

Sommaire

REVUES

	2
La responsabilité du parent qui ne respecte pas les droits de l'autre	2
Droit de retour conventionnel stipulé dans une donation : la renonciation des enfants du donataire prédécedé équivaut à une absence de postérité	5
Chronique de droit des contrats — Juillet 2012	10
"La" grande profession du droit : rêve ou nécessité?	15
Les outils de l'avocat collaboratif — Compte rendu de la réunion de la Commission Droit collab- oratif et Procédure participative du barreau de Paris	19
Etendue des engagements d'un associé et liberté de conserver ses parts sociales	21
A la "billebaude", quelques arrêts de droit bancaire	25
Preuve de l'employeur contre le salarié : de la loyauté avant tout!	29
La distinction entre clause de mobilité et clause de mission	33
La "taxe trottoir" imposée à certains commerçants utilisant momentanément le domaine public d'une commune est illégale	38
De la nécessité d'un permis de construire pour l'implantation d'une antenne relais	41
TVA sur les activités financières : en attendant la nouvelle réglementation, la jurisprudence au secours des textes communautaires	45

Revue

01

Lexbase La lettre juridique n°495 du 26 juillet 2012

[Droit de la famille] Jurisprudence

La responsabilité du parent qui ne respecte pas les droits de l'autre

N° Lexbase: N3143BTL



par Adeline Gouttenoire, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Directrice de l'Institut des Mineurs de Bordeaux et Directrice du CERFAP

Réf.: CA Nîmes, 20 juin 2012, n° 10/02 716 (N° Lexbase : A2640IPH)

L'arrêt rendu le 20 juin 2012 par la cour d'appel de Nîmes mérite une attention particulière en ce qu'il constitue une des rares décisions qui sanctionne le non-respect par un parent des droits de l'autre, garantissant ainsi l'effectivité de la coparentalité, principe cardinal du droit de l'autorité parentale depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 (N° Lexbase : L4320A4R). En l'espèce, le père avait organisé pendant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement "la communion dans le culte israélite (*bar-mitsva*)" de l'enfant âgé de douze ans lors d'un voyage en Israël sans que la mère n'en ait été informée. Cette dernière estimant que ce faisant, le père n'avait pas respecté ses droits parentaux, réclamait dans le cadre de la procédure de divorce, des dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (N° Lexbase : L1488ABQ). La cour d'appel fait droit à cette demande, considérant que le père aurait dû obtenir l'accord de la mère pour faire procéder à la communion de l'enfant (I) et admettant l'existence d'un préjudice moral pour la mère découlant d'une "violation de l'autorité parentale conjointe" (II).

I — Le non-respect de l'exigence du consentement de l'autre parent

Il ressort du raisonnement de la cour d'appel de Nîmes que l'acte relatif à la personne de l'enfant en cause nécessitait le consentement des deux parents et que la mère n'avait pas donné son accord pour cet acte particulier.

Acte non usuel. En se fondant sur l'article 371-1 du Code civil (N° Lexbase : L2894ABS), la cour d'appel de Nîmes affirme que "parmi les décisions importantes concernant la vie des enfants, figure au troisième rang la religion", qualifiant ainsi l'acte religieux d'acte important, en opposition à l'acte de la vie courante ou acte usuel. En effet,

l'article 372-2 du Code civil (N° Lexbase : L2902AB4) établit dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale, une présomption d'accord entre les parents pour les actes usuels relatifs à la personne de l'enfant. Il en résulte, *a contrario* que l'accord des deux parents, est nécessaire pour que soit réalisé un acte non usuel ; en cas de désaccord, l'un d'eux peut saisir le juge aux affaires familiales pour trancher le conflit. L'acte usuel ne fait l'objet d'aucune définition légale. Il s'agit d'une de ces notions cadre auxquelles le législateur a souvent recours en droit de la famille et qui constitue davantage une catégorie générale, dont le juge est chargé de définir le contenu, plutôt qu'une notion aux contours précis (1). Le rapport "Léonetti" intitulé "*Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*" remis le 7 novembre 2009 au Premier ministre, et qui devait donner son point de vue sur l'avant-projet de loi relatif à l'autorité proposé la même année par Nadine Morano a affirmé que "*c'est à la jurisprudence d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, s'il s'agit d'un acte usuel ou bien d'un acte grave, inhabituel, pour lequel une décision collégiale s'impose. [...] On considère généralement qu'un acte est important ou non usuel, s'il rompt avec le passé ou s'il engage l'avenir de l'enfant. Ainsi, tout choix inhabituel ou important dans la vie de l'enfant requiert l'accord systématique des deux parents*". La cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans le contexte de l'assistance éducative (2), a également, dans un arrêt en date du 28 octobre 2011, proposé une définition particulièrement intéressante des actes usuels qui seraient "*des actes de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée*" (3).

Dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Nîmes, l'acte en question n'était à l'évidence pas un acte usuel. En effet, tout d'abord, la *bar-mitsva* est en elle-même un acte religieux important qui implique le consentement des deux parents, mais en l'espèce elle avait une importance encore plus grande car elle emportait la conversion de l'enfant à la religion juive.

Consentement particulier. Le père semblait prétendre que la mère avait implicitement consenti à la conversion de l'enfant à la religion juive en acceptant que l'enfant reçoive une éducation religieuse. Il verse en effet aux débats une lettre dans laquelle la mère indique : "*je n'ai jamais été contre que les enfants suivent l'éducation religieuse que tu voulais qu'ils aient et pour laquelle j'ai toujours été d'accord*". Toutefois, la cour d'appel constate que "*cet accord ne concernait que la participation à une éducation religieuse non nécessairement suivi d'un engagement suffisamment important et sérieux pour entraîner la conversion à cette religion*". On pourrait même considérer que l'acceptation par un parent du fait que l'enfant suive une éducation religieuse ne dispense pas l'autre parent de solliciter son accord pour que l'enfant reçoive les différents sacrements prévus par cette religion. L'acte en lui-même, baptême ou communion, revêt en effet une importance qui implique la participation des deux parents (4). C'est ainsi de manière légitime que la mère regrette d'avoir été exclue "*de ce moment important de la vie d'homme de Sacha*".

Absence de motif sérieux. La cour d'appel de Nîmes relève que les parents étaient, certes, en situation de conflit mais parvenaient à échanger par le biais de leurs messageries respectives sur l'organisation des vacances et en particulier sur les modalités de trajet et en déduit qu'aucun motif sérieux n'empêchait, dès lors, le père d'informer le père du choix de cette conversion religieuse. La cour considère ainsi que l'attitude du père est une manifestation d'un certain mépris des positions de l'autre parent dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

II — La réparation du préjudice résultant du non-respect des droits parentaux

Préjudice moral. La cour d'appel de Nîmes considère que la mère a subi un préjudice moral du fait du non-respect de ses droits parentaux et lui accorde 5 000 euros de dommages et intérêts. Cette analyse est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a admis, dans un arrêt du 27 février 2007 (5), le "*préjudice moral direct et certain éprouvé par [la mère] et tiré de la méconnaissance de ses prérogatives d'autorité parentale*"; en l'occurrence, le père avait autorisé la publication de photographie d'enfant mineur alors que la mère s'y était opposée. Elle rejette, ainsi, le pourvoi dans lequel l'éditeur de la publication avait tenté de démontrer que les fonctions attachées à l'autorité parentale ne comportent aucun attribut en faveur de la personne de leur titulaire et qu'il en résultait que celui-ci ne peut se prévaloir d'un préjudice personnel du fait d'un acte qui aurait requis son consentement au nom du mineur, seul ce dernier, agissant par ses représentants, pouvant demander, et à son seul profit, réparation du préjudice subi lui-même du fait de cet acte. Ainsi, le médecin qui pratique une circoncision sans l'accord de l'autre parent engage sa responsabilité à l'égard de ce dernier (6). La responsabilité du médecin psychiatre a été également retenue en raison de la délivrance de soins à un enfant mineur alors que le père a fait connaître son opposition au suivi psychologique de l'enfant par le médecin psychiatre par lettre recommandée avec accusé de réception (7).

Responsabilité d'un parent à l'égard de l'autre. La spécificité de la décision nîmoise réside cependant dans le fait qu'elle admet la responsabilité d'un parent à l'égard de l'autre. La plupart des décisions rendues sur cette question admettent, en effet, la responsabilité du tiers, médecin, éditeur, qui a accompli l'acte relatif à la personne de l'enfant. En l'espèce, il est vrai que la *bar-mitsva* ayant eu lieu en Israël, il était difficile de mettre en cause un

tiers. Toutefois, une telle condamnation d'un parent au bénéfice de l'autre revêt une importance particulière en ce qu'elle vient sanctionner l'obligation spécifique de chacun des parents de respecter les droits parentaux de l'autre. Cette obligation est indirectement mentionnée à l'article 373-2, alinéa 2, du Code civil (N° Lexbase : L2905AB9) selon lequel *"chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent"*; par ailleurs, dans le même sens, l'article 373-2-11, 3° (N° Lexbase : L71911MB), vise parmi les critères que le juge aux affaires familiales doit prendre en compte pour fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, *"l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre"*. La condamnation du père qui n'a pas respecté le droit de la mère en matière religieuse constitue sans aucun doute une manifestation bienvenue de la volonté des juges d'assurer l'effectivité de la coparentalité.

Intérêt de l'enfant. Cette solution mérite d'autant plus d'être saluée qu'elle va à l'évidence dans le sens de l'intérêt de l'enfant et du respect du droit de celui-ci de maintenir des liens -de qualité— avec ses deux parents. Dans ses conclusions, reprises par la cour d'appel, la mère de l'enfant regrette légitimement que le père ait placé celui-ci dans un conflit de loyauté entre ses parents : *"tu ne sais pas dans quel état d'esprit se trouve Sacha par rapport à cet événement, le pauvre petit le vit très mal, car il ne veut pas me faire du mal et il n'ose pas t'affronter"...*

(1) A. Gouttenoire, Rep. Dalloz civil, V° Autorité parentale, 2012.

(2) La notion d'acte usuel est également mobilisée lorsque l'enfant est confié à un tiers par le juge aux affaires familiales (C. civ., art. 373-4 N° Lexbase : L2907ABB) ou par le juge des enfants (C. civ., art. 375-7 N° Lexbase : L71791MT).

(3) CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, n° 11/00 127 (N° Lexbase : A94281QA).

(4) Il en va évidemment de même de la circoncision (le tribunal de Cologne (Allemagne) a récemment interdit, dans une décision du 26 juin 2012, en estimant que *"le corps d'un enfant était modifié durablement et de manière irréparable par la circoncision"* et que *"cette modification est contraire à l'intérêt de l'enfant qui doit décider plus tard par lui-même de son appartenance religieuse. Le droit d'un enfant à son intégrité physique prime sur le droit des parents"*.

