donc en appel, permettre une régularisation est de nature à priver de son intérêt le fait par l'une des parties, notamment celle qui a été condamnée en première instance, de soulever le plus tardivement possible, notamment en appel, la fin de non-recevoir ;

- la jurisprudence en ce sens de deux des chambres civiles de la Cour, dont la chambre compétente en matière de procédure.

Les arguments en défaveur de la régularisation :

- la force obligatoire du contrat, qui constitue la loi des parties et qui impose la mise en œuvre de la clause préalablement à une éventuelle instance judiciaire⁴⁸ ; ainsi que l'a montré Mme Isabelle Pétel-Teyssié, « *même matériellement possible, la régularisation n'est admissible que si l'esprit de l'exigence méconnue ne s'y oppose pas* », et celui-ci s'y oppose précisément « *lorsque le moyen trouve son fondement dans le défaut d'accomplissement d'une formalité nécessairement préalable à la demande* », de sorte qu'« *effectuée a posteriori, elle ne présenterait plus ce caractère* » : la procédure de saisine pour avis ou la procédure de conciliation représentant un préalable obligatoire à la procédure judiciaire, la situation n'est pas « *susceptible d'être régularisée* » (« *impossible à régulariser* » selon Mme Caroline Pelletier), au sens de l'article 126, alinéa premier, du code de procédure civile et au sens des arrêts précités (notes 37 et 38) des 2 octobre 1981 (deuxième chambre civile) et 12 juillet 2012 (première chambre civile) ;

- le sens de l'arrêt du 14 février 2003, la chambre mixte ayant opté pour une solution rigoureuse : le fait de ne pas avoir mis en œuvre une clause d'un contrat instituant une procédure obligatoire et préalable à la saisine du juge rend irrecevable l'action judiciaire ; permettre une régularisation au prétexte qu'une telle clause a été mise en œuvre au cours de l'instance judiciaire affaiblirait notablement la portée de cette importante décision saluée en doctrine et suivie par l'ensemble des chambres civiles ;

- sur le seul terrain de la procédure de conciliation, l'esprit des modes alternatifs de règlement des conflits, lesquels sont en plein essor : quelle signification accorder à une procédure de conciliation mise en œuvre en cours d'instance ? Comme l'ont fait observer MM. Hervé Croze et Dominique Gautier : « *Qu'est alors cette tentative de conciliation a posteriori, sinon un simulacre ?* » Et comme l'a fait remarquer dans le même sens Mme Caroline Pelletier : « *Quelles peuvent, en effet, être les chances de succès d'une tentative de conciliation qui a lieu alors que le juge du fond est déjà saisi ? Il est difficile d'échapper au sentiment que, dans la plupart des cas, il s'agira d'une tentative de pure forme et que la partie qui a saisi préalablement le juge fera preuve d'une intransigeance de nature à faire échouer la conciliation* ».

Ces arguments doivent s'apprécier à l'aune de l'arrêt précité du 21 avril 2005, qui autorise une nouvelle action après une décision d'irrecevabilité, à condition bien entendu que, préalablement à la seconde action, soit mise en œuvre la clause de conciliation.

Le schéma procédural se présente donc ainsi : la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre de la clause avant l'instance judiciaire peut être invoquée en tout état de cause, y compris par conséquent en appel ; elle entraîne en principe l'irrecevabilité de l'action judiciaire ; si l'on admet la régularisation de la situation par la mise en œuvre de la clause au cours de l'instance judiciaire, l'irrecevabilité de l'action judiciaire ne sera pas prononcée ; si l'on n'admet pas la régularisation de la situation par la mise en œuvre de la clause au cours de l'instance judiciaire, l'irrecevabilité de l'action judiciaire sera prononcée, mais une nouvelle action sera néanmoins possible, après mise en œuvre de la clause.

Nombre de projets préparés : 2.

⁴⁸ Il s'agissait du premier argument cité par le doyen Pierre Bailly en faveur de la solution de la fin de non-recevoir retenue par la chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003.

Avis de M. Charpenel

Premier avocat général

Rappel des faits et de la procédure

3 février 2006	Dans la perspective de la construction d'un ensemble immobilier en Aveyron, la société Proximmo confie une mission de maîtrise d'œuvre à la SCP d'architecture X...-Y...-Z... et des études techniques confiées à la société OCD 34 avec une clause (article 5.2) de saisine préalable du conseil régional des architectes avant tout contentieux
26 septembre 2006	À la demande de Proximmo, commission d'un expert en raison d'un surcoût de gros œuvre
10 avril 2007	Dépôt du rapport de l'expert A...
21 septembre 2010	Demande d'avis adressée au conseil régional des architectes
13 décembre 2010	Avis donné par le conseil régional des architectes
29 avril 2011	Le TGI de Rodez déboute Proximmo contre la SCP et OCD 34
30 mai 2013	La cour d'appel de Montpellier confirme sur OCD, infirme mais déclare irrecevable la demande de Proximmo contre la SCP
17 juin 2013	Pourvoi de Proximmo
4 juin 2014	Renvoi en chambre mixte

Analyse succincte des moyens

Premier moyen

La société Proximmo critique la décision d'irrecevabilité, qui est fondée sur l'absence de saisine préalable du conseil régional prévue par l'article 5.2 du contrat et son refus de régulariser une démarche effectuée après l'introduction de l'instance.

Le **second moyen** (pour mémoire) portait sur l'action dirigée contre le cabinet OCD 34, mais un désistement est intervenu.

Discussion

Le débat porte donc sur la portée d'une **clause de conciliation obligatoire et sur les conditions de sa régularisation**.

Le contrat entre Proximmo et la SCP comprend une telle clause à l'article 5.2 :

« en cas de litige portant sur l'exécution du contrat, la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes dont relève le maître d'œuvre, avant toute procédure judiciaire. A défaut d'un règlement amiable, le litige opposant les parties sera du ressort des juridictions civiles ».

L'arrêt attaqué en sanctionne le non-respect en ces termes :

« La SARL Proximmo recherche la responsabilité contractuelle de son architecte sur le fondement des articles 1146 et suivants du code civil.

Il n'est pas contesté qu'elle n'a pas procédé à la saisine du conseil régional de l'ordre des architectes, préalablement à l'introduction de l'instance du 11 août 2009.

Certes, la SARL Proximmo justifie de l'envoi d'une demande d'avis au conseil régional en date du 21 septembre 2010, mais cette démarche n'est pas susceptible de régulariser la fin de non-recevoir puisque la tentative de conciliation devait être effectuée avant l'introduction de l'instance, en application de la clause précitée, qui est licite et constitue la loi des parties.

L'action de la SARL Proximmo contre la SCP d'Architecture X...-Y...-Z... doit être déclarée irrecevable, ce qui rend l'appel en garantie de la Sarl OCD 34 dirigée contre l'architecte sans objet ».

Le mémoire ampliatif propose la critique suivante :

« le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui peut être régularisée jusqu'au jour où le juge statue, même postérieurement à l'acte introductif d'instance ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la saisine pour avis du conseil régional de l'ordre des architectes avait eu lieu avant que les premiers juges statuent ; qu'en se fondant, pour accueillir la fin de non-recevoir, sur la circonstance inopérante que cette saisine est intervenue après l'introduction de l'instance, la cour d'appel a, par refus d'application, violé l'article 126 du code de procédure civile ».

La question posée par le pourvoi peut donc être résumée ainsi : à la lumière de la jurisprudence de la Cour, la clause de conciliation préalable peut-elle être considérée comme une fin de non-recevoir au sens des articles 122 et 124 du code de procédure civile et à ce titre est-elle régularisable ?

L'arrêt attaqué a estimé que cette fin de non-recevoir était irrecevable car tardive comme postérieurement formulée à l'introduction de l'instance.

L'article 126 du code de procédure civile, dont la violation est invoquée par le pourvoi, dispose que dans « *le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.* »

Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance ».

L'article 123 a par ailleurs veillé à ce que les fins de non-recevoir puissent être invoquées « *en tout état de cause* », donc postérieurement à l'introduction de l'instance :

« *Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt.* »

Pour le pourvoi, l'arrêt ne pouvait exclure la régularisation sous prétexte que la demande de saisine a été présentée le 21 septembre 2010 et a été traitée le 13 décembre 2010, soit après l'introduction de l'instance (11 août 2009).

L'arrêt rendu par la chambre mixte le 14 février 2003 évoqué par toutes les parties avait statué sur la sanction de la non-mise en œuvre de la procédure de conciliation préalable, l'omission étant bien considérée comme une fin de non-recevoir.

L'assimilation de la clause de saisine du conseil régional des architectes à cette clause de conciliation préalable ne fait pas non plus débat (cf. 3^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-30721, Bull. 2011, III, n° 58) :

« *Mais attendu qu'ayant constaté que les appelants agissaient par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, la cour d'appel a exactement retenu que la clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte leur était opposable, en dépit du fait qu'ils n'en auraient pas eu personnellement connaissance, et en a déduit à bon droit que leur action engagée, avant toute saisine du conseil de l'ordre des architectes, était irrecevable.* »

Ce qui n'est pas consensuel, c'est l'appréciation du moment jusqu'ou peut ou doit être exercée cette phase de conciliation :

- pour l'arrêt attaqué, le terme « *préalable* » s'entend nécessairement d'avant l'introduction de l'instance ;
- pour le pourvoi, il faut appliquer les termes mêmes de l'article 126, qui prévoit que la cause de l'irrecevabilité s'apprécie jusqu'au moment « *où le juge statue* » et, en l'espèce, le juge a statué en 2011, donc après la saisine du conseil de l'ordre.