(5) Cass. civ. 1, 27 février 2007, n° 06-14.273, F-P+B (N° Lexbase : A4205DUB), RTDCiv., 2007, 327, obs. J. Hauser; Dr. fam., 2007, 124, obs. P. Murat.

(6) CA Paris, 1ère ch., sect. B, 29 septembre 2000, n° 1999/08 304 (N° Lexbase : A2758ATC), D., 2001, 1585, note Duvert.

(7) CA Nîmes, 15 septembre 2009, n° 07/04 215 (N° Lexbase : A94621QI).

Revue

02

Lexbase La lettre juridique n°493 du 12 juillet 2012

[Successions — Libéralités] Jurisprudence

Droit de retour conventionnel stipulé dans une donation : la renonciation des enfants du donataire prédécédé équivaut à une absence de postérité

N° Lexbase: N2896BTG



par *Sophie Deville, Maître de conférences en droit privé, Institut de droit privé EA 1920, Université Toulouse 1 Capitole*

Réf.: Cass. civ. 1, 23 mai 2012, n° 11-14.104, FS-P+B+I (N° Lexbase : A9031IL3)

Bien qu'elle soit traditionnellement appréhendée comme une pièce maîtresse du règlement successoral à côté de la libéralité à cause de mort, la donation entre vifs n'en est pas moins un acte juridique. Manifestation de volonté du donateur, acceptée par le bénéficiaire, elle peut être assortie de clauses aménageant son exécution, dans le respect de l'ordre public. A ce titre, le droit de retour figure parmi les stipulations les plus usitées, l'essentiel des donations étant consenties par des ascendants au profit de leur progéniture. Pour autant, il ne donne lieu qu'à peu de jurisprudence, en dépit des difficultés pratiques qu'il peut engendrer (1). Dans ce contexte, l'important arrêt de la première chambre civile du 23 mai 2012 doit retenir l'attention, car il présente le mérite de mettre en lumière les hésitations qui peuvent naître de l'interprétation des clauses prévoyant un droit de retour, face à certaines situations qui n'ont pas été anticipées par le disposant lorsqu'il a consenti la donation.

Dans l'espèce soumise aux juges, une personne a fait donation à son fils, par deux actes séparés, d'une maison d'habitation et de plusieurs terrains en ayant pris soin, comme l'y autorise l'article 951 du Code civil (N° Lexbase : L0107HPN), de se réserver un droit de retour sur tous les biens pour le cas où le donataire décèderait avant elle sans postérité, mais encore dans l'hypothèse où les enfants du donataire viendraient eux-mêmes à décéder sans descendance. Quelques années plus tard, le gratifié décède en laissant deux enfants qui décident de renoncer à la succession, en considération de l'importance du passif laissé par leur père, placé de son vivant en liquidation

judiciaire. La grand-mère agit alors pour obtenir restitution de l'objet des donations. Les juges du fond, considérant la demande recevable, déboutent néanmoins le disposant au motif, principalement, que la renonciation des héritiers du donataire ne peut en aucun cas être assimilée à leur décès ; de ce fait, l'élément érigé en condition résolutoire ne s'est aucunement réalisé et le droit de retour ne peut être exercé. Les magistrats d'appel se livrent à une interprétation littérale des termes de la stipulation qui, combinée à une exacte application des principes innervant le mécanisme de la condition, conduisent à rejeter la prétention. Ceci étant, l'argumentation n'obtient pas les faveurs de la Cour de cassation qui censure la décision avec force en statuant sur un moyen relevé d'office. La première chambre retient, en effet, que la renonciation d'un descendant ne peut faire obstacle à l'exercice du droit de retour, que celui-ci soit légal ou conventionnel. Le renonçant étant appréhendé comme un étranger à la succession, il en résulte que *"le donataire ne laissait aucune postérité pour lui succéder"* ; dès lors, la condition résolutoire affectant les libéralités consenties par l'ascendante est réputée réalisée et cette dernière doit être considérée comme seule propriétaire des biens depuis l'origine.

Il est ici question d'analyser les effets de la renonciation des petits-enfants à la succession de leur père donataire sur le mécanisme conditionnel que constitue le droit de retour apposé aux donations consenties par la grand-mère. Les enjeux de la solution ne sont pas négligeables, notamment en l'espèce, en ce sens que la mise en œuvre du retour permet à la donataire d'obtenir la restitution des biens libres de toutes charges (C. civ., art. 952 N° Lexbase : L0108HPP), lesquels ne figureront pas à l'actif de la succession de son fils, dont on sait qu'elle se trouve affectée d'un passif très important. Par ailleurs, les liens unissant les libéralités consenties par l'ascendante et l'hérédité du donataire peuvent se comprendre par référence aux objectifs du droit de retour.

Cette clause est entièrement motivée par le souhait du disposant d'éviter, à tout le moins de son vivant, la transmission des biens objets de la gratification à des personnes autres que sa descendance, les stipulations étant susceptibles de varier selon le degré d'*intuitu personae* qui anime le donateur. On comprend aisément pourquoi certains événements, tel le prédécès du donataire, voire de ses propres descendants, peuvent mettre à mal le désir du donateur de conserver les biens au sein de la proche famille ; les règles de dévolution conduiront à les attribuer à d'autres personnes figurant en rang utile pour succéder. Dès lors, le législateur a très tôt admis que certains éléments soient érigés en conditions résolutoires de la gratification. En ce sens, l'article 951 du Code civil énonce que *"le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants"*. La clause permet au donateur d'obtenir la restitution des biens au cas de prédécès du donataire ou de ses descendants en vertu du mécanisme conditionnel qui emporte l'anéantissement rétroactif de la libéralité ; la propriété du donataire s'efface et c'est le disposant qui est réputé seul titulaire de droits sur les biens depuis l'origine (2). Cette stipulation ne fait nullement échec à l'irrévocabilité spéciale qui s'impose aux donations puisque l'événement élevé en condition échappe en principe à toute influence du disposant ; la libéralité entre vifs peut parfaitement s'accommoder d'une telle modalité en l'absence de toute potestativité (3).

Le retour conventionnel produit des effets particulièrement énergiques par comparaison avec les droits de retour d'origine légale qui se sont multipliés sous l'impulsion des lois n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 (N° Lexbase : L0288A33) et n° 2006-728 du 23 juin 2006 (N° Lexbase : L0807HK4). En effet, le droit de retour légal demeure une prérogative de nature successorale (4) ; le bénéficiaire agit en qualité d'héritier et supporte de ce fait les obligations afférentes à sa situation, en particulier le passif s'il accepte purement et simplement la succession anormale. Par ailleurs, le mécanisme n'est aucunement doté d'un effet rétroactif au contraire du droit de retour conventionnel.

Simplement, la clause de retour présente la spécificité de ne pouvoir permettre au donateur de s'opposer aux aliénations consenties par le donataire dès lors que les événements qui conditionnent l'existence de l'obligation ne sont pas survenus. Ainsi, le bénéficiaire pourra-t-il librement céder les biens donnés à des tiers ; toutefois, au cas de réalisation de la condition, le disposant en obtiendra restitution sans que les ayants cause du donataire puissent lui opposer leurs droits (5). Pour éviter ces situations qui peuvent se révéler délicates, le droit de retour est fréquemment assorti d'une clause d'inaliénabilité. Cette dernière, destinée à conforter l'efficacité du procédé, est alors considérée comme justifiée par un intérêt sérieux et légitime, et respectueuse des dispositions de l'article 900-1 du Code civil (N° Lexbase : L0041HP9) (6).

Le droit de retour stipulé par le donateur manifeste sa volonté de renforcer l'*intuitu personae* qu'abrite son acte en considération de certains objectifs. En ce sens, si la clause ne peut profiter qu'à lui seul selon les termes légaux, le choix des modalités affectant la libéralité est laissé au disposant. La condition principale réside dans le prédécès du donataire, mais il est tout à fait possible d'adjoindre d'autres éléments, conformément au souhait de l'ascendant. Si le retour peut être stipulé du seul fait du décès du donataire (7), il est plus fréquent que l'auteur de la libéralité conditionne la restitution au prédécès du descendant sans postérité, voire à celui de son enfant et de sa postérité. Dans ce dernier cas, la survivance d'un seul descendant du donataire suffit en principe à faire échec à la restitution. De telles stipulations manifestent le désir de conservation des biens dans la proche famille.

Là étaient exactement les priorités de l'ascendante dans l'espèce soumise aux juges le 23 mai 2012 ; le droit de retour se trouvait en effet conditionné au décès du donataire sans postérité ainsi qu'au prédécès éventuel des descendants du gratifié lui-même. Toute la difficulté réside ici dans le fait que les enfants du bénéficiaire prédécédé, vivants par hypothèse, ont décidé de renoncer à la succession de leur père, répudiant dans le même temps les biens donnés, alors laissés entre les mains des créanciers successoraux. La mise en œuvre éventuelle de la clause, défendue par l'ascendante, doit dès lors dépendre, *a priori*, de l'interprétation de ses termes. La renonciation peut-elle être assimilée au décès du donataire sans postérité en dépit du silence de la loi -et avec elle de la stipulation litigieuse— qui ne visent que le dernier ? La question mérite une attention toute particulière ; bien que peu envisagée par la doctrine contemporaine, elle est susceptible de se poser fréquemment en pratique. La problématique a toutefois occupé des auteurs plus anciens bien qu'aucun consensus ne puisse être constaté. Une partie de la doctrine rejetait l'influence de la renonciation sur le droit de retour au motif qu'une interprétation stricte des termes de la stipulation devait s'imposer (8), à moins que le disposant ne l'ait expressément élevée au rang de condition résolutoire (9). Un autre mouvement admettait au contraire que l'assimilation du prédécès et de la renonciation était possible au regard des effets classiquement attribués à cette dernière, à savoir l'effacement rétroactif de la qualité d'héritier (10).

C'est sans conteste en faveur de la première analyse que s'est prononcée la cour d'appel dans cette affaire. Pour refuser la mise en œuvre du droit de retour, les juges du fond procèdent à une interprétation littérale des stipulations contenues dans les deux donations, précisant que "[...] *la renonciation par des descendants à la succession de leur auteur ne peut être assimilée au décès de ceux-ci [...]*", mais encore que "[...] *l'hypothèse de la renonciation des héritiers du donataire n'a pas été anticipée dans les donations avec stipulation du droit de retour conventionnel [...]*". En d'autres termes, en l'absence de clause visant la renonciation, la restitution ne peut être obtenue car les seules conditions résolutoires envisagées par l'ascendant donateur ne se sont pas réalisées (11).