Le mémoire en défense, par un raisonnement identique à celui du mémoire ampliatif sur l'importance de la licéité de telles clauses favorisant un mode de règlement alternatif des litiges civils, se retranche en revanche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, qui auraient justement analysé la clause du contrat comme excluant une régularisation postérieure à l'introduction de l'instance.

Vous observerez cependant que si les termes de l'article 5.2 visent bien le déclenchement de l'avis « *avant toute procédure judiciaire* », les termes de l'article 126 fixent la limite de la fin de non-recevoir au moment où le juge statue.

Faut-il privilégier la lettre du contrat particulier ou l'esprit de la loi, celle-ci ayant, comme l'ensemble des dispositions du code de procédure civile, à privilégier l'accord entre les parties avant tout aboutissement des procédures contentieuses ?

Votre rapporteur n'a pas manqué de rappeler que la chambre commerciale avait, le 3 mai 2011, admis qu'une régularisation était possible, quand bien même elle était tardive au regard du contrat.

C'est le sens d'une jurisprudence qui constamment estime qu'une telle procédure est irrecevable si elle a été déclenchée sans la mise en œuvre de la procédure contractuelle de conciliation préalable.

On sait que la forclusion d'une fin de non-recevoir ne tient pas à l'interprétation souveraine des juges mais à la constatation de l'autorité de la chose jugée, qui n'est ici pas en cause.

La troisième chambre civile a régulièrement l'occasion de rappeler que de telles clauses doivent être strictement interprétées, excluant par exemple le 23 mai 2012 que l'omission du recours contractuel à un conciliateur soit considérée comme une fin de non-recevoir.

La chambre commerciale, de son côté, a plusieurs fois rappelé la nécessité d'assurer le respect des clauses contractuelles claires et a surtout précisé (cf. l'arrêt du 28 novembre 1995 cité au rapport) que dès lors qu'une telle clause consistait bien en une tentative de conciliation préalable, on ne pouvait estimer que les parties y avaient renoncé pour la seule raison qu'elle n'avait pas été mise en œuvre avant l'assignation.

De telles jurisprudences sont légitimement inspirées par le souci de donner toute leur portée à ces clauses qui offrent l'occasion de renoncer à une phase contentieuse et dont il convient en conséquence de permettre la régularisation de leur emploi jusqu'à la limite normale de leur validité, c'est-à-dire le moment où le procès est revêtu de l'autorité de la chose jugée.

Vous pourriez donc censurer une décision qui a eu tort d'infirmer sur ce point la décision des premiers juges, qui avaient, eux, constaté la régularisation.

La décision que vous prendrez dans cette espèce s'inscrira dans la logique de votre arrêt rendu en **chambre mixte du 14 février 2003**, qui avait entendu mettre fin à des divergences sur la nature et la portée des clauses de conciliation préalable : le juge judiciaire peut-il ou non être valablement saisi alors qu'une clause contractuelle existante n'a pas été mise en œuvre ?

Il s'agissait donc de déterminer les conditions d'une éventuelle irrecevabilité dont la source serait la méconnaissance de cette clause de conciliation préalable.

Tranchant une contradiction entre la première chambre (et la chambre sociale), qui contestait l'irrecevabilité, et la deuxième chambre (suivie par la chambre commerciale), qui sanctionnait le non-respect de la clause, cet arrêt avait

ainsi rappelé, d'une part, que les fins de non-recevoir au sens du code de procédure civile ne sont pas limitatives, ce qui légitime d'y attirer les clauses de conciliation préalable, d'autre part, que la mise en œuvre de telle clause suspend la prescription, montrant clairement par là la priorité donnée au respect et à la portée de ces clauses illustratives des modes alternatifs de règlement des litiges.

Pour accorder un effet obligatoire à ces dispositions, les juges exigent toutefois que cette clause résulte d'une stipulation expresse du contrat (v. 1^{re} Civ., 6 mai 2003).

Et la troisième chambre se montre restrictive dans l'appréciation de cette irrecevabilité, notamment par un arrêt de la **troisième chambre civile rendu le 18 décembre 2013**, où elle a considéré que la saisine préalable, par le maître de l'ouvrage, de l'ordre des architectes, prévue au contrat, n'était pas une condition de recevabilité de l'action directe engagée contre l'assureur de celui-ci.

La **première chambre civile, de son côté, par son arrêt du 12 juillet 2012** (cf. commentaires Dondero), a paru contribuer à limiter encore la portée du principe posé en 2003 en rejetant la régularisation d'une action survenue après l'introduction d'une instance au motif du non-respect des statuts, qui imposaient le déclenchement d'une fin de non-recevoir avant toute action judiciaire.

On mesure donc l'intérêt de revenir aux principes posés par votre arrêt de 2003, où vous aviez fait toute sa place à la notion de fin de non-recevoir, reconnu la licéité des clauses de conciliation préalable et admis que leur omission rentrait bien dans le champ des fins de non-recevoir et donc dans celui de l'article 126, qui en fixe la limite au moment où le juge statue, et non à celui où il est initialement saisi.

Sans paraphraser l'excellente démonstration de votre rapporteur sur l'application faite de ces principes par les différentes chambres depuis 2003, je propose de suivre le raisonnement plus favorable à de telles clauses adopté par au moins deux des chambres civiles, ce qui revient en l'espèce à admettre que la clause litigieuse était bien une clause de conciliation préalable, et que sa mise en œuvre pouvait être régularisée tant que l'autorité de la chose jugée n'était pas acquise, peu important l'échec ou la réussite de cette tentative, surtout dans une espèce où la restriction de l'article 123 (la tentative dilatoire) n'est pas établie, pour la raison principale qu'une interprétation trop restrictive de la clause de conciliation préalable va à l'encontre de la volonté du législateur de faire que la procédure civile reste avant tout la chose des parties et qu'il convient de favoriser tout ce qui offre une possibilité de trouver un accord amiable avant que le juge ait tranché.

Dès lors que la clause de l'espèce, qui prévoyait la saisie préalable du conseil régional des architectes, dans une perspective explicite de procédure amiable, est bien assimilable à la clause de conciliation préalable des articles 122 et suivants du code de procédure civile, vous pourrez lui appliquer le régime des fins de non-recevoir de l'article 126 et donc reporter le moment jusqu'auquel elle peut ou doit être soulevée à la phase de la procédure où est constatée l'autorité de la chose jugée.

Vous n'affaiblirez ainsi pas la portée de clauses qui restent essentielles à la logique de la procédure suivie, quand bien même leur mise en œuvre n'aboutirait pas à la conciliation souhaitée.

Pour reprendre l'analyse éclairante du professeur Xavier Lagarde dans son commentaire de l'arrêt de 2003 sur la fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation, vous adopterez une logique plus procédurale que contractuelle en confirmant que sans conduire à une quelconque renonciation au droit à l'accès au juge, chaque fois qu'une clause précise est prévue au contrat et peut être considérée comme une volonté des parties, au moins au moment de la conclusion du contrat, d'au moins tenter la phase de conciliation, y compris quand le juge a été saisi, et tant que cette saisine n'est pas épuisée.

En permettant, dans ces conditions prévues par la loi, la régularisation d'une initiative de conciliation tardive, vous vous inscrirez ainsi résolument non dans la glose parfois étroite des termes d'un contrat particulier, mais bien dans le principe d'intérêt général posé par l'article 21 du code de procédure civile, et que le législateur, notamment depuis la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution des conflits, entend favoriser.

C'est l'esprit même du rôle que le doyen Motulsky, père de la nouvelle procédure civile, assignait au juge dans les « *prolégomènes* » :

« La détermination de principes de procédure n'a d'autre objectif que de tracer en présence d'une doctrine divisée et - surtout - d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties ».

Avis de cassation.

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

N° 301

Question prioritaire de constitutionnalité

Code du travail. - Article L. 3141-30. - Droit de propriété. - Égalité. - Disposition de nature réglementaire. - Irrecevabilité.

Attendu que la question transmise à l'occasion du pourvoi formé par la société Rollet est ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article L. 3141-30 du code du travail, en tant qu'elles sont de nature à permettre d'imposer à un employeur, tenu de régulariser son affiliation à une caisse de congés payés, de régler à la caisse dont il relève l'intégralité des cotisations qu'il aurait dû payer, préalablement à tout remboursement des sommes déjà versées aux salariés pour leurs congés payés, sont-elles conformes au droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et au principe constitutionnel d'égalité ? »

Mais attendu que la question prioritaire de constitutionnalité ne tend, sous le couvert de la critique d'une disposition législative, qu'à contester la conformité à la Constitution des dispositions réglementaires prévues par les articles D. 3141-12, R. 3141-19 et D. 3141-31 du code du travail, fixant les statuts et règlements des caisses de congés payés, notamment relatives au recouvrement des cotisations auprès des entreprises exerçant une ou plusieurs activités entrant dans le champ d'application des conventions collectives nationales étendues du bâtiment et des travaux publics ;

D'où il suit que la question n'est pas recevable ;

Par ces motifs :

DÉCLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité.

Soc. - 11 décembre 2014.
IRRECEVABILITÉ

N° 14-17.394. - CA Orléans, 13 mars 2014.