Si cette analyse est respectueuse de la lettre des clauses incluses dans l'acte par le disposant, elle s'éloigne néanmoins des motivations qui animaient ce dernier lorsqu'il les a stipulées. La renonciation des enfants du donataire produit les mêmes effets que leur décès en ce que les biens donnés reviendront à des étrangers au cercle familial. Cet élément n'a pas échappé aux magistrats de la Cour de cassation qui sanctionnent la décision d'appel en préférant une interprétation téléologique. Après avoir rappelé que l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier selon l'article 805 du Code civil (N° Lexbase : L9880HNA), les Hauts magistrats poursuivent en constatant que la condition résolutoire affectant la donation s'est réalisée, "*le donataire ne laissant aucune postérité pour lui succéder [...]*".

A priori, la position de la Cour de cassation peut surprendre en ce qu'elle prend des distances avec certaines notions bien connues du droit successoral. D'abord, le décès d'un héritier et sa renonciation semblent difficilement assimilables bien qu'aujourd'hui certains mécanismes tendent à les rapprocher (12). Au-delà, en considération des stipulations prévoyant le droit de retour, il apparaît délicat de déduire de la renonciation une absence de postérité, les enfants du donataire étant bel et bien vivants à l'époque de la demande de restitution. Bien que non héritiers de leur père en raison de l'option successorale exercée, ils n'en demeurent pas moins des descendants du gratifié, ce qui inciterait à conclure à une défaillance de la condition résolutoire.

Pour autant, d'autres arguments doivent selon nous conduire à approuver la décision. En premier lieu, la référence déterminante aux objectifs de ce type de clauses et aux souhaits de l'ascendante lorsqu'elle les a stipulées doit guider les juges dans leur interprétation. Si une interprétation littérale conduit à contrarier les intentions qui étaient celles du disposant au moment de la rédaction de l'acte, il nous semble préférable de privilégier une analyse téléologique. Ensuite, l'assimilation de la renonciation des petits-enfants à l'absence de postérité peut tout à fait se comprendre en raison de l'influence importante de la dimension successorale sur la destinée des biens donnés affectés d'une clause de retour. En réalité, c'est la qualité d'héritier qui permet aux descendants de recueillir l'objet des libéralités et par là même de satisfaire au dessein de conservation des biens dans la famille ; la renonciation produit, de ce fait, des effets équivalents à ceux du prédécès des petits-enfants de la donatrice. L'idée a très justement été résumée par un auteur en ces termes : "[...] *s'il [le donataire] a bien laissé une postérité au sens physique, il n'est pas certain qu'il en ait laissé une au sens successorale*" (13). La cour d'appel de Pau avait d'ailleurs adopté un raisonnement similaire dans une affaire tranchée en juin 2004, avant de revenir sur sa position dans la présente espèce (14).

Finalement, l'analyse défendue par la Cour de cassation semble à la fois respectueuse des souhaits de l'ascendante et de l'objectif qu'abritent ces stipulations, même si l'issue peut paraître particulièrement sévère pour les créanciers de la succession du donataire. Il ne faut pas oublier que le droit de retour est avant toute chose un procédé de nature contractuelle au sein duquel les volontés individuelles occupent une place primordiale (15), dans le respect de l'ordre public. En ce sens, ces clauses font classiquement l'objet d'une interprétation souple, guidée par le respect des intentions du disposant (16).

Cette décision devrait encourager à une nouvelle appréhension des conditions susceptibles de fonder la mise en œuvre du droit de retour conventionnel. Si les notaires rédigent ces clauses, quasi-systématiques dans les donations, en contemplation des termes de l'article 951 du Code civil, il leur est tout à fait possible d'assortir la condition principale d'autres éléments que le décès des descendants du gratifié dès lors que les modalités apposées à l'acte sont exemptes de potestativité. Aussi, une référence à la perte de la qualité d'héritier de la postérité du donataire permettrait-elle d'envisager toutes les situations dans lesquelles le but poursuivi par le disposant risque d'être contrarié en raison d'événements indépendants de sa volonté (17). De nombreuses difficultés d'interprétation pourraient, de la sorte, être évitées...

(1) Notamment, lorsqu'il n'est pas conforté par une clause d'interdiction d'aliéner. Voir, sur les spécificités du droit de retour conventionnel : M. Grimaldi, *Droit civil, Libéralités-Partages d'ascendants*, Litec, 2000, p. 174.

(2) Sur la qualification de la clause en condition résolutoire : Cass. civ. 1, 6 février 1996, n° 92-19.895, publié au bulletin (N° Lexbase : A9313ABK), Bull. civ. I, n° 62 ; D., 1997, p. 119, note V. Tardy ; RTDCiv., 1997, p. 718, obs. J. Patarin.

(3) Sur la validité des donations conditionnelles en général, voir par exemple : nos obs., *L'objet de la libéralité*, Coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2012, p. 208 et s..

(4) Il est classiquement appréhendé comme une succession anormale bien que les hypothèses consacrées par les lois récentes entretiennent des relations particulières avec la dévolution de droit commun, ce qui ne va pas sans poser un certain nombre de difficultés pratiques et théoriques. Il en est notamment ainsi du droit de retour accordé aux collatéraux privilégiés dont l'assiette n'est que d'une quotité des biens reçus à titre gratuit par le défunt de leurs ascendants communs (C. civ., art. 757-3 N° Lexbase : L9838HNP). Sur l'origine de ces droits de retour et les interrogations qu'ils soulèvent, voir par exemple : M. — C. de Roton-Catala, *Successions anormales, in Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, sous la direction de M. Grimaldi, 2011-2012, n° 235, 13 et s., p. 506 ; G. Goubeaux, *Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant*, Defrénois, 2002, art. n° 37 519 ; Y. Lequette, *La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ?*, Etudes offertes au Doyen Philippe Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 167.

(5) Sous réserve des tempéraments de droit commun -protection des tiers acquéreurs de bonne foi (C. civ., art. 2276 N° Lexbase : L7197IAS)— et de l'hypothèque légale des époux visée à l'article 952 du Code civil.

(6) En ce sens : Cass. civ. 1, 15 juin 1994, n° 92-12.139, publié au bulletin (N° Lexbase : A3866AC8), Bull. civ. I, n° 211 ; D., 1995, p. 342, note A. Leborgne ; *ibid.*, Somm., p. 50, obs. M. Grimaldi ; Defrénois, 1995, p. 51, note X. Savatier ; JCP éd. N, 1995, I, 3876, n° 8, obs. R. Le Guidec ; RTDCiv., 1995, p. 666, obs. J. Patarin ; *ibid.*, p. 919, obs. F. Zénati).

(7) La clause témoigne alors d'un *intuitu personae* renforcé, concentré sur le bénéficiaire de la donation. Une doctrine avertie avait parfaitement traduit cette idée en énonçant que dans de telles situations, les donateurs "[...] préfèrent le donataire à eux-mêmes, mais qu'ils se préfèrent aux héritiers du donataire". Voir Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, par Trasbot et Loussouarn, T.V, n° 449.

(8) Planiol et Ripert, par Trasbot et Loussouarn, *op.cit.*, n° 452-2.

(9) Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 1830, T.V., p. 294.

(10) *Cours analytique de droit civil*, Paris, 2ème éd., T. IV, p. 219.

(11) Les juges du fond semblent par là même admettre que la renonciation peut être appréhendée comme une modalité conditionnelle, malgré les termes de l'article 951 du Code civil qui ne visent que l'hypothèse du prédécès du donataire et de sa postérité. La proposition ne doit pas, à notre sens, surprendre ; par référence au droit commun, tout événement peut accéder au rang de condition dès lors qu'il n'est pas d'essence potestative. Or, la renonciation des héritiers échappe en principe à l'emprise du donateur.

(12) Depuis la loi du 23 juin 2006, la renonciation d'un héritier peut permettre, tout comme son prédécès ou son état d'indignité, à ses propres descendants de le représenter dans la succession du *de cuius*.

(13) Th. de Ravel d'Escaplon, *Renonciation à succession et exercice du droit de retour*, D. Actualité, 22 juin 2012. L'appréhension de la renonciation doit évidemment être similaire pour ce qui concerne le droit de retour légal qui est un mécanisme purement successoral. La Cour de cassation l'énonce clairement dans cet arrêt, ce qui contribue à éclairer les conditions d'application des droits consacrés aux articles 738-2 (N° Lexbase : L9834HMK) et 757-3

(N° Lexbase : L9838HNP) du Code civil.

(14) CA Pau, 7 juin 2004, n° 01/18 244, D., Jurisprudence, cité par Monsieur de Ravel d'Escaplon, *op.cit.*.

(15) Voir W. Merle, *Le droit de retour de l'article 951 du Code civil : un droit conventionnel*, JCP éd. N, 2010, p. 1477.

(16) Voir, par exemple, sur les modalités d'exécution du retour quant à son objet : Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Réflexions sur les mécanismes de rétention dans les donations*, JCP éd. N, 2011, n° 1207, p. 48, n° 33, notamment. L'auteur explique que, selon les hypothèses et les souhaits du stipulant, le retour pourra viser des biens subrogés aux objets donnés ou au contraire se réaliser en valeur.

(17) Il pourra s'agir indifféremment du décès, de la renonciation ou de l'indignité successorale, étant entendu qu'aujourd'hui les descendants du renonçant ou de l'indigne sont admis à le représenter. Ainsi, le droit de retour ne jouera que si la descendance de l'enfant du donataire est inexistante ou n'a pas, elle-même, la qualité d'héritier.

Revue

03

Lexbase Hebdo édition privée n°493 du 12 juillet 2012

[Contrats] Chronique

Chronique de droit des contrats — Juillet 2012

N° Lexbase: N2993BTZ



par *David Bakouche, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)*

Lexbase Hebdo — édition privée vous propose de retrouver la chronique de droit des contrats de David Bakouche, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI). Dans cette nouvelle chronique, l'auteur a retenu deux arrêts rendus par la Chambre commerciale, le premier, en date 22 mai 2012, en matière de garantie des vices cachés, dont il ressort que le vendeur, tenu de restituer le prix qu'il a reçu, n'est pas fondé à obtenir de l'acheteur ayant exercé une action rédhitoire une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation (Cass. com., 22 mai 2012, n° 11-13.086, F-P+B) ; le second, en date du 30 mai 2012, qui revient sur l'exigence du caractère intentionnel de la tromperie dans la sanction du dol (Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-19.594, F-D).