M. Frouin, Pt. - M. Ballouhey, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Odent et Poulet, Av.

IV. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 302

Agent commercial

Contrat. - Fin. - Indemnité au mandataire. - Préjudice résultant de la cessation des fonctions. - Réparation. - Champ d'application. - Perte du droit de présentation d'un successeur.

Le préjudice subi par l'agent commercial qui cesse ses fonctions, sans agrément par le mandant du successeur présenté par lui, est réparé par l'indemnité de fin de contrat, laquelle, étant destinée à réparer le préjudice résultant pour lui de la cessation de ses fonctions, prend nécessairement en compte la perte du droit de présentation d'un successeur du fait de la non-transmission du contrat.

Com. - 9 décembre 2014.

REJET

N° 13-23.309. - CA Colmar, 28 septembre 2012.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Darbois, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 303

Agent immobilier

Mandat. - Registre unique. - Défaut. - Sanction. - Nullité absolue. - Portée.

Tous les mandats visés par l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 sont mentionnés sur un registre unique.

Dès lors, la pratique par laquelle un agent immobilier tient un registre pour les mandats de vente et un registre différent pour les mandats de recherche n'est pas conforme aux prescriptions de ce texte. Il en résulte que le mandat de recherche donné à l'agent immobilier et qui ne satisfait pas à cette obligation est nul et que ce dernier ne peut s'en prévaloir au soutien de sa demande en paiement de la commission prévue par le mandat.

1^{re} Civ. - 10 décembre 2014.

REJET

N° 13-24.352. - CA Bordeaux, 13 juin 2013.

Mme Batut, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

N° 304

Agriculture

Contrat d'intégration. - Nullité. - Effets. - Restitution des prestations fournies. - Restitution par équivalent. - Définition.

Pour remettre les parties d'un contrat d'intégration annulé dans leur état antérieur, seules doivent être prises en considération les prestations fournies par chacune d'elles en exécution de ce contrat, sans avoir égard aux bénéfices tirés de celui-ci par l'intégrateur.

1^{re} Civ. - 10 décembre 2014.

CASSATION PARTIELLE

N° 13-23.903. - CA Angers, 25 juin 2013.

Mme Batut, Pt. - M. Vitse, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

N° 305

Aide juridictionnelle

Bénéfice. - Admission. - Effets. - Détermination. - Portée.

Les délais impartis pour conclure devant la cour d'appel courent à compter de la décision définitive rendue sur l'aide juridictionnelle.

En conséquence, la cour d'appel ne peut refuser de faire droit à une demande de révocation de l'ordonnance de clôture permettant de recevoir les conclusions du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle formée dans le délai pour conclure.

3^e Civ. - 3 décembre 2014.

CASSATION

N° 13-25.330. - CA Paris, 29 janvier 2013.

M. Terrier, Pt. - Mme Andrich, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Coutard et Munier-Apaire, Av.

N° 306

Arbitrage

Sentence. - Recours en annulation. - Cas. - Contrôle de la motivation (non).

Le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle de la cour d'appel.

En procédant autrement, la cour d'appel révisé la sentence et, dès lors, excède ses pouvoirs.

1^{re} Civ. - 3 décembre 2014.
CASSATION

N° 13-10.567 et 13-12.674. - CA Saint-Denis de la Réunion, 12 novembre 2012.

Mme Batut, Pt. - M. Matet, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Ortscheidt, Av.

N° 307

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Obligation de conseil. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Le maître d'œuvre chargé d'une mission de surveillance des travaux a pour obligation d'informer le maître de l'ouvrage de la présence d'un sous-traitant et de lui conseiller de se le faire présenter, et, le cas échéant, de l'agréer et de définir les modalités de règlement de ses situations.

3^e Civ. - 10 décembre 2014.
REJET

N° 13-24.892. - CA Riom, 8 avril 2013.

M. Terrier, Pt. - M. Jardel, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - M^e Balat, SCP Gadiou et Chevallier, M^e Le Prado, Av.

N° 308

Assurance de personnes

Règles générales. - Assurance de prévoyance collective. - Résiliation. - Capital-décès. - Maintien de la garantie. - Conditions. - Incapacité de travail ou invalidité. - Déclaration au premier assureur. - Décès consécutif à la maladie ou l'invalidité. - Nécessité (non).

L'article 7-1 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, qui prévoit le maintien de la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité, n'exige ni que le décès soit consécutif à la maladie ou à l'invalidité dont le salarié était atteint, ni que la maladie ou l'invalidité ait été déclarée au premier assureur.

En conséquence, une cour d'appel, qui constate que l'assureur dont le contrat de prévoyance avait été résilié avant le décès d'un salarié ne contestait pas que ce dernier était en incapacité de travail avant la résiliation de ce contrat, ni que cet état s'était poursuivi, sans discontinuer, jusqu'à son décès, décide exactement qu'il doit sa garantie.

2^e Civ. - 11 décembre 2014.
REJET

N° 13-25.777. - CA Paris, 3 septembre 2013.

Mme Flise, Pt. - M. Besson, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 309

Atteinte à l'autorité de l'État

Atteinte à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique. - Menace et acte d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique. - Avocat.

Le délit de menace de commettre un crime contre un avocat, prévu à l'article 433-3 du code pénal, est établi lorsque son auteur ne pouvait ignorer que la menace formulée dans un support écrit adressé à des tiers parviendrait à la connaissance de la ou des personnes visées.

Crim. - 10 décembre 2014.
REJET

N° 14-81.313. - CA Riom, 5 février 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 310

Bail commercial

Prix. - Révision. - Clause d'indexation. - Référence à un indice de base fixe. - Licéité. - Conditions. - Détermination.

La clause d'indexation du loyer d'un bail commercial se référant à un indice de base fixe ne contrevient pas à l'article L. 112-1 du code monétaire et financier dès lors qu'il y a concordance entre la période de variation de l'indice et celle de variation du loyer.

3^e Civ. - 3 décembre 2014.
CASSATION

N° 13-25.034. - CA Versailles, 18 juin 2013.

M. Terrier, Pt. - Mme Proust, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP de Nervo et Poupet, SCP Bénabent et Jéhannin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 25 décembre 2014, Actualité/droit des affaires, p. 2521, note Yves Rouquet (« Clause d'indexation (indice et base fixe) : prise en compte de la distorsion effective »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 1-2, 8 janvier 2015, Études et commentaires, n° 1006, p. 47 à 49, note Bastien Brignon (« Validité des clauses d'indexation à indice fixe sans distorsion »), et la revue Loyers et copropriété, n° 1, janvier 2015, commentaire n° 13, p. 26-27, note Emmanuel Chavance (« Sur la validité de la clause d'indexation »).

Note sous 3^e Civ., 3 décembre 2014, n° 310 ci-dessus

L'article L. 112-1, alinéa 2, du code monétaire et financier répute « non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision ». Ces dispositions sont issues de la loi n° 77-1457 du 29 décembre 1977 relative à diverses dispositions en matière de prix, qui, prise dans un contexte de forte inflation, avait pour principal objet de plafonner l'évolution des loyers et qui, pour éviter les mesures de rattrapage du prix des loyers, a décidé d'atténuer le jeu normal de la variation des indices des clauses d'indexation en condamnant les clauses qui aboutissaient à une augmentation dépassant le taux de variation et l'indice légal (A. de Galembert, « Étude des risques pesant sur la validité des clauses d'indexation dans les baux commerciaux », *Rev. loyers* 2011, p. 913 ; J.-D. Barbier et T. de Peyronnet, « L'indice à l'index. Sur les clauses d'indexation avec indice de base fixe », *Gazette du Palais*, 2 juillet 2011, n° 183, p. 5).

Les contrats de baux commerciaux comprennent le plus souvent une clause d'indexation du loyer, qui sont généralement de deux types : soit la clause adopte une première méthode de calcul, consistant à modifier chaque année l'indice de base, l'indice de comparaison de l'année précédente devenant le nouvel indice de base, cette variation étant appliquée sur le loyer en cours, soit elle adopte une seconde méthode de calcul, consistant à conserver le même indice de base correspondant à la date d'effet du bail et à comparer chaque année cet indice avec l'indice du même trimestre correspondant à l'année de révision, puis à appliquer cette variation sur le loyer initial.

Le tribunal de grande instance de Paris a, par trois jugements remarquables rendus en 2010, remis en cause les clauses adoptant la seconde méthode de calcul énoncée plus haut, considérant que la méthode consistant à prendre pour base de calcul de chaque révision annuelle le seul montant du loyer fixé l'année de conclusion du bail n'était pas licite au regard de l'article L. 112-1

du code monétaire et financier, seule pouvant être approuvée la méthode consistant à prendre pour base de révision annuelle le montant du loyer révisé de l'année précédente. Ces arrêts ont suscité de nombreuses réactions doctrinales (J. Monéger, « Baux commerciaux : la périodicité dans la clause d'indexation du loyer et l'ordre public monétaire », *JCP*, 10 octobre 2011, éd. G, n° 41 (hors série), 100007) et deux thèses se sont alors affrontées : certains ont soutenu que les clauses comportant un indice de base fixe devaient nécessairement être réputées non écrites, dès lors que le code monétaire et financier interdit les clauses prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision et que de fait, si l'indice de base est fixe, chaque année, la variation entre l'indice de base et celui retenu pour le calcul de l'indexation du trimestre considéré, soit celui dudit trimestre, est supérieure à la durée s'étant écoulée entre l'indexation en cours et la précédente, par hypothèse celle de l'année précédente ; d'autres, plus attachés à l'esprit du texte et faisant observer que si le loyer de référence est aussi fixe, il n'y a aucune différence arithmétique entre les résultats des deux calculs possibles d'une indexation, ont soutenu que seules les clauses instituant volontairement une distorsion dans le calcul de l'indexation devaient être sanctionnées.