– **Garantie des vices cachés** : le vendeur, tenu de restituer le prix qu'il a reçu, n'est pas fondé à obtenir de l'acheteur ayant exercé une action rédhitoire une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation (Cass. com., 22 mai 2012, n° 11-13.086, F-P+B **N° Lexbase : A0573IM8**)

La distinction du défaut de conformité et du vice caché, hors le cas de la vente de meubles aux consommateurs où les deux notions ont été unifiées (C. consom., art. L. 211-1 **N° Lexbase : L9679G8Y** à L. 211-18), continue de susciter d'importantes difficultés : l'obligation de délivrance du vendeur est définie par l'article 1604 du Code civil (**N° Lexbase : L1704ABQ**) comme "*le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur*", ce qui suppose, précisément, que le vendeur lui délivre une chose conforme à ce à quoi il s'est engagé, tandis que l'article 1641 du même code (**N° Lexbase : L1743AB8**) dispose que "*le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus*". Il faut dire que les enjeux de la distinction de l'obligation de délivrance et de la garantie des vices sont, pratiquement,

importants. Ils intéressent notamment le délai de prescription de l'action puisqu'on sait bien que l'action en garantie des vices cachés, qui, autrefois, devait être engagée à "bref délai", doit, depuis une ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur (N° Lexbase : L9672G7D), être exercée dans les "deux ans à compter de la découverte du vice" (C. civ., art. 1648 N° Lexbase : L9212IDK), délai distinct du délai de droit commun applicable à l'action en défaut de conformité. En outre, le régime des clauses restrictives de garantie n'est pas le même d'une hypothèse à l'autre : la jurisprudence assimilant, depuis les années cinquante, le vendeur professionnel à un vendeur de mauvaise foi, censé connaître la chose qu'il vend et, par voie de conséquence, tous les vices qui peuvent l'affecter, il en résulte que, par application de l'article 1643 du Code civil (N° Lexbase : L1746ABB), il ne peut ni éluder, ni limiter la garantie légale. Enfin, on n'ignore pas que la distinction du défaut de conformité et du vice caché détermine le point de savoir si le vendeur, tenu de restituer le prix reçu, est ou non fondé à obtenir de l'acquéreur une indemnité à raison de la dépréciation de la chose vendue du fait de son utilisation. Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 mai 2012 permet d'ailleurs utilement d'y revenir.

En l'espèce, l'acquéreur d'un bateau d'occasion, ayant constaté la persistance d'entrées d'eau malgré plusieurs reprises de soudures sur la coque effectuées dans les mois ayant suivi la vente, avait entre autres assigné le constructeur du bateau en résolution de la vente pour défaut de conformité et vices cachés, et en paiement de dommages-intérêts. L'argumentation du constructeur consistant à contester l'existence d'un défaut de conformité ou d'un vice caché est repoussée : il y avait bien, en effet, défaut de conformité puisque le constructeur s'était contractuellement engagé sur une épaisseur de tôle de 8 mm, ce qui n'était pas le cas ; et il y avait bien vice caché puisque le rapport d'expertise avait fait ressortir l'existence d'un défaut de construction, antérieur à la vente, affectant la destination du navire, non décelable par les acquéreurs au moment des ventes successives. Mais il faisait surtout valoir que, le vendeur pouvant réclamer à l'acheteur, qui obtient la résolution du contrat de vente, une indemnité tenant compte de l'usage fait de la chose, la cour d'appel ne pouvait condamner le constructeur à restituer à l'acquéreur le prix sans avoir au préalable déduit de cette somme une indemnité correspondant donc à la dépréciation due à l'usage de la chose. Le moyen est rejeté, au motif que "*lorsque l'acquéreur exerce l'action réhibitoire prévue par l'article 1641 du Code civil, le vendeur, tenu de restituer le prix reçu, n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation*". Par suite, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir "*ordonné à bon droit la restitution par le constructeur à l'acquéreur final du seul prix de vente perçu de son propre acquéreur*".

On ne reviendra pas ici sur la distinction proprement dite du défaut de conformité et du vice caché : il est acquis que la non-conformité de la chose vendue aux spécifications convenues par les parties est une inexécution de l'obligation de délivrance ; en revanche, la non-conformité de la chose à sa destination normale ressortit à la garantie des vices cachés au sens de l'article 1641 du Code civil (1). Si, donc, ce qui est discuté tient à la conformité de la chose aux spécifications convenues par les parties, c'est-à-dire au contrat, c'est bien l'obligation de délivrance qui est en cause, le vendeur devant délivrer la chose contractuellement convenue, avec ses caractéristiques, de telle sorte que la délivrance d'une chose différente constitue un manquement à cette obligation (2). Si, au contraire, ce qui est discuté tient à la conformité de la chose à sa destination normale, c'est alors la garantie des vices qui est en cause, les vices étant, précisément, des défauts de la chose qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine (3). Tout cela est parfaitement entendu. En revanche, sur le terrain du régime juridique de la distinction, autrement dit des conséquences qui y sont attachées, on a pu se demander s'il y avait lieu de traiter différemment les deux hypothèses lorsque se pose la question de savoir si le vendeur, après résolution de la vente pour défaut de conformité, ou anéantissement rétroactif en cas de vice caché dans le cas où l'acheteur aurait choisi d'exercer une action réhibitoire, a droit à une indemnité compensant l'utilisation faite de la chose par l'acheteur.

On sait en effet que, dans le cas d'une résolution de la vente pour défaut de conformité, la Cour de cassation juge que "*l'effet rétroactif de la résolution d'une vente pour défaut de conformité permet au vendeur de réclamer à l'acquéreur une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que ce dernier en a faite*", étant entendu qu'"*il incombe au vendeur de rapporter la preuve de l'existence et de l'étendue de cette dépréciation*" (4). Ce n'est alors pas la seule utilisation de la chose par l'acquéreur qui peut autoriser le vendeur à lui réclamer, après la résolution de la vente et, donc, les restitutions croisées auxquelles procèdent les parties, une indemnité ; encore faut-il, pour que le vendeur ait droit à cette indemnité, que l'utilisation de la chose faite par l'acquéreur avant la restitution ait entraîné une dégradation de la chose et, donc, une dépréciation. Et, bien entendu, l'acquéreur ne peut prétendre à ladite indemnité qu'à la condition qu'il rapporte la preuve de l'existence et de l'étendue de cette dépréciation. En revanche, la Cour de cassation juge le contraire en cas de réhibition consécutive à l'exercice d'une action en garantie des vices : elle avait, en effet, déjà décidé que, "*en matière de garantie des vices cachés, lorsque l'acquéreur exerce l'action réhibitoire, le vendeur, tenu de restituer le prix qu'il a reçu, n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation*" (5), ce que confirme l'arrêt du 22 mai 2012.

On a pu s'étonner de cette différence, d'autant que, comme la résolution, la réhabilitation entraîne, elle aussi, l'anéantissement rétroactif de la vente. Nous pensons, après d'autres, que cette différence peut pourtant s'expliquer par des considérations concrètes tenant à la cause de l'anéantissement du contrat, distincte d'un cas à l'autre. La mise en œuvre de la garantie des vices cachés supposant un défaut de la chose la rendant impropre à l'usage auquel elle est destinée (C. civ., art. 1641), on peut assez légitimement considérer que le fait "*que l'utilisation de cette chose l'ait éventuellement en outre usée importe peu puisqu'elle est de toute façon viciée et impropre à son usage*" (6), alors qu'il en va autrement en cas de défaut de conformité, la chose, certes non-conforme aux spécifications convenues, pouvant parfaitement convenir à un autre acquéreur, de telle sorte qu'il peut paraître juste de tenir compte de la dépréciation qu'elle a pu subir et d'indemniser, dans ce cas, le vendeur.

– **L'exigence du caractère intentionnel de la tromperie dans la sanction du dol (Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-19.594, F-D N° Lexbase : A53641MM)**

Si le constat des insuffisances d'une protection du consentement *a posteriori* reposant sur la théorie des vices du consentement est parfaitement acquis, la prise de conscience de plus en plus vive de la fréquente inégalité entre les contractants ayant ainsi justifié l'émergence de nouvelles méthodes de protection du consentement, consistant notamment à éclairer *a priori* le consentement de la partie en situation de faiblesse, il n'en demeure pas moins que l'importance pratique de la théorie des vices du consentement demeure indiscutable. Il est vrai que la jurisprudence a largement contribué à vivifier cette théorie : que l'on songe, par exemple, sur le terrain de l'erreur, et en particulier de l'erreur sur la substance, à la prise en compte du doute comme constituant une qualité autonome de la chose (7) ; sur le terrain du dol, à l'admission de la réticence dolosive, autrement dit de ce que le dol pouvait résulter du silence gardé par l'un des contractants sur un élément déterminant du consentement de l'autre (8) ; sur le terrain de la violence, à la jurisprudence qui, plus récemment, a décidé que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion (9). A s'en tenir ici au dol, et plus précisément à la réticence dolosive, on ne peut manquer de redire que l'évolution en la matière est étroitement liée à l'émergence d'une obligation générale d'information : en effet, prononcer la nullité d'un contrat en raison de la réticence dolosive de l'une des parties "*revient à faire peser après coup sur celui qui s'en rend coupable une obligation d'information*" (10), l'admission de la réticence dolosive portant donc en germe une telle obligation (11). Ces solutions ont, évidemment, une incidence sur le dol lui-même : admettre que le silence puisse constituer un dol modifie la nature même du dol qui consiste alors moins dans une erreur provoquée que dans une erreur exploitée ; en outre, la preuve du dol risque de s'en trouver compliquée, le silence n'établissant pas nécessairement la preuve de l'intention de tromper. Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 mai 2012 confirme en tout cas la rigueur dont fait preuve, nous semble-t-il à juste titre, cette chambre, contrairement à la troisième chambre civile (12) ou à la première chambre civile (13), parfois beaucoup plus laxistes.

En l'espèce, l'acquéreur d'un fonds de commerce demandait la nullité de la vente pour dol au motif que le vendeur avait omis de lui faire part de ce qu'il avait reçu une notification des services de sécurité de la Préfecture de Paris l'informant qu'il devait "*exécuter dans les meilleurs délais, les prescriptions figurant dans l'annexe ci-joint*" comprenant plusieurs "*mesures à observer en permanence*" comme notamment celle de "*limiter à moins de 20 kW la puissance calorifique des points de cuisson de la cuisine*", mesures rendant impossible l'exploitation d'un restaurant de type traditionnel dans les locaux. La Cour de cassation approuve les premiers juges d'avoir rejeté cette demande aux motifs, d'une part, "*qu'après avoir relevé que la cession portait sur un fonds de commerce de crêperie dont l'exploitation n'était pas affectée par les préconisations adressées par la préfecture en 2003 et qu'il n'était pas établi que [l'acquéreur] ait informé [le vendeur] de son intention de modifier l'activité du fonds pour exploiter sous franchise un restaurant traditionnel, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui a fait ressortir l'absence de caractère déterminant de l'information omise, a retenu que le défaut de révélation de ces préconisations n'était pas constitutif d'une réticence dolosive*"; et, d'autre part, "*que le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut caractériser le dol par réticence permettant l'annulation de l'engagement s'il ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement*".