Saisie de la difficulté, la Cour de cassation a, par plusieurs arrêts successifs, dont le dernier est ici commenté, tranché en faveur de la seconde thèse, estimant que le code monétaire et financier, qui censure les clauses prenant en compte une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision, ne prohibe pas les clauses d'indexation à indice de base fixe, du moment que les autres éléments de calcul n'entraînent pas de majoration de l'indexation ou, plus généralement, de distorsion dans le calcul.

Dans un premier arrêt (3^e Civ., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-16.335, *Bull.* 2013, III, n° 129 ; *D.*, n° 37, 31 octobre 2013, p. 2464, note Y. Rouquet ; *Gazette du Palais*, n° 330, 26 novembre 2013, p. 23, note J.-D. Barbier ; *Ann. loyers*, n° 11-12, novembre-décembre 2013, p. 1996, note B. Brignon ; A. Rozan-Debeaurain, *Ann. loyers* 2013, p. 2008 ; *Rev. loyers*, n° 942, décembre 2013, p. 491, note M.-O. Vaissié et H. Chaoui ; *Administrer*, n° 471, décembre 2013, p. 40, note M.-L. Sainturat ; *D.* 2014, chr. de jurisprudence de la Cour de cassation, p. 1003, note A. Pic), elle a considéré qu'une cour d'appel avait pu retenir que la clause d'indexation dont la nullité lui était demandée et qui comprenait certes un indice de base fixe n'était pas contraire aux dispositions du code monétaire et financier dès lors qu'elle prévoyait une concordance absolue entre la variation des indices et celle des loyers. Dans cette affaire, la durée séparant les indices était en effet identique à celle séparant le loyer de référence et le loyer indexé.

Dans un deuxième arrêt (3^e Civ., 11 décembre 2013, pourvoi n° 12-22.616, *Bull.* 2013, III, n° 159 ; *D.*, n° 1, 9 janvier 2014, p. 5, obs. Y. Rouquet ; *D.*, n° 5, 6 février 2014, p. 344, note B. Brignon ; *Loyers et copr.*, n° 1, janvier 2014, repère 1, par J. Monéger ; *Loyers et copr.*, n° 2, février 2014, comm. 48 par E. Chavance ; *Rev. loyers*, n° 943, janvier 2014, p. 8, note M.-O. Vaissié et H. Chaoui ; *Ann. loyers* 2014, p. 23, note A. Cerati-Gauthier ; *RLDC*, n° 112, février 2014, Actualité n° 5294 par C. Le Gallou ; *AJDI* 2014, p. 136, note F. Planckeel et A. Antoniutti ; *AJDI* 2014, p. 1, note J.-P. Blatter), elle a approuvé une cour d'appel d'avoir validé une clause d'indexation dès lors qu'elle constatait que le mode de calcul prévu n'entraînait aucune distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre les révisions successives puisqu'il prenait toujours en considération le même loyer de référence.

Par l'arrêt ici commenté, elle censure un arrêt d'appel qui avait réputé non écrite une clause d'indexation d'un bail commercial au seul motif qu'elle avait un indice de référence fixe, en considérant que, nécessairement, la période de variation des indices est supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision, par l'attendu suivant, qui se veut de principe : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les clauses d'indexation se réfèrent à un indice de base*

fixe ne contreviennent pas à l'article L. 112-1 du code monétaire et financier dès lors qu'il y a concordance entre la période de variation de l'indice et celle de variation du loyer, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme il le lui était demandé, si le mode de calcul choisi par la clause créait une distorsion effective entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Il appartient donc aux juges du fond devant lesquels la validité d'une clause d'indexation comprenant un indice de base fixe est contestée de vérifier concrètement si le mode de calcul prévu par cette clause n'entraîne pas de distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions ; tel pourrait être le cas d'une clause prenant une période de variation du loyer plus courte que celle de l'indice.

Si une distorsion est instituée par la clause en créant un effet amplificateur de l'indexation, celle-ci doit être réputée non écrite. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel de retenir que la reproduction dans un avenant au bail de la clause d'indexation contenue dans le bail initial engendrait une distorsion dès lors qu'était appliqué à un nouveau loyer de base correspondant au loyer du 1^{er} mars 2002 l'indice de référence du quatrième trimestre 1997, et d'en déduire que la clause de l'avenant était réputée non écrite (3^e Civ., 7 mai 2014, pourvoi n° 12-22.637, *Loyers et copr.*, n° 7-8, juillet 2014, comm. 212 par P.-H. Braut ; *AJDI*, n° 11, 29 novembre 2014, p. 783, comm. F. Planckeel et A. Antoniutti).

N° 311

Compensation

Compensation légale. - Obstacle à la compensation. - Principes de la comptabilité publique.

Selon les principes de la comptabilité publique, le débiteur d'une collectivité publique ne peut pas compenser sa dette avec les créances qu'il détient sur cette même collectivité.

1^{re} Civ. - 10 décembre 2014.

REJET

N° 13-25.114. - CA Douai, 16 mai 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Gall, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 312

Conflit de juridictions

Effets internationaux des jugements. - Reconnaissance des jugements non soumis à *exequatur*. - Conditions. - Compétence internationale du tribunal étranger. - Caractérisation. - Cas. - Litige concernant l'état des personnes entre nationaux de l'État où la décision a été rendue.

Il résulte de l'article 16, 1^o, d, de la Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires que la nationalité tunisienne commune des époux suffit à fonder la compétence des juridictions tunisiennes pour connaître d'une action en divorce, s'agissant d'un litige concernant l'état des personnes.

Dès lors, encourt la cassation, pour violation de ce texte, un arrêt d'une cour d'appel qui, pour écarter une exception de litispendance internationale tirée de l'engagement préalable d'une instance en divorce en Tunisie, déduit de l'absence de résidence en Tunisie du mari depuis un an lors du dépôt de sa requête que la décision à intervenir en Tunisie n'est pas susceptible d'être

reconnue en France faute d'émaner d'une juridiction compétente, alors que les deux époux ayant la nationalité tunisienne, les juridictions tunisiennes étaient compétentes.

1^{er} Civ. - 3 décembre 2014.
CASSATION

N° 13-26.548. - CA Grenoble, 27 novembre 2012.

Mme Batut, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Le Bret-Desaché, Av.

N° 313

Contrat de travail, durée déterminée

Qualification donnée au contrat. - Demande de requalification. - Requalification par le juge. - Effets. - Salaire. - Rappel de salaire. - Périodes intercalées entre deux contrats. - Conditions. - Maintien à la disposition de l'employeur. - Preuve. - Charge. - Détermination.

La requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ne portant que sur le terme du contrat et laissant inchangées les stipulations contractuelles relatives à la durée du travail, il appartient au salarié, qui demande le paiement du salaire pendant les périodes interstitielles, d'établir que pendant ces périodes, il s'est tenu à la disposition de l'employeur.

Viole les articles L. 1245-1 et L. 1245-2 du code du travail, ensemble les articles 1134 et 1315 du code civil, la cour d'appel qui, pour allouer un rappel de salaire correspondant à un travail à temps complet, retient que des contrats de travail signés le jour de l'embauche ne mentionnent pas les horaires de travail pour chaque journée travaillée et que, faute de produire un planning prévisionnel qui aurait été communiqué au salarié, l'employeur ne rapporte pas la preuve que celui-ci n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition.

Soc. - 10 décembre 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-22.422. - CA Paris, 28 mai 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Ludet, Rap. - Mme Courcol-Bouchard, Av. Gén. - SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 314

Contrat de travail, exécution

Éducation des enfants. - Congé parental d'éducation. - Reprise de l'activité initiale. - Faculté. - Exercice par le salarié. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Lorsqu'un salarié exerce la faculté que lui offre l'article L. 1225-51 du code du travail de transformer son congé parental en activité à temps partiel, il est en droit de reprendre à temps partiel son précédent emploi, s'il est disponible, sauf si l'employeur démontre que cet emploi n'est pas compatible avec une telle activité.

Soc. - 10 décembre 2014.
REJET

N° 13-22.135. - CA Aix-en-Provence, 30 mai 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Corbel, Rap. - Mme Courcol-Bouchard, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 315

Contrat de travail, rupture

Imputabilité. - Imputabilité à l'employeur. - Cas. - Harcèlement. - Effets. - Procédure de référé tendant à une mise en inactivité anticipée. - Détermination.

L'obtention en référé d'une mesure provisoire mettant un terme au harcèlement subi par un salarié ne saurait interdire à celui-ci de justifier devant le juge du fond du fait qu'il a dû solliciter cette mesure en raison d'un harcèlement susceptible d'entraîner la nullité de la rupture effective du contrat de travail.

Soc. - 9 décembre 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-16.045 et 13-16.731. - CA Paris, 27 février 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Roger, Sevaux et Mathonnet, Av.

N° 316

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Applications diverses. - Personne chargée de l'aide aux actes de la vie courante. - Aide à la prise de médicaments. - Refus. - Conditions. - Détermination.

Il résulte de l'article L. 313-26 du code de l'action sociale et des familles qu'au sein des établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 du même code, lorsque les personnes ne disposent pas d'une autonomie suffisante pour prendre seules le traitement prescrit par un médecin à l'exclusion de tout autre, l'aide à la prise de ce médicament constitue une modalité d'accompagnement de la personne dans les actes de la vie courante et que l'aide à la prise des médicaments peut, à ce titre, être assurée par toute personne chargée de l'aide aux actes de la vie courante dès lors que, compte tenu de la nature du médicament, le mode de prise ne présente ni difficulté d'administration ni apprentissage particulier.

Ayant constaté qu'un salarié, engagé comme agent de service de salle à manger, distribuait les médicaments et assistait les résidents à la prise de médicaments lors des repas, conformément à sa fiche de poste, mais qu'après que certains de ces repas avaient été servis dans les chambres, il avait refusé de remettre à leurs destinataires les piluliers nominatifs placés sur les plateaux-repas qu'il distribuait, une cour d'appel en a exactement déduit que le salarié avait commis une faute.

Soc. - 2 décembre 2014.
REJET

N° 13-28.505. - CA Limoges, 26 février 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Maron, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Vincent et Ohl, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 52, 22 décembre 2014, Actualités, n° 1339, p. 2362, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Refus, par une aide-soignante, d'aide aux actes de la vie courante : faute professionnelle »).

N° 317

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement individuel. - Entreprise en difficulté. - Liquidation judiciaire. - Licenciement par le liquidateur. - Applications diverses. - Maladie du salarié. - Maladie ou accident non professionnel. - Salarié déclaré inapte temporaire. - Second

examen médical. - Nécessité. - Défaut. - Cas. - Cessation totale de l'activité de l'entreprise n'appartenant à aucun groupe.

La cour d'appel, qui a relevé que le motif économique de licenciement, non critiqué par le salarié victime d'une maladie non professionnelle, ressortissait à la cessation totale de l'activité de l'entreprise n'appartenant à aucun groupe, ce dont il résultait la suppression de tous les postes de travail et l'impossibilité du reclassement de ce salarié, dont le contrat de travail n'était plus suspendu à la suite d'une visite de reprise, a pu décider que le liquidateur, tenu de licencier le salarié dans le délai prévu par l'article L. 3253-8, 2°, du code du travail, ne pouvait plus être tenu d'organiser un second examen médical avant de procéder au licenciement.

Soc. - 9 décembre 2014.
REJET

N° 13-12.535. - CA Aix-en-Provence, 20 décembre 2012.

M. Frouin, Pt. - Mme Vallée, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - M^e Haas, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 1-2, 12 janvier 2015, Actualités, n° 21, p. 31-32, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Obligation de reclassement d'un salarié inapte et cessation de l'activité »).

N° 318

Contrat de travail, rupture

Rupture conventionnelle. - Forme. - Convention signée par les parties. - Objet. - Indemnité spécifique. - Montant minimal. - Respect. - Nécessité. - Portée.

L'absence de demande en annulation de la rupture conventionnelle et, partant, d'invocation de moyens au soutien d'une telle demande n'interdit pas au salarié d'exiger le respect par l'employeur des dispositions de l'article L. 1237-13 du code du travail, relatives au montant minimal de l'indemnité spécifique d'une telle rupture.

Soc. - 10 décembre 2014.
CASSATION

N° 13-22.134. - CA Saint-Denis de la Réunion, 30 avril 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Chollet, Rap. - Mme Courcol-Bouchard, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 52, 23 décembre 2014, Actualités, n° 475, p. 17, note N. D. (« Rupture conventionnelle : de la possibilité de solliciter le versement d'un complément d'indemnités sans demander la nullité de la rupture »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 1-2, 12 janvier 2015, Actualités, n° 20, p. 31, note Danielle Corrignan-Carsin (« Un salarié peut solliciter un complément d'indemnité sans demander la nullité de la rupture conventionnelle »).

N° 319

Contrats et obligations conventionnelles

Résiliation. - Résiliation conventionnelle. - Résiliation unilatérale. - Article 1184 du code civil. - Application cumulative.

Une cour d'appel qui relève que, contrairement à ce qu'imposait un contrat, un bureau d'études de structure n'avait pas proposé la solution la plus économique dans deux chantiers et qui retient, à bon droit, que la condition résolutoire prévue par l'article 1184 du code civil est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques peut en déduire qu'est justifiée la résiliation du

contrat par la faute du bureau alors même que ce contrat prévoyait que la résiliation se ferait soit à cause du non-respect des délais de fourniture de plans, soit du non-paiement des honoraires de la part du promoteur.

3° Civ. - 10 décembre 2014.
REJET

N° 13-27.332. - CA Toulouse, 13 mai 2013.

M. Terrier, Pt. - M. Nivôse, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Ortscheidt, Av.

N° 320

1° Convention européenne des droits de l'homme

Article 9. - Liberté de pensée, de conscience et de religion. - Liberté de manifester ses convictions. - Loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. - Compatibilité.

2° Peines

Stage de citoyenneté. - Conditions. - Accord du prévenu présent à l'audience. - Défaut. - Portée.

1° Si l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Tel est le cas de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics et à garantir les conditions du « vivre ensemble » en imposant à toute personne circulant dans un espace public de montrer son visage.

Justifie en conséquence sa décision la juridiction de proximité ayant, sur le fondement de ladite loi, déclaré coupable une personne qui, le visage dissimulé, effectuait des achats dans un magasin à grande surface.

2° L'article 131-5-1 du code pénal prévoit que la juridiction ne peut prescrire à titre de sanction l'accomplissement d'un stage de citoyenneté si la personne poursuivie refuse cette mesure ou si elle n'est pas présente à l'audience.

Dès lors, encourt la censure le jugement d'une juridiction de proximité qui, après avoir déclaré la prévenue, représentée à l'audience par un avocat, coupable de la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public, la condamne, fût-ce à titre de peine complémentaire, à accomplir un stage de citoyenneté.

Crim. - 9 décembre 2014
CASSATION PARTIELLE
PAR VOIE DE RETRANCHEMENT SANS RENVOI

N° 14-80.873. - Juridiction de proximité de Dijon, 1^{er} juillet 2013.

M. Guérin, Pt. - M. Finidori, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 1, 8 janvier 2015, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 12 (« Dissimulation du visage dans l'espace public : conventionnalité de la loi du 11 octobre 2010 »).

N° 321

Douanes

Droits. - Octroi de mer. - Champ d'application. - Exclusion. - Enrobés utilisés dans l'activité de revêtement de route.

La loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer énonce, dans son article 1, 2°, que sont soumises à cette taxe en Guyane les livraisons de biens faites à titre onéreux par des personnes qui y exercent des activités de production et que la livraison d'un bien s'entend du transfert du pouvoir de disposer d'un bien meuble corporel comme un propriétaire.

Fait l'exacte application de ce texte l'arrêt qui retient que dans un marché de travaux portant sur le revêtement de route, l'enrobé n'est pas vendu en l'état comme un bien meuble, sa pose se trouvant nécessairement liée à sa fourniture, ce dont il déduit, peu important que le transfert de propriété de l'ouvrage s'opère lors de la réception des travaux, que les enrobés utilisés dans l'activité de revêtement de route de la société X n'étaient pas soumis à l'octroi de mer.

Com. - 9 décembre 2014.
REJET

N° 13-10.423. - CA Cayenne, 8 octobre 2012.

Mme Mouillard, Pt. - M. Grass, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M^e Le Prado, Av.

N° 322

Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Candidat. - Liste de candidatures. - Présentation au premier tour. - Personne habilitée. - Délégué syndical. - Conditions. - Mandat exprès du syndicat. - Caractère verbal. - Possibilité. - Détermination.

Si un délégué syndical ne peut présenter de liste de candidats au nom de son syndicat que lorsqu'il a expressément reçu mandat à cette fin, ce mandat peut être verbal.

Soc. - 10 décembre 2014.
CASSATION

N° 14-60.447. - TI Asnières-sur-Seine, 17 février 2014.

M. Béraud, Pt (f.f.). - Mme Salomon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 52, 23 décembre 2014, Actualités, n° 472, p. 16, note Lydie Dauxerre (« Dépôt des listes : le mandat exprès donné par un syndicat à son représentant peut être verbal »).

N° 323

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire. - Jugement. - Effets. - Arrêt des poursuites individuelles. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Action ne tendant pas à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. - Action en référé expertise.

La règle de l'arrêt des poursuites individuelles instituée par l'article L. 622-21 du code de commerce n'interdit pas une action en référé expertise, qui ne tend pas, par elle-même, à la condamnation du débiteur en procédure collective au paiement d'une somme d'argent.

Com. - 2 décembre 2014.
CASSATION

N° 13-24.405. - CA Amiens, 5 février 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Texier, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Bouloche, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 25 décembre 2014, Actualité/droit des affaires, p. 2519 (« Arrêt des poursuites individuelles : recevabilité de la demande d'expertise d'un créancier »).

N° 324

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire. - Ouverture. - Procédure. - Saisine. - Procédure secondaire d'insolvabilité. - Demandeur. - Qualité de créancier. - Défaut. - Effets. - Absence de créance certaine, liquide et exigible.

Faute de pouvoir justifier à l'égard du débiteur, soumis à une procédure principale d'insolvabilité, d'une créance certaine, liquide et exigible au jour de son assignation en ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité, le demandeur à cette ouverture n'a pas la qualité de créancier exigée par l'article L. 640-5, alinéa 2, du code de commerce ni, par conséquent, celle, visée à l'article 29, b, du règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, d'autre personne habilitée à demander l'ouverture d'une procédure secondaire en vertu du droit applicable à cette procédure.