La solution doit être approuvée : le dol suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. Mais à vrai dire, la question, qui ne fait pas en tant que telle de doute dans l'hypothèse dans laquelle la victime demanderait la nullité du contrat, est plus délicate dans l'hypothèse dans laquelle elle entendrait se contenter de dommages et intérêts à la suite d'une réticence dolosive. Hypothèse qui peut se rencontrer soit lorsque le dol n'est qu'incident (14), soit lorsqu'il est principal, puisqu'on sait que, même dans ce cas, la victime du dol peut non seulement exercer cumulativement une action en nullité et une action en responsabilité permettant la réparation du préjudice causé par le dol (15), mais aussi, selon son intérêt, choisir de n'exercer qu'une action en responsabilité, non seulement lorsque l'action en nullité est elle-même recevable (16), mais aussi lorsqu'elle ne l'est plus, soit parce qu'elle est prescrite (17), soit parce que la victime a renoncé à l'exercer (18), soit parce qu'elle s'est désistée (19). On conçoit alors aisément que peuvent être sous cet aspect rapprochées l'action en dommages et intérêts pour réticence dolosive et l'action en responsabilité civile de droit commun pour manquement à une obligation précontractuelle

d'information, les deux actions ayant vocation à permettre la réparation d'un préjudice causé par une faute. Les deux hypothèses, celle d'un dol par réticence d'une part, et celle du manquement à une obligation d'information d'autre part, ne doivent pourtant pas être confondues : la réticence consistant à tromper un contractant qui, s'il avait su, aurait tout de même contracté, mais à des conditions différentes, fussent-elles non essentielles, n'est pas assimilable à un simple manquement à une obligation précontractuelle d'information (20). C'est, dès lors, à juste titre croyons-nous, que la Chambre commerciale exige, en cas de réticence dolosive, que soit rapportée la preuve du caractère intentionnel du silence pour que la victime puisse obtenir des dommages et intérêts (21). Il nous semble, en effet, parfaitement justifié que l'erreur commise par la victime du dol, même incident, relève d'un régime spécifique tenant au particularisme d'ordre moral du dol.

(1) Cass. civ. 1, 27 octobre 1993, n° 91-21.416 (N° Lexbase : A8458AXK), Bull. civ. I, n° 305 ; Cass. civ. 1, 8 décembre 1993, n° 91-19.627 (N° Lexbase : A5323ABR), Bull. civ. I, n° 362.

(2) Voir not. Cass. civ. 1, 5 novembre 1996, n° 94-15.898 (N° Lexbase : A8550ABB), JCP éd. G 1997, II, 22 872, note Ch. Radé ; Cass. civ. 1, 17 juin 1997, deux arrêts, n° 95-18.981 (N° Lexbase : A0677AC3) et n° 95-13.389 (N° Lexbase : A0414ACC), Bull. civ. I, n° 205 et n° 206.

(3) Cass. civ. 3, 1er octobre 1997, n° 95-22.263 (N° Lexbase : A0802ACP), Bull. civ. III, n° 181 ; Cass. civ. 3, 15 mars 2000, n° 97-19.959 (N° Lexbase : A3495AUU), Bull. civ. III, n° 61 ; Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-16.749, F-D (N° Lexbase : A7838AYX), Contrats, conc., consom., 2002, n° 139, obs. L. Leveneur.

(4) Cass. civ. 1, 21 mars 2006, n° 02-19.236, FP-P+B+R+I (N° Lexbase : A6388DNW) ; Cass. com., 30 octobre 2007, n° 05-17.882, FS-P+B (N° Lexbase : A2281DZI).

(5) Cass. civ. 1, 21 mars 2006, 2 arrêts, n° 03-16.075 (N° Lexbase : A6389DNX) et n° 03-16.307 (N° Lexbase : A6390DNY), FP-P+B+R+I.

(6) L. Leveneur, Contrats, conc., consom., 2006, n° 130.

(7) Cass. civ. 1, 22 février 1978, n° 76-11.551 (N° Lexbase : A0563AYI) et Cass. civ. 1, 13 décembre 1983, n° 82-12.237 (N° Lexbase : A3665CH9), GAJC, 11ème éd., n° 148-149.

(8) Cass. civ. 3, 15 janvier 1971, n° 69-12.180 (N° Lexbase : A5733AWA), RTDCiv., 1971, p. 839, obs. Y. Loussouarn.

(9) Cass. civ. 1, 30 mai 2000, n° 98-15.242 (N° Lexbase : A3653AUT), Bull. civ. I, n° 169, JCP éd. G, 2001, II, 10 461, note G. Loiseau.

(10) Ch. Larroumet, *Droit civil, Le obligations, Le contrat*, Economica, n° 362.

(11) Voir not., sur cette question, J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 1993, n° 565.

(12) Cass. civ. 3, 11 mai 2005, n° 03-17.682, FS-P+B (N° Lexbase : A2263DIN) ; mais voir tout de même, semble-t-il plus orthodoxe, Cass. civ. 3, 16 mars 2011, n° 10-10.503, FS-P+B (N° Lexbase : A1643HD9), JCP éd. G, 2011, 566, obs. J. Ghestin, *Droit et patrimoine*, 2012, n° 211, obs. Ph. Stoffel-Munck.

(13) Cass. civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-13.487, F-P+B (N° Lexbase : A7868D8W), Bull. civ. I, n° 154.

(14) Voir nos obs., *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, JCP éd. G, 2012, à paraître.

(15) Cass. civ. 1, 14 novembre 1979, n° 77-15.903 (N° Lexbase : A6678IQE), D., 1980, p. 264, note J. Ghestin.

(16) Cass. com., 14 mars 1972, n° 70-12.659 (N° Lexbase : A6747AGY), Bull. civ. IV, n° 90 ; D., 1972, p. 653, note J. Ghestin.

(17) Cass. civ. 1, 4 février 1975, n° 72-13.217 (N° Lexbase : A6868AGH), Bull. civ. I, n° 43 ; JCP éd. G, 1975, II, 18 100, note C. Larroumet ; RTDCiv., 1975, p. 537, obs. G. Durry ; Cass. civ. 1, 25 juin 2008, n° 07-18.108, F-P+B (N° Lexbase : A3720D9N), Bull. civ. I, n° 184.

(18) Cass. civ. 1, 4 octobre 1988, n° 85-18.763 (N° Lexbase : A1407AHL), Bull. civ. I, n° 265.

(19) Cass. com., 18 octobre 1994, n° 92-19.390 (N° Lexbase : A3952ACD), Bull. civ. IV, n° 293 ; JCP éd. G, 1995, I,

3853, obs. G. Viney ; Contrats, conc., consom., 1995, n° 1, obs. L. Leveneur ; RTDCiv., 1995, p. 353, obs. J. Mestre ; Rép. Defrénois, 1995, p. 332, obs. D. Mazeaud.

(20) J. Ghestin, *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée*, JCP éd. G, 2011, 703.

(21) Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-16.794, F-P+B (N° Lexbase : A8466DIE), Bull. civ. IV, n° 140 ; Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-13.622, FS-P+B (N° Lexbase : A4879HTU), RDC, 2011, p. 1148, obs. Y. — M. Laithier ; Contrats, conc., consom., 2011, n° 208, obs. L. Leveneur ; Droit et patrimoine, 2012, n° 211, p. 67, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. com., 7 février 2012, n° 11-10.487, F-P+B (N° Lexbase : A3590ICX).

Revue

04

Lexbase Hebdo édition professions n°131 du 26 juillet 2012

[Avocats] Focus

"La" grande profession du droit : rêve ou nécessité ?

N° Lexbase: N3201BTQ



par Association Henri Capitant

L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française a engagé de nombreuses actions qui visent toutes à illustrer les valeurs et les méthodes de la culture juridique continentale ou civiliste. Avec la création de la Revue de Droit Henri Capitant ou *Henri Capitant Law Review*, l'Association s'est lancée dans une nouvelle aventure. L'entreprise est ambitieuse, puisque cette Revue est rédigée en deux langues, le français et l'anglais, et qu'elle fait l'objet d'une double publication, sur supports numérique et papier. Son dernier numéro (édition n° 4), mis en ligne le 29 juin 2012, est consacré aux Professions juridiques, au sens large. Comme le souligne Marie Goré, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2, Président du Cercle des Lecteurs de la Revue de droit Henri Capitant, dans l'éditorial de ce numéro 4, "*Si la diversité des professions est nécessaire à la règle de droit, elle l'est également pour mesurer la place du droit dans société française. Si l'avocat a une culture du contentieux, le notaire est davantage le ministre du contrat, dans un souci de sécurité juridique, et il recherche d'abord la paix des familles*". Les éditions juridiques Lexbase, partenaires de la publication numérique de cette Revue, vous proposent, cette semaine, de retrouver un extrait de ce dernier opus, avec la réaction du Bâtonnier de Paris, Maître Christiane Féral-Schuhl, sur "la" grande profession du droit.

Depuis près de 50 ans -mais on peut certainement remonter plus loin dans le temps— la question de l'unification des professions juridiques se pose. Si les métiers du droit se confondent parfois, les professionnels qui les exercent veillent jalousement à conserver leur identité propre, gage à leurs yeux de qualité, d'éthique et d'efficacité. Toutefois, ce souci du pré carré n'interdit pas de lorgner sur celui de son voisin et de vouloir l'empiéter. A ce titre, nous assistons à une partie de go où chacun, avocat, notaire, huissier, avoué, CPI, essaye d'avancer ses pions sur des cases s'appelant "périmètre du droit", "acte d'avocat", "acte authentique", "secret professionnel", "spécificités"... et ce avec plus ou moins de succès.

Cette réalité, qui ne nous est pas étrangère en tant qu'avocats, milite donc en faveur de ceux qui considèrent que tous les professionnels du droit ont plus ou moins vocation à rendre les mêmes services, dès lors il serait logique qu'ils soient réunis au sein d'une même profession. La problématique de la "grande profession du droit" est donc posée. Elle amène plusieurs interrogations sur lesquelles nous allons nous attarder.

La première est de savoir si cette "grande profession du droit" est le rêve de quelques-uns ou une nécessité d'intérêt général. Il convient aussi de se demander quelles sont les positions en présence. On doit ensuite s'interroger sur le

rôle et la posture des pouvoirs publics qui en la matière oscillent entre le volontarisme et l'inaction. Enfin, il nous faut évoquer quelques idées simples qui permettent d'avancer sans heurter des professionnels aujourd'hui concurrents mais à terme associés.

Rêve ou nécessité ?

La position particulière du barreau de Paris sur l'échiquier des professions du droit l'amène à avancer avec prudence de peur d'être taxé d'hégémonisme partisan. Fort de ses 24 000 avocats, il représente la moitié des avocats français eux-mêmes constituant le plus important bataillon des professions juridiques. La diversité des profils, la flexibilité de nos organisations, la force de notre image sont autant d'éléments qui légitimeraient une logique de regroupement autour de nous. Toutefois cela n'aurait de sens que si, dépassant le simple intérêt d'une profession, cette démarche constituait pour la France un atout d'influence économique.

En 1967, les avocats étaient moins nombreux, moins organisés et internationaux, et pourtant leur "Livre bleu" (1) appelait de ses vœux une "Grande profession". Cet ouvrage collectif envisageait le regroupement des professions d'avocat, d'avoué, d'agréé et de conseil juridique. Ses auteurs écrivaient : "*La Grande profession est déjà une réalité. Elle sera demain un des Grands serviteurs de la Collectivité*". Cette prévision a rencontré quelques succès en termes de réalisation, puisque des fusions se sont opérées, au rythme d'une tous les 20 ans :

— avec les conseils juridiques en 1991 (2).

— avec les avoués à la cour d'appel en 2011 (3).

Les notaires, comme les CPI, manquent (encore) à l'appel de ce mouvement, ces deux professions ayant fait valoir leurs spécificités qui justifiaient à leurs yeux de ne pas se fondre en une unique entité. Les juristes d'entreprises constituent, à nos yeux, un cas à part sur lequel nous reviendrons.

Les avantages de cette profession unique sont de prime abord nombreux.

Elle permettrait une meilleure appréciation par nos concitoyens de la place du droit dans la société et renforcerait le concept même de droit.

Elle conforterait la place de la France comme carrefour des affaires ainsi que l'ont souligné successivement les rapports "Darrois" (4) puis "Prada".

Elle serait cohérente avec une omniprésence du droit qui gagnerait, tant en conseil qu'en contentieux, à être servi par un corps professionnel unifié, aux compétences élargies et diversifiées.

Elle pourrait rivaliser avec ses concurrents anglo-saxons tout en conservant notre "esprit des lois", celui justement porté par l'Association Henri Capitant, et nos traditions professionnelles qui n'ont rien à envier aux autres.

Aujourd'hui nous sommes en "*stand by*", cette "grande profession" ayant peut-être été trop perçue comme un rêve d'hégémonie des avocats, au nom de l'intérêt général.

Tous pour un ou chacun pour soi ?

Du rêve -si rêve il y avait— à la réalité de l'hégémonie, le chemin à parcourir est encore long.

Par exemple, sur le statut de l'avocat en entreprise, la profession n'est pas homogène, comme le démontre le vote de l'assemblée générale du 20 novembre 2010 : avec 41 voix pour et 41 voix contre, le Conseil national des barreaux s'est déclaré défavorable, à défaut de majorité, à un mode d'exercice nouveau de la profession d'avocat, salarié au sein de l'entreprise.

Et d'autres entités concernées, les organisations patronales ont, elles aussi, témoigné de certaines réticences ; le MEDEF et l'AFEP (Association française des entreprises privées) craignent que la création d'un avocat salarié en entreprise ne donne à celui-ci une double appartenance qui constituerait une entrave au pouvoir de direction de l'employeur. Le salarié serait en effet à la fois lié par un lien de subordination à l'employeur et soumis à l'autorité du Bâtonnier. Certes, tout un ensemble de dispositifs visant à ménager le statut de l'avocat et celui de salarié en entreprise sont étudiés, le Garde des Sceaux et ses services se penchent sur la question mais les solutions proposées ne sont pas toutes d'une compréhension évidente et immédiate.

Et si les associations représentant les juristes d'entreprises (5) sont, quant à elles, favorables à un rapprochement avec les avocats, elles hésitent encore sur les modalités de celui-ci avec le barreau.

Rappelons que cette grande profession unifiée du droit n'a pas su séduire les acteurs incontournables que sont :

— les conseils en propriété industrielle qui ont finalement rejeté la fusion avec le barreau à la suite d'une décision de la cour d'appel de Paris du 8 décembre 2009 (6). A ce propos on peut rappeler que la volonté pourtant manifeste des pouvoirs publics (ou politiques) de voir se concrétiser cette fusion n'a pas été un facteur suffisant ;

— les notaires s'y opposent, arguant de leurs spécificités, leur statut d'officier ministériel, et donc de garants de certaines opérations à travers l'acte authentique doté de la force exécutoire ;

— les avocats aux Conseils sont contre, mettant en avant le fait qu'ils sont titulaires de charges et servent de filtre évitant que le flux d'affaires ne devienne ingérable ;

— enfin, les huissiers s'y opposent, rappelant leur caractère d'officier ministériel et la spécificité de leur intervention en exécution d'une décision de justice.

Pour ces professions, le "chacun chez soi" devrait encore prévaloir sur un "tous pour un et un pour tous". En l'état actuel il est difficile de les blâmer et, avec l'exemple des CPI, de penser qu'un passage en force des pouvoirs publics et politiques serait suffisant. Chacune de ces professions est suffisamment bien organisée et conseillée pour initier des actions de *lobbying* et d'influence qui viendraient contrecarrer de telles velléités.

Et les pouvoirs publics ?

En somme, la bonne volonté du barreau de Paris, qui s'efforce d'être prospectif et proactif et *pro domo*, se heurte à une réalité : la grande profession du droit et l'unité des professions du droit n'est pas souhaitée aujourd'hui par les premiers concernés, les professionnels non avocats.

A ce stade de la réflexion, il convient de se demander si les pouvoirs publics qui ont diligenté de nombreux rapporteurs sur cette question, ne vont pas s'en emparer d'une façon régaliennne et imposer une fusion au nom d'un intérêt général. Cependant, on voit mal comment l'actuel Gouvernement pourrait en être le maître d'œuvre et la lecture des programmes des principaux candidats est pour le moins aride sur le sujet.

Certes il semble y avoir un consensus politique en France pour aller dans la voie de cette profession unifiée du droit vue comme un gage de l'attractivité du marché français.

Dans le rapport *Doing Business* de la SFI et de la Banque mondiale, la France est critiquée car son système juridique et juridictionnel n'apparaît pas d'une grande clarté. Il est jugé compliqué et de ce fait insuffisamment fiable. Le rapport 2012, évaluant les réglementations impactant les entreprises locales dans 183 économies et classant les économies selon 10 domaines de la réglementation des affaires, tels que la création d'entreprise, la résolution de l'insolvabilité ou le commerce transfrontalier, place la France en 29^{ème} position, soit encore plus bas que dans le rapport 2011 qui la classait pourtant déjà en 26^{ème} position.

Maintenant il convient de prendre avec précaution de tels rapports, leurs rédacteurs ayant souvent un biais culturel anglo-saxon pouvant altérer la neutralité de leurs analyses. La France est généralement classée dans le peloton de tête des pays jugés attractifs par les investisseurs internationaux, qu'ils soient industriels, financiers ou immobiliers. Alors au choix, ou bien l'investisseur est complètement indifférent à la fiabilité juridique qui lui est offerte, ou il juge que la France est un état de droit "économique" parfaitement sûr pour la pérennité de ses investissements... ou il ne lit pas les rapports de la SFI et de la Banque Mondiale !

Peut-être qu'un jour la pression des marchés et les pouvoirs publics imposeront -sans doute à moyen/long terme— l'unification des professionnels du droit. Aujourd'hui, cela serait faire fi de l'intelligence collective des professionnels que nous sommes. Nous ne pouvons pas ignorer le contexte concurrentiel dans lequel nous évoluons et les bouleversements éventuels de celui-ci. Chacune des professions qui constituent aujourd'hui les métiers du droit ont su évoluer au cours des dernières décennies. Conquérir de nouveaux marchés, faire évoluer son image, nouer des partenariats avec d'autres, s'ouvrir à l'international, les avocats, comme les CPI ou les notaires l'ont fait.

Elles sauront certainement mener les réflexions qui s'imposent si elles considèrent que l'unification des métiers s'avère être la voie à suivre.

Et maintenant ?

En attendant cette échéance rien n'interdit de formuler des propositions qui pourraient rapidement être mises en œuvre et préparer le terrain à cette unification des métiers, que celle-ci soit progressive dans le temps important peu au stade actuel de notre réflexion.

Qu'on en juge :

— sécuriser la mise à la disposition des avocats dans l'entreprise. Le détachement d'avocats collaborateurs et associés dans les entreprises est un moyen pratique et simple de traiter les besoins juridiques des entreprises. Le barreau de Paris propose d'encadrer ces mises à disposition qui sont des moyens de créer une culture commune entre avocats et juristes d'entreprises ;

— approfondir l'acte d'avocat par la mise en place de garanties pour les entreprises et les particuliers qui en bénéficient, notamment par la conservation de ces actes ;

— mutualiser les bonnes idées pour organiser des formations communes pour l'ensemble des professions juridiques ;

— dynamiser l'interprofessionnalité d'exercice à travers la société de participations financières de professions libérales (SPFPL), par des structures d'exercice entre professionnels du droit, voire avec les professionnels du chiffre (7) ;

— créer un commissariat au droit dans les entreprises. Tout comme il existe le commissariat aux comptes pour les professionnels du chiffre, le barreau de Paris porte l'idée d'un commissariat au droit qui aurait pour mission légale d'effectuer la révision annuelle de la conformité légale et réglementaire des activités de l'entreprise ou d'un groupe d'entreprises.

Le barreau de Paris propose ainsi la mise en place de ces cinq mesures comme des moyens parmi d'autres de travailler en commun avec l'ensemble des professionnels du droit pour tenter de créer, à court ou moyen terme, un partenariat de confiance préfigurant la grande profession du droit.

Christiane Féral-Schuhl, Bâtonnier de l'Ordre des avocats au barreau de Paris

(1) *Au service de la justice — La profession juridique de demain*, Etudes réalisées par un groupe de travail de l'Association nationale des avocats, Dalloz, 1967.

(2) Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (N° Lexbase : [L7803AIT](#)).

(3) Loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011, portant réforme de la représentation devant les cours d'appel (N° Lexbase : [L2387IP4](#)).

(4) *"Dans son rapport remis en juin 1989, la mission d'étude sur l'Europe et les professions du droit soulignait que les usagers du droit 'se heurtent à une organisation trop complexe en raison de la pluralité des professions'. Vingt ans après, ce constat reste actuel"* (Rapport "Darrois", p. 28).

(5) L'Association européenne des juristes d'entreprise (AEJE), le Cercle Montesquieu, l'Association française des juristes de banque.

(6) Cassé par l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 2011 (Cass. civ. 1, 3 février 2011, n° 10-11.743, F-D N° Lexbase : [A3676GRL](#)).

(7) Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, dont le décret d'application est attendu (N° Lexbase : [L8851IPI](#)).