Com. - 2 décembre 2014.
REJET

N° 13-20.203. - CA Cayenne, 28 janvier 2013.

Mme Mouillard, Pt. - M. Arbellot, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 25 décembre 2014, Actualité/droit des affaires, p. 2519 (« Procédure d'insolvabilité : qualité pour demander l'ouverture d'une procédure secondaire »).

N° 325

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Nullité des actes de la période suspecte. - Action en nullité. - Qualité pour agir. - Personnes limitativement visées par l'article L. 632-4 du code de commerce.

Seules les personnes visées à l'article L. 632-4 du code de commerce ont qualité pour agir en nullité des actes accomplis pendant la période suspecte.

Le débiteur, fût-il redevenu maître de ses biens par suite de l'arrêt d'un plan de redressement, n'est pas visé par le texte précité et n'a donc pas qualité pour former un pourvoi en cassation contre la décision ayant statué sur une demande de nullité d'actes accomplis en période suspecte.

Com. - 2 décembre 2014.
IRRECEVABILITÉ

N° 13-24.308. - CA Versailles, 18 juillet 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 25 décembre 2014, Actualité/droit des affaires, p. 2518 (« Nullité de la période suspecte : défaut de qualité à agir du débiteur »).

N° 326

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Nullité des actes de la période suspecte. - Nullité facultative. - Actes à titre onéreux. - Conditions. - Connaissance personnelle de la cessation des paiements par le mandant. - Effets. - Connaissance par le mandataire chargé du recouvrement de l'état de cessation des paiements. - Présomption (non).

Pour l'application de l'article L. 632-2 du code de commerce, la connaissance qu'a un huissier de justice de l'état de cessation des paiements d'un débiteur n'implique pas celle de son mandant.

Com. - 2 décembre 2014.

REJET

N° 13-25.705. - CA Bordeaux, 10 septembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Texier, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - M^e Ricard, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 25 décembre 2014, Actualité/droit des affaires, p. 2519 (« Nullité de la période suspecte : connaissance de l'état de cessation des paiements »).

N° 327

1^o Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Sauvegarde. - Période d'observation. - Poursuite de l'activité. - Régime de faveur des créances nées après le jugement d'ouverture. - Conditions. - Contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. - Applications diverses. - Créance du bailleur relative aux travaux de remise en état des lieux loués. - Conditions. - Détermination.

2^o Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Sauvegarde. - Période d'observation. - Poursuite de l'activité. - Régime de faveur des créances nées après le jugement d'ouverture. - Conditions. - Contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. - Exclusion. - Cas. - Dommages-intérêts en réparation de la perte de chance de relouer immédiatement les lieux.

1^o La créance du bailleur relative aux travaux de remise en état des lieux loués n'est la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation, au sens de l'article L. 622-17 du code de commerce, que si les dégradations ont été commises pendant cette période.

2^o N'ont pas pour contrepartie une prestation fournie au débiteur, au sens de l'article L. 622-17 du code de commerce, les dommages-intérêts demandés par le bailleur en réparation de la perte de la chance de pouvoir relouer immédiatement les lieux.

Com. - 2 décembre 2014.

REJET

N° 13-11.059. - CA Basse-Terre, 29 octobre 2012.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Texier, Rap. - Mme Pénichon, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 25 décembre 2014, Actualité/droit des affaires, p. 2518 (« Créance postérieure : créance du bailleur relative aux travaux de remise en état du local »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 4, 22 janvier 2015, Études et commentaires, n° 1031, p. 28 à 30, note Adeline Cerati-Gauthier (« Le bailleur privé du privilège de l'article L. 622-17 »).

N° 328

Escroquerie

Escroquerie au Trésor public. - Taxe sur la valeur ajoutée. - Remise de l'objet ou du fonds. - Acte opérant décharge. - Caractérisation. - Portée.

Constitue une escroquerie à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) l'organisation, entre pays de l'Union européenne, d'un circuit triangulaire consistant à émettre des factures mentionnant faussement que la TVA sur des véhicules d'occasion acquis hors taxe auprès de professionnels étrangers a été acquittée, afin d'obtenir indûment le régime de la taxation sur la marge et de déterminer l'administration fiscale à délivrer aux acquéreurs de ces véhicules des quitus valant décharge.

Encourt dès lors la censure l'arrêt qui, pour dire non constitué le délit d'escroquerie, énonce que ce quitus fiscal n'emporte pas décharge de la TVA normalement due, alors que, prévu par l'article 298 *sexies*, V *bis*, du code général des impôts, il n'est délivré que sur présentation d'une caution ou d'une garantie suffisante ou lorsque la taxe a été effectivement acquittée, et vaut ainsi acte opérant décharge, peu important la possibilité pour l'administration de revoir ultérieurement la situation.

Crim. - 3 décembre 2014.

CASSATION PARTIELLE

N° 13-82.099. - CA Colmar, 1^{er} février 2013.

M. Guérin, Pt. - Mme de la Lance, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Caston, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Thouin-Palat et Boucard, M^e Bouthors, Av.

N° 329

État civil

Acte de l'état civil. - Actes dressés à l'étranger. - Force probante. - Légalisation. - Modalités. - Détermination.

Si les actes de l'état civil établis à l'étranger doivent être légalisés, la légalisation peut seulement être effectuée soit, en France, par le consul du pays où l'acte a été établi, soit, à l'étranger, par le consul de France établi dans ce pays.

1^{re} Civ. - 3 décembre 2014.

REJET

N° 13-27.857. - CA Paris, 4 juin 2013.

Mme Batut, Pt. - M. Matet, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Roger, Sevaux et Mathonnet, Av.

N° 330

Filiation

Filiation adoptive. - Adoption plénière. - Conditions. - Déclaration judiciaire d'abandon de l'enfant. - Intérêt de l'enfant. - Prise en considération. - Nécessité.

Dans une procédure en déclaration judiciaire d'abandon, l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération par le juge, même lorsque les conditions d'application de l'article 350 du code civil sont réunies.

1^{re} Civ. - 3 décembre 2014.

REJET

N° 13-24.268. - CA Douai, 4 juillet 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2015, Jurisprudence, p. 60, note P. Salvage-Gerest (« Lorsque l'intérêt de l'enfant s'oppose à la déclaration d'abandon »).

N° 331

1° Impôts et taxes

Procédure (règles communes). - Moyen. - Moyen non soulevé dans le recours préalable. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

2° Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes). - Procédure. - Saisine. - Demande préalable. - Modalités. - Détermination.

3° Impôts et taxes

Procédure (règles communes). - Commandement. - Action en annulation. - Compétence du juge de l'exécution. - Champ d'application. - Irrégularité de forme. - Publication incomplète d'un acte administratif à caractère réglementaire.

1° Les dispositions de l'article R.* 281-5 du livre des procédures fiscales ne font pas obstacle à ce que le contribuable soulève devant le juge de l'exécution des moyens de droit nouveaux, à la condition que ces derniers n'impliquent pas l'appréciation de pièces justificatives ou de circonstances de fait omises dans sa demande préalable au chef de service.

2° Si les contestations relatives au recouvrement des impôts, taxes, redevances et sommes quelconques, dont la perception incombe aux comptables publics, doivent être adressées, dans un délai défini, à l'administration dont dépend le comptable qui exerce les poursuites, et ce, avant toute saisine de la juridiction compétente pour en connaître, à peine d'irrecevabilité de la demande présentée à celle-ci, cette irrecevabilité n'est opposable au demandeur qu'à la condition qu'il ait été précisément informé, par l'acte de poursuite, des modalités et des délais de recours, ainsi que des dispositions des articles R.* 281-4 et R.* 281-5 du livre des procédures fiscales.

3° Le défaut de publication d'un acte administratif à caractère réglementaire ne constitue pas un vice propre de cet acte et le juge de l'exécution est compétent pour constater, s'il y a lieu, une publicité incomplète d'un tel acte et l'annulation d'un commandement de payer, dès lors qu'elle est demandée pour une telle irrégularité de forme.

Com. - 9 décembre 2014.

CASSATION

N° 13-24.365. - CA Paris, 16 mai 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence fiscale, n° 3/15, note Bernard Hatoux (« Le contentieux du recouvrement à l'aune des grands principes. Ou Qui trop embrasse... »).

N° 332

Indemnisation des victimes d'infraction

Préjudice. - Réparation. - Déficit fonctionnel temporaire. - Préjudice sexuel temporaire. - Préjudice non distinct. - Portée.

Le poste de préjudice de déficit fonctionnel temporaire, qui répare la perte de qualité de vie de la victime et des joies usuelles de la vie courante pendant la maladie traumatique, intègre le préjudice sexuel subi pendant cette période.

Encourt dès lors la cassation, pour avoir indemnisé deux fois le même préjudice, l'arrêt qui, après avoir alloué à la victime une somme au titre de son préjudice de déficit fonctionnel temporaire, lui en accorde une autre en réparation de son préjudice sexuel temporaire.

2° Civ. - 11 décembre 2014.

CASSATION

N° 13-28.774. - CA Metz, 16 octobre 2013.

Mme Flise, Pt. - M. Besson, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

N° 333

Indivision

Partage. - Attribution dite « éliminatoire ». - Conditions. - Détermination.

L'attribution éliminatoire peut être demandée, sous les conditions prévues par la loi, lors du partage d'une indivision conventionnelle.

1^{re} Civ. - 3 décembre 2014.