Revue

05

Lexbase Hebdo édition professions n°131 du 26 juillet 2012

[Avocats/Champ de compétence] Evénement

Les outils de l'avocat collaboratif — Compte rendu de la réunion de la Commission Droit collaboratif et Procédure participative du barreau de Paris

N° Lexbase: N3194BTH



par Anne-Laure Blouet Patin, Directrice de la Rédaction

La Commission ouverte Droit collaboratif et Procédure participative du barreau de Paris tenait, le 11 juin 2012, sous la responsabilité de Nathalie Tisseyre-Boinet, Avocat à la cour, une réunion consacrée aux outils de l'avocat collaboratif, en la présence de Alain Roy, négociateur. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

A titre liminaire et pour les non-initiés, il convient de faire un petit rappel concernant le droit collaboratif. Le droit collaboratif est un mode alternatif de règlement des litiges qui n'apparaît pas dans le panel des textes nationaux. Il est né aux Etats-Unis dans les années 1990. L'idée était de trouver une solution pour des clients qui viennent présenter un litige. Pour faire du "droit collaboratif", les deux avocats et les deux parties doivent collaborer ensemble. Il s'agit donc d'un protocole d'entretien à quatre qui engage les participants à travailler ensemble à la résolution amiable du litige. Pour mettre en œuvre ce processus, il est impératif que les deux avocats aient été formés au droit collaboratif. A noter, que si le dossier part au contentieux, les deux avocats doivent se retirer.

L'Association française des praticiens collaboratifs énonce que les professionnels qui choisissent d'augmenter leur pratique de l'outil du droit collaboratif ont la volonté commune :

- d'établir des accords dans le climat le plus serein, et le plus apaisant possible ;
- de permettre une communication constructive entre les parties et les professionnels qui les entourent ;
- de proposer, enfin, à l'homologation un accord accepté et pérenne.

Les praticiens collaboratifs s'engagent alors à conseiller leurs clients en droit et les guider dans un processus efficace de résolution des conflits, utilisant les techniques de la négociation raisonnée et de l'écoute active. Ce sont ces techniques qui ont été présentés par Alain Roy lors de la réunion du 11 juin 2012.

Alain Roy a démarré sa présentation en expliquant que, dans une relation conflictuelle entre deux parties, plusieurs attitudes sont constatées dans la résolution du conflit : l'évitement, la soumission, la domination ou, et c'est là tout l'objet de cette réunion, la coopération. En effet c'est le principe même de la coopération que l'on retrouve en négociation raisonnée, en médiation ou en droit collaboratif.

La négociation raisonnée a été conceptualisée par Fischer et Ury en 1981 (R. Fisher et W. Ury, *Comment réussir une négociation*, Seuil, 1991, 2ème édition), mais elle est peu répandue en France car la mentalité, basée sur la logique de l'honneur, s'y prête moins que dans les pays de *common law*, qui eux ont la logique du contrat.

La négociation raisonnée s'oppose à la négociation classique ou sur position. Il s'agit de décider de vouloir sortir d'un conflit. Et pour cela le premier principe rappelé par l'intervenant est... "*d'être intelligent*". En effet, il est nécessaire de savoir séparer les problèmes personnels des problèmes de fond, les personnes des problèmes. Dans une négociation sur position, les parties sont en mode frontal et mettent leur énergie l'une contre l'autre. En négociation raisonnée, les énergies doivent être additionnées pour trouver une solution qui satisfera les deux parties.

Le deuxième principe indispensable est de savoir chercher derrière les positions, les besoins et les intérêts. Et souvent, l'on s'apercevra qu'ils ne sont pas incompatibles. Il faut donc que l'avocat qui pratique la négociation raisonnée cherche à comprendre ce qui est important pour chacune des parties. L'avocat devra alors faire preuve de richesse et de créativité dans les options qu'il proposera pour aider à résoudre le conflit. Pour ce faire, il doit mettre en œuvre une phase d'ouverture : laisser les parties s'exprimer, poser des idées, sans critiquer puisque la critique tue la créativité. Une fois cette phase terminée, l'avocat se met en mode de négociation : trier les idées et choisir ce sur quoi tout le monde va s'engager.

Alain Roy rappelle qu'il est très important que l'avocat fasse appel à des critères objectifs. En effet, si les valeurs retenues résultent d'un affrontement entre les parties, alors on retourne à une résolution du conflit par domination. L'avocat doit tout mettre en œuvre pour que chaque personne ressorte de la négociation la tête haute.

Outre la négociation raisonnée, l'avocat collaboratif doit savoir écouter : c'est l'écoute active.

Il ne faut ni conseiller, ni évaluer, ni interpréter, ni enquêter, ni supporter. Il faut reformuler. C'est-à-dire rendre à la personne ce qu'elle a dit. Cela doit être un miroir parfait sans déformation. Et Alain Roy souligne, approuvé par Nathalie Tisseyre-Boinet et par les avocats collaboratifs présents dans l'auditoire, que c'est très difficile à faire. Il faut reformuler sur les faits, sur les ressentis et les émotions des parties, sur les valeurs. Des questions peuvent être posées aux parties, mais elles doivent être impérativement ouvertes de façon à les aider à aller quelque part. Les silences sont également très importants pour Alain Roy, mais tout aussi difficile à mettre en place pour les praticiens du droit collaboratif.

L'autre outil que l'avocat doit savoir maîtriser est la communication interpersonnelle. Il s'agit d'un échange où l'avocat va devoir séparer le contenu de la façon dont il dérive. Et cela permettra de construire une relation à deux ou à plusieurs, et démarrer un échange. L'intervenant le constate, la communication interpersonnelle permet de dévictimiser, de responsabiliser et de créer un futur dont chacun garde la maîtrise.

Pour Nathalie Tisseyre-Boinet, cette pratique consiste essentiellement à se rassembler et à faire travailler l'intelligence du cœur. Cela peut être vu comme une "thérapie de la relation". Mais elle insiste sur le fait qu'on ne devient pas avocat collaboratif comme cela. Une formation est indispensable. Elle doit être reconnue conforme aux standards de l'Association Internationale des Praticiens Collaboratifs (IACP).

Si les avocats sont, et notamment au barreau de Paris, de plus en plus incités à approcher ce nouveau mode de règlement alternatif des litiges, la question reste ouverte de savoir comment former un client à opter pour du collaboratif plutôt que du conflictuel...

La prochaine réunion de la Commission Droit collaboratif et Procédure participative se tiendra le 13 septembre 2012.

Revue

06

Lexbase Hebdo édition affaires n°305 du 19 juillet 2012

[Sociétés] Jurisprudence

Etendue des engagements d'un associé et liberté de conserver ses parts sociales

N° Lexbase: N3137BTD



par Christine Lebel, Maître de conférences HDR à la Faculté de Droit de Nancy (Université de Lorraine, Institut François Génys, EA 1138, Nancy)

Réf.: Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-14.267, F-P+B (N° Lexbase : A7973IQD)

Les difficultés entre associés survenant au cours de la vie sociale sont à l'origine de nombreuses procédures, et tout spécialement en matière de mésentente paralysant le fonctionnement de la société et justifiant la dissolution de la personne morale. Telle semblait être l'issue recherchée par certains dans la présente affaire à propos d'une société civile immobilière (SCI), constituée en juin 2006. Son capital social est réparti entre trois associés, une SARL O. détenant 50 %, une SARL C. détenant 25 % et un associé, personne physique, également pour 25 %. Elle est représentée par la gérante de la SARL O. et par l'associé personne physique. Cette SCI a acquis un lot d'un lotissement dont le financement a été assuré au moyen d'un prêt garanti par le cautionnement solidaire donné, à titre personnel, par les deux gérants. En outre la SCI s'est engagée à construire un immeuble sur cette parcelle foncière. La gérante a signé un contrat d'architecture. Après l'obtention des permis de démolir et de construire, elle a signé des ordres de démarrage des travaux de démolition. Par la suite, elle a présenté aux autres associés de la SCI une offre de cession des parts sociales détenues par la SARL O. moyennant un certain prix. Une discordance entre associés est apparue dans le cadre de ce projet de cession des parts sociales de la SCI. Afin de fixer leur prix, un expert a été désigné. Au cours de l'expertise, la SARL O. a rétracté son offre. Les juges du fond ont considéré que la remise en cause du projet de cession avait été tardivement formulée, rendant l'expertise en cours inutile et par conséquent, elle était fautive. En outre, la cour d'appel retient que le refus de participer à tout appel de fonds constituait, avec la rétractation tardive de l'offre de cession, une faute particulièrement lourde de la part de la SARL

O.. En effet, elle ajoute que la gérante de la SCI, par ailleurs, gérante de la SARL O. avait souscrits certains engagements au nom de la SCI, ce qui impliquait nécessairement la contribution à hauteur des sommes indispensables au financement du projet immobilier de la SCI. Ainsi, la cour d'appel rejette la demande de dissolution de la société en considérant qu'elle a été demandée par la personne à l'origine du trouble social et elle refuse l'exclusion de la SARL O. de la SCI demandée par les autres associés de la société civile.

Sur le pourvoi rédigé par la SARL O. critiquant la position de la cour d'appel, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 juillet 2012, indique que les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci (I). Elle ajoute que la cour d'appel n'a pas démontré ce en quoi la SARL avait abusé de son droit de conserver ses parts sociales, rappelant ainsi que tout associé a la liberté de conserver les parts sociales qu'il détient (II). Cette décision est rendue à propos d'une SCI sur le visa des dispositions du Code civil, ce qui permet de clarifier l'étendue des droits et des obligations des associés d'une société dont le risque financier est illimité.

I — L'étendue des engagements sociaux d'un associé

Dans son arrêt du 10 juillet 2012, la Cour de cassation indique que les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci (A) sauf à ce que cette possibilité soit prévue par les statuts (B).

A — L'interdiction d'augmenter les engagements d'un associé

Le second alinéa de l'article 1836 du Code civil (N° Lexbase : L2007ABX) énonce qu'*"en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci"* : c'est le principe d'intangibilité des engagements des associés (1). Cette règle est d'ordre public, dont le non-respect est sanctionné par la nullité absolue (2). Pour une partie de la doctrine (3), elle présente essentiellement un intérêt pour les sociétés à risque limité. En effet, le régime juridique de ces sociétés permet de modifier les statuts, et par conséquent les engagements des sociétés, à une majorité qualifiée, sans qu'il soit nécessaire que la totalité des associés soit favorable à la modification du pacte statutaire. La situation est différente pour les sociétés à risque illimité, pour lesquelles la modification des statuts doit être adoptée à l'unanimité. Dans ce cas, l'article 1836, alinéa 2, du Code civil a pour finalité la protection des intérêts des associés. L'arrêt du 10 juillet 2012 a été rendu à propos d'une SCI et constitue, par conséquent, une application de cette règle aux sociétés à risque illimité.