REJET

N° 13-27.627. - CA Versailles, 4 octobre 2012.

Mme Batut, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Lévis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2015, Jurisprudence, p. 56-57, note Jérôme Casey (« L'attribution éliminatoire est applicable à une indivision conventionnelle »).

N° 334

Mesures d'instruction

Expertise. - Nullité. - Action en nullité. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

L'appréciation de la faute reprochée à un salarié protégé et dont le licenciement est envisagé relevant de l'autorité administrative, l'action en nullité d'une expertise ordonnée en référé ou sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile exercée à titre principal est recevable lorsque la mesure est destinée à établir si le grief est fondé.

Soc. - 2 décembre 2014.

CASSATION

N° 13-24.029. - CA Colmar, 12 avril 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Salomon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 335

Outre-mer

Nouvelle-Calédonie. - Code du travail de Nouvelle-Calédonie. - Licenciement. - Formalités légales. - Lettre de licenciement. - Contenu. - Mentions des motifs du licenciement. - Défaut. - Portée.

Il résulte des articles Lp. 122-6 et Lp. 122-7 du code du travail de Nouvelle-Calédonie ainsi que de l'accord interprofessionnel territorial du 27 juillet 1994 que la lettre de licenciement d'un salarié en arrêt maladie prolongé non lié à un accident du travail ou à une maladie professionnelle doit énoncer expressément la

N° 338

perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de pourvoir au remplacement du salarié absent, dont le caractère définitif doit être vérifié par les juges du fond.

À défaut de ces énonciations, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Soc. - 2 décembre 2014

CASSATION PARTIELLE PARTIELLEMENT SANS RENVOI

N° 13-10.176. - CA Nouméa, 5 juillet 2012.

M. Frouin, Pt. - Mme Deurbergue, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 52, 22 décembre 2014, Actualités, n° 1338, p. 2362, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Rappel des règles en cas de licenciement pour absence prolongée »).

N° 336

Peines

Exécution. - Peine privative de liberté. - Période de sûreté. - Durée. - Détention provisoire. - Effets. - Imputation sur la durée de la période de sûreté. - Exécution simultanée de peines d'emprisonnement relatives à des condamnations distinctes. - Absence d'influence.

Justifie sa décision le président de la chambre de l'application des peines qui énonce que le point de départ de la période de sûreté doit être fixé à partir du titre d'écrou initial, peu important que pendant la période de détention provisoire, le détenu ait exécuté d'autres peines.

La période de sûreté, n'étant qu'une modalité d'exécution de la peine privative de liberté qu'elle assortit, court en effet à compter de la mise à exécution de celle-ci.

Crim. - 10 décembre 2014.

REJET

N° 14-83.130. - CA Paris, 10 avril 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 2, 15 janvier 2015, Chroniques/Cour de cassation - chambre criminelle, p. 110 à 123, spéc. n° 5, p. 118 à 121, note Benoît Laurent (« Période de sûreté : fin d'une controverse »).

N° 337

Peines

Non-cumul. - Domaine d'application. - Travail. - Hygiène et sécurité des travailleurs. - Infractions. - Homicide et blessures involontaires et infraction aux dispositions protectrices de la sécurité des travailleurs (non).

Lorsqu'à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les unes visées par l'article L. 4741-1 du code du travail, les autres prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du code pénal, les peines de même nature se cumulent, dès lors que leur total n'excède pas le maximum légal de la peine la plus élevée encourue.

Crim. - 9 décembre 2014.

REJET

N° 13-85.937. - CA Bordeaux, 31 juillet 2013.

M. Guérin, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - SCP Boutet-Hourdeaux, Av.

Procédure civile

Demande - Demande reconventionnelle. - Recevabilité. - Conditions. - Lien suffisant avec la demande originaire. - Exclusion. - Cas. - Demande en compensation.

Il résulte des articles 70 et 564 du code de procédure civile que la demande reconventionnelle tendant à la compensation judiciaire est recevable même si elle ne se rattache pas par un lien suffisant à la demande originaire.

2° Civ. - 4 décembre 2014.

CASSATION PARTIELLE

N° 13-25.931. - CA Rennes, 6 juin 2013.

Mme Flise, Pt. - M. Pimouille, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 339

Procédure civile

Éléments du débat. - Détermination. - Cas. - Acte de la procédure versé au dossier de première instance et joint à celui de la cour d'appel. - Portée.

Justifie légalement sa décision au regard des articles 7, 16 et 132 du code de procédure civile la cour d'appel qui écarte une exception de nullité de l'assignation fondée sur son défaut de communication à l'appelant dès lors que, s'agissant d'un acte de la procédure versé au dossier de première instance et joint à celui de la cour d'appel en application des articles 727 et 968 du code de procédure civile, cette assignation, dont la communication n'avait pas été demandée, était dans le débat.

2° Civ. - 4 décembre 2014.

REJET

N° 13-22.568. - CA Metz, 18 avril 2013.

Mme Flise, Pt. - Mme Nicolle, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 340

Professions médicales et paramédicales

Auxiliaires médicaux. - Infirmier. - Responsabilité. - Préposé ayant agi dans le cadre de la mission impartie par le commettant. - Effet.

Une enfant de trois ans ayant été victime, au décours d'une intervention d'adénoïdectomie, d'un arrêt cardio-respiratoire à l'origine d'importantes séquelles cérébrales, une cour d'appel, retenant que, si le médecin anesthésiste avait été imprudent en autorisant le transfert en salle de surveillance postinterventionnelle avant le réveil complet de la patiente, l'infirmière présente dans cette salle aurait dû, compte tenu de cette circonstance et de la fréquence du risque de laryngospasme chez le jeune enfant, prendre toutes les précautions nécessaires pour assurer une surveillance maximale par monitoring, et ne pas se contenter d'un saturomètre, a fait une exacte application de l'article D. 712-49 du code de la santé publique, dans sa rédaction alors en vigueur, devenu l'article D. 6124-101 du même code, attribuant la prise en charge des patients admis dans une salle de surveillance postinterventionnelle à un ou plusieurs agents paramédicaux spécialement formés, en décidant que la clinique était responsable des fautes commises par l'infirmière, à qui elle était liée par un contrat de travail, le lien de préposition n'ayant pas été transféré au médecin.

1^{re} Civ. - 10 décembre 2014.
REJET

N° 13-21.607. - CA Douai, 23 mai 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Spinosi et Sureau, M^e Foussard, SCP Richard, SCP Roger, Sevaux et Mathonnet, Av.

N° 341

Propriété

Droit de propriété. - Atteinte. - Applications diverses. - Troubles anormaux de voisinage. - Caractérisation. - Cas. - Risque de chutes d'arbres à la suite d'une tempête.

Le risque dû à la présence d'arbres sur une propriété, penchant dangereusement sur la propriété voisine et mettant en danger la sécurité des biens et des personnes, constitue un trouble anormal de voisinage, quand bien même le risque s'est réalisé à l'occasion d'une tempête.

3^e Civ. - 10 décembre 2014.
REJET

N° 12-26.361. - CA Pau, 21 août 2012.

M. Terrier, Pt. - Mme Feydeau, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, M^e Balat, Av.

N° 342

1^o Propriété industrielle

Brevets d'invention. - Champ d'application. - Droit au titre. - Invention du salarié. - Personne à l'encontre de laquelle les droits doivent être invoqués. - Détermination.

2^o Propriété industrielle

Brevets d'invention. - Champ d'application. - Droit au titre. - Invention du salarié. - Invention de mission. - Invention réalisée au cours du contrat de travail initial. - Rémunération supplémentaire. - Obligation de paiement. - Débiteur - Dernier employeur. - Détermination - Éléments à considérer. - Existence d'un transfert du secteur d'activité de l'invention entre les employeurs successifs.

1^o Le salarié n'est fondé à invoquer les droits qu'il tient de l'article L. 611-7 du code de la propriété intellectuelle, relatifs aux inventions de salariés qu'à l'encontre de son employeur, celui-ci ferait-il partie d'un groupe.

2^o Pour déterminer si le dernier employeur est débiteur, au sens de l'article L. 611-7 du code de la propriété intellectuelle, de l'obligation de paiement de la rémunération supplémentaire due au titre d'une invention réalisée au cours du contrat de travail initial, il appartient à la cour d'appel de prendre en considération, conformément aux dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail, l'existence d'un transfert du secteur d'activité de l'invention entre les employeurs successifs.

Com. - 9 décembre 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-16.559. - CA Paris, 30 janvier 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Darbois, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - M^e Bertrand, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

N° 343

Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Accomplissement. - Temps de trajet pris pendant l'horaire normal de travail. - Imputation. - Détermination.

En l'absence de prévision contraire par la loi, un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur, le temps de trajet pris pendant l'horaire normal de travail en exécution des fonctions représentatives s'impute sur les heures de délégation.

Soc. - 9 décembre 2014.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-22.212. - CA Douai, 31 mai 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 344

Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Contingent légal. - Augmentation. - Usage ou accord collectif. - Nécessité. - Détermination.

Si le représentant du personnel ou du syndicat ne doit subir aucune perte de rémunération du fait de l'exercice de son mandat, le nombre d'heures de délégation légalement fixées au profit des salariés investis de mandats représentatifs ne peut être augmenté que par un usage ou un accord collectif.

N'a pas un tel objet un accord sur la réduction du temps de travail assimilant à un travail effectif la durée des pauses accordées aux salariés en situation de travail.

Soc. - 9 décembre 2014.
CASSATION

N° 13-18.005. - CPH Châteauroux, 26 mars 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 52, 23 décembre 2014, Actualités, n° 474, p. 17, note Lydie Dauxerre (« Temps de pause et heures de délégation »).

N° 345

Saisie immobilière

Procédure. - Audience d'orientation. - Contestations et demandes incidentes. - Présentation à l'audience d'orientation. - Obligation. - Exclusion. - Cas. - Tiers à l'instance.

L'obligation, prescrite par l'article R. 311-5 du code des procédures civiles d'exécution, pour les parties à la procédure de saisie immobilière de soulever, à peine d'irrecevabilité, à l'audience d'orientation l'ensemble des contestations et demandes incidentes ne s'applique pas, en vertu de l'article 14 du code de procédure civile, aux tiers à l'instance.

Encourt en conséquence la censure le jugement d'un juge de l'exécution qui déclare irrecevable, pour ce motif, l'intervention volontaire de la Caisse des dépôts et consignations à la procédure de saisie immobilière, en vue de contester l'application d'une stipulation du cahier des conditions de vente.

2° Civ. - 4 décembre 2014.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 13-24.870. - TGI Grenoble, 9 juillet 2013.

Mme Flise, Pt. - M. de Leiris, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 346

Saisie immobilière

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

Fait une exacte application des articles 1699 et 1700 du code civil, et R. 311-5 du code des procédures civiles d'exécution, la cour d'appel qui déclare irrecevable l'offre de retrait litigieux, formée devant elle par le débiteur saisi, dès lors que c'est avant l'audience d'orientation que le cessionnaire de la créance, cause de la saisie immobilière, s'était prévalu de la cession et que cette dernière avait été notifiée au débiteur, de sorte que celui-ci avait été en mesure de formuler son offre de retrait avant que le juge de l'exécution ne se prononce sur les contestations et vide sa saisine.

2° Civ. - 4 décembre 2014.

REJET

N° 13-25.433. - CA Nîmes, 10 octobre 2013.

Mme Flise, Pt. - Mme Robineau, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - M^e Delamarre, SCP Capron, Av.

N° 347

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif à un contrat de droit privé. - Contrat de droit privé. - Caractérisation. - Cas. - Contrat de travail. - Applications diverses. - Agent du territoire des Terres australes et antarctiques françaises.

Le litige né de la rupture de la relation de travail entre l'agent contractuel et le territoire des Terres australes et antarctiques françaises, qui l'a engagé en qualité de contrôleur de pêche, relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

Soc. - 2 décembre 2014.

CASSATION

N° 13-21.373. - CA Saint-Denis de la Réunion, 28 août 2012.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Delvolvé, Av.

N° 348

1° Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Nullité. - Effets. - Détermination. - Portée.

2° Travail réglementation, durée du travail

Repos et congés. - Jours fériés légaux. - Journée de solidarité. - Obligation de négocier. - Étendue. - Détermination.

1° Viole le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé la cour d'appel qui, après avoir constaté l'annulation d'un accord collectif instituant une prime d'assiduité, condamne l'employeur à payer aux salariés des sommes à ce titre et le

déboute de sa demande en restitution des sommes versées en application de l'accord collectif nul, au motif du caractère successif des obligations nées de cet accord.

2° L'employeur n'est tenu d'une obligation de négocier qu'en cas de fixation de la journée de solidarité à un autre jour que celui fixé par la loi au lundi de Pentecôte.

Viole l'article L. 212-16 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-351 du 16 avril 2008, la cour d'appel qui, pour condamner l'employeur au paiement d'une rémunération au titre de la journée de solidarité, retient que l'employeur a méconnu les dispositions légales en fixant unilatéralement la journée de solidarité au lundi de Pentecôte.

Soc. - 9 décembre 2014.

CASSATION PARTIELLE

N° 13-21.766. - CA Rouen, 28 mai 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Wurtz, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 349

Transports

Transport ferroviaire. - Police du transport ferroviaire. - Pénétration, circulation ou stationnement dans une partie de la voie ferrée ou de ses dépendances non affectées à la circulation publique. - Éléments constitutifs. - Élément intentionnel.

L'intention coupable de l'auteur du délit prévu par le 5° de l'article L. 2242-4 du code des transports est caractérisée par le fait, pour l'intéressé, de pénétrer, circuler ou stationner dans les parties de la voie ferrée ou de ses dépendances qui ne sont pas affectées à la circulation publique, en sachant qu'il n'est titulaire d'aucune autorisation régulière à cet effet.

Crim. - 9 décembre 2014.

CASSATION

N° 14-80.200. - CA Caen, 9 décembre 2013.

M. Guérin, Pt. - M. Talabardon, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 350

Transports

Transports routiers publics et privés. - Marchandises. - Entreprise de transport. - Location d'un véhicule de transport auprès d'une autre entreprise. - Entreprise non résidente sur le territoire français. - Cabotage irrégulier. - Donneur d'ordre. - Sanction.

Justifie sa décision et ne méconnaît pas la réglementation communautaire applicable la cour d'appel qui condamne un entrepreneur pour commande de cabotage irrégulier, dès lors qu'elle constate que les transports qu'il a commandés à une entreprise de transports de marchandises non résidente sur le territoire français ne remplissaient pas les conditions de l'article 1 du règlement (CEE) n° 3118/93 du 25 octobre 1993 qui définit le cabotage autorisé comme une activité temporaire, et que les articles L. 3421-7 et L. 3452-8 du code des transports, pris dans le cadre de la transposition du règlement (CE) n° 1072/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009, incriminent le donneur d'ordre et édictent des sanctions qui lui sont applicables.

Crim. - 2 décembre 2014.

REJET

N° 14-81.738. - CA Toulouse, 20 février 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Mirguet, Rap. - M. Salvat, Av. Gén., Av.

N° 351

Union européenne

Coopération judiciaire en matière civile. - Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions. - Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000. - Champ d'application. - Exclusion. - Cas. - État des personnes. - Portée.

L'état des personnes étant exclu du champ d'application du règlement (CE) n° 44/2001 (Bruxelles I), une déclaration, établie sur le fondement des articles 38 et suivants de ce règlement, par laquelle a été constaté le caractère exécutoire en France d'une décision émanant d'une juridiction d'un autre État membre, ayant statué sur la filiation paternelle d'un enfant et comportant des condamnations pécuniaires du père, est nécessairement limitée à ces dernières dispositions, seules susceptibles d'exécution matérielle.

1^{re} Civ. - 3 décembre 2014.

REJET

N° 13-22.672. - CA Paris, 11 juin 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Maitrepierre, Rap. - M^e Haas, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 352

1^o Union européenne

Responsabilité du fait des produits défectueux. - Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985. - Interprétation par le juge national du droit interne au regard de la directive. - Condition.

2^o Union européenne

Responsabilité du fait des produits défectueux. - Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985. - Domaine d'application. - Rapport avec les autres régimes de responsabilité. - Détermination. - Portée.

3^o Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Fondement de l'action. - Article 1382 du code civil. - Responsabilité du fournisseur et de l'installateur d'un produit défectueux. - Conditions. - Faute distincte du défaut de sécurité du produit. - Caractérisation. - Défaut. - Portée.

1^o En matière de responsabilité du fait des produits défectueux, le droit interne applicable au litige relatif à un produit mis en circulation

après le 30 juillet 1988, date d'expiration du délai de transposition de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, et avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, transposant en droit français la directive précitée, doit être interprété à la lumière de cette dernière.

2^o Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que la directive 85/374 ne laisse pas aux États membres la possibilité de maintenir un régime de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui que prévoit cette directive. Cependant, selon cette jurisprudence, le régime mis en place par la directive n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute.

Dès lors, après avoir relevé qu'elle fondait son action sur les dispositions de l'article 1382 du code civil, une cour d'appel a décidé à bon droit que la victime ne pouvait se prévaloir d'un régime de responsabilité distinct du régime de responsabilité du fait des produits défectueux que si elle établissait que le dommage subi résultait d'une faute distincte du défaut de sécurité du produit en cause.

3^o Justifie légalement sa décision d'écarter la responsabilité du fournisseur et de l'installateur d'un produit défectueux la cour d'appel devant laquelle la victime admettait qu'en installant une ligne unique, l'installateur avait appliqué l'une des options du constructeur, laquelle constituait une erreur de conception, qui retient qu'il résulte des expertises judiciaires et des éléments contradictoirement débattus devant elle que le dommage subi par la victime résulte directement d'un défaut de fabrication de l'interphone et qu'aucune des fautes imputées aux autres parties que le producteur n'est distincte du défaut de sécurité de ce produit.

1^{re} Civ. - 10 décembre 2014.

REJET

N° 13-14.314. - CA Nouméa, 29 novembre 2012.

Mme Batut, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Odent et Poulet, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 1, 8 janvier 2015, Actualité/droit civil, p. 9 (« Responsabilité du fait des produits défectueux : recevabilité d'une action fondée sur l'article 1382 du code civil »).

Les arrêts de la chambre criminelle des 1^{er} octobre 2014 (pourvoi n° 14-84.823), 15 octobre 2014 (pourvoi n° 12-83.594) et 13 novembre 2014 (pourvoi n° 13-86.326) paraîtront ultérieurement.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **154,70 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

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

Numéro de payeur :

Date : Signature :

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

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2015, frais de port inclus.



191158180-000315

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

N° de CPPAP : 0608 B 06510

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

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

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

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

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



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

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

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



Prix TTC : 9,30 €
ISSN 0750-3865



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