Ainsi, il n'est pas possible d'augmenter les engagements d'un associé sans l'accord de ce dernier. Encore faut-il déterminer ce qu'il convient d'entendre par "engagement d'un associé". Il semble que l'on puisse distinguer l'engagement financier de l'engagement en nature. Dans ce dernier cas, il s'agirait d'une obligation de faire, ou de ne pas faire, mais le débat à l'origine de l'arrêt du 10 juillet 2012 ne porte pas sur ce type d'engagement en nature. Bien au contraire, il s'agit d'une question relative aux engagements financiers de l'associé. Ici encore, il convient de distinguer entre les engagements financiers directs, c'est-à-dire la prise en charge des dettes de la société, des engagements financiers indirects, comme par exemple le blocage de fonds déposés en compte courant par un associé, au profit de la société (4). Dans la présente affaire, la question porte sur un engagement financier direct dans la mesure où il s'agit de régler les dettes de la société, et tout spécialement la facture d'honoraires de l'architecte et pour le financement des travaux nécessaires à l'opération de construction immobilière, pour la réalisation de laquelle la société civile a été constituée.

Ainsi, il importe peu que les associés d'une société civile soient tenus d'une obligation indéfinie au paiement des dettes sociales ; il est interdit de leur faire supporter un engagement financier pour lequel ils n'ont pas donné leur accord. Cette solution découle du visa utilisé par la Cour de cassation. En effet, la Haute cour rend la première partie de sa décision sur le visa des articles 1832 (N° Lexbase : L2001ABQ) et 1836 du Code civil notamment (5). En outre, les appels de fonds ne répondent pas à l'obligation de contribuer aux pertes de la société, dans la mesure où cette dernière n'a pas été dissoute et que ces appels n'ont pas été réalisés dans le cadre des opérations de liquidations amiable. Ainsi, les appels de fonds réalisés au cours de la vie sociale, ne sont ni la mise en œuvre de l'obligation au paiement des dettes sociales de l'article 1857 du Code civil (N° Lexbase : L2054ABP), ni l'exécution de l'obligation de contribuer aux pertes de l'article 1832 du même code (6). Par conséquent, la règle de l'article 1836, alinéa 2, doit être respectée : il n'est pas possible d'augmenter l'engagement financier d'un associé sans son consentement. Ainsi, aucune faute ne peut être reprochée à l'associée qui a refusé de répondre aux appels de fonds. La situation serait différente, si ces appels de fonds avaient été réalisés en application d'une disposition statutaire.

B — La possibilité de faire des appels de fonds

Les engagements d'un associé peuvent être augmentés à condition que ce dernier ait donné son accord (7). La loi n'énonce aucune condition de forme quant au mode d'expression de ce consentement. Par conséquent, il semble

qu'il puisse être donné tacitement, par le règlement des appels de fonds sans contestation, mais également expressément par le vote lors d'une assemblée générale adoptant une clause prévoyant la possibilité de faire de tels appels au cours de la vie sociale, pour les besoins de la réalisation de l'objet social. C'est ainsi, que la possibilité de faire des appels provisionnels de fonds a été admise en jurisprudence, parce que celle-ci est prévue par les statuts (8). Or, tel n'était pas le cas dans la présente affaire, par conséquent, il n'était pas possible de contraindre l'associé à régler ses appels de fonds, et ce, quand bien même la personne physique à l'origine de certaines factures de la société serait également le représentant légal de l'associé refusant de répondre aux appels de fonds.

Tout ceci créant un climat tendu entre les associés de la société, l'associé refusant de régler les sommes demandées a envisagé de céder ses parts afin de trouver une solution amiable au conflit. Toutefois, compte tenu de la somme proposée pour le rachat de ses parts sociales, il a renoncé à ce projet, ce que lui reprochent les autres associés.

II La liberté de conserver ses parts sociales

Peut-on renoncer à un projet de cession de parts sociales lorsqu'il y a désaccord sur la valeur des parts et non sur le principe de la cession ? Telle était la seconde question posée par cette affaire. En effet, refusant de régler les appels de fonds, l'associé a proposé de céder ses parts aux autres associés (ou personnes physiques associées de l'associé personne morale). Or, cédant et cessionnaires n'étant pas d'accord sur la valeur des parts litigieuses, un expert a été désigné afin de la déterminer. Au cours de l'expertise, le cédant a indiqué renoncer à son projet. Ainsi, on constate que ce dernier peut valablement proposer de céder ses parts au cours de la vie sociale (A), mais il peut également renoncer à ce projet (B).

A — La cession, un mode alternatif de traitement de la mésentente

Dans la présente affaire, une mésentente s'est progressivement installée lors de la mise en place du projet immobilier qui constitue l'objet social de la société. Les juges du fond ont écarté les arguments d'un associé prétextant une mésentente entre les associés, qui justifierait la dissolution de la société. Toutefois, la situation était tendue car le tribunal a désigné un administrateur provisoire. C'est dans ce contexte, que la SARL O. a proposé de céder ses parts sociales à ses partenaires, moyennant un prix qu'elle avait formulé dans son offre.

Or, à défaut d'accord sur le prix de ces parts sociales, la rencontre des consentements n'avait pas pu avoir lieu, ce qui justifie le recours à une expertise pour déterminer leur valeur. Par conséquent, aucun transfert de propriété n'a eu lieu, du seul fait de la formulation du projet de cession de parts, qui demeure à ce stade, une simple offre de vente.

B — La liberté de retirer l'offre de cession

Dans la présente affaire, l'associé a formellement indiqué vouloir retirer son offre au cours de la procédure d'expertise. Ainsi, la rétraction de l'offre a été réalisée avant la notification du prix déterminé par l'expert. Par conséquent, les éléments fondamentaux permettant de réaliser la cession des parts sociales n'étaient pas réunis au jour de la rétraction du projet de cession. Les futurs cessionnaires prétendent que, dans ce cas, le cédant a abusé de son droit de conserver les parts sociales, argumentation qui a été reprise par les juges du fond. Une telle analyse est censurée par la Cour de cassation sur le visa de l'article 1862 du Code civil (N° Lexbase : L2059ABU). En effet, selon la dernière phrase de ce texte, en cas de contestation, en l'occurrence sur le prix des parts sociales, le cédant peut les conserver. Par conséquent, il n'existe pas d'obligation de céder les parts sociales en cas de contestation. Le cédant a toujours le droit de les conserver (9). Jusqu'alors la formulation de l'article 1862 précité ne permettait de l'affirmer avec autant de vigueur que pour les sociétés commerciales (10), mais c'est désormais chose faite, et droit acquis par l'arrêt du 10 juillet 2012 pour les sociétés civiles.

Ainsi, l'arrêt du 10 juillet 2012 apporte deux précisions fondamentales : il n'y a pas lieu d'augmenter l'engagement d'un associé sans son consentement même s'il s'agit d'une société à risque illimité. Et un associé peut toujours décider de conserver ses parts sociales, en cas de contestation dans le cadre du projet de cession.

(1) F. Rizzio, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, RTDCom, 2000, p. 27.

(2) Cass. com., 13 novembre 2003, FS-P (N° Lexbase : A1193DAG), Bull. civ. IV, n° 171, D., 2003, p. 2968, note A. Lienhard ; JCP éd. E, 2004, p. 380, note A. Viandier ; Rev. sociétés, 2004, p. 97, note B. Saintourens ; RTDCom., 2004, p. 118, obs. M. — H. Monsérié-Bon, Dr. et patrim., mars 2004, p. 107, obs. D. Poracchia, Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; Defrénois, 2004, p. 902, note H. Hovasse.

(3) J. Honorat, note sous Cass. civ. 1, 8 novembre 1988, n° 87-10.514 (N° Lexbase : A4004AGE), Defrénois, 1989, p. 553.

- (4) H. Le Nabasque, *La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés*, Actes Pratiques, décembre 1997, p. 36 ; Cass. com., 24 juin 1997, n° 95-20.056 (N° Lexbase : A4500AGR), Dr. Sociétés, 1997, comm. 138, note Th. Bonneau ; JCP éd. G, 1997, II, 22 966, note P. Mousseron,
- (5) Mais également de l'article 1844-7, 5° du Code civil (N° Lexbase : L3736HBY) qui traite de la dissolution pour cause de mésentente des associés. Dans cette affaire, elle écarte cette demande, ce qui explique la présence de ce texte dans le visa de l'arrêt.
- (6) Cass. com., 20 septembre 2011, n° 10-24.888, F-P+B (N° Lexbase : A9524HXZ) ; C. Michaud, *Retour sur la contribution aux pertes sociales dans les sociétés à risque illimité à l'occasion d'une procédure de liquidation judiciaire*, Journal des Sociétés, décembre 2011, p. 51 ; D. Gibrila, *La recevabilité de l'action en paiement du liquidateur judiciaire*, Lexbase Hebdo n° 268 du 13 octobre 2011 - édition affaires (N° Lexbase : N8104BSX).
- (7) G. Taormina, *Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé*, Rev. Sociétés, 2002, p. 267.
- (8) CA Paris, 5ème ch., sect. A, 1er décembre 1999 (N° Lexbase : A7564A3K), Bull Joly Sociétés, 2000, p. 741 note J. Vallansan ; CA Versailles 7 septembre 2000, Bull. Joly Sociétés, 2000, p. 1175, note F. — X. Lucas, RTDCom. 2000, p. 966, note M. — H. Monsérié-Bon.
- (9) Cass. com., 7 décembre 2010, n° 09-17.351, F-P+B (N° Lexbase : A9077GM7), D., 2011, p. 11, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés, 2011, p. 296, note B. Saintourens ; Dr sociétés, 2011, comm.. 27, note H. Hovasse ; Rev. Lamy Dr. Aff., 2011, comm.. 317, note A. Cerati-Gautier ; D. Gibrila, *Sociétés civiles : le refus d'agrément de cession de parts sociales ne confère aux autres associés aucun droit de préemption*, Lexbase Hebdo n° 234 du 13 janvier 2011 — édition affaires (N° Lexbase : N0464BRM).
- (10) C. com., art. L. 223-13 (N° Lexbase : L9619GUS), pour les SARL et C. com., art. L. 228-23 (N° Lexbase : L6305ICI), pour les sociétés anonymes.

Revue

07

Lexbase Hebdo édition affaires n°306 du 26 juillet 2012

[Bancaire] Jurisprudence

A la "billebaude", quelques arrêts de droit bancaire

N° Lexbase: N3252BTM



par *Alexandre Bordenave*, avocat au barreau des Hauts-de-Seine,
chargé d'enseignement à l'ENS Cachan

Réf.: Cass. com., 3 juillet 2012, trois arrêts, n° 11-19.796, F-P+B (N° Lexbase : A4895IQD) ; n° 11-14.227, F-P+B (N° Lexbase : A4749IQX) et n° 11-18.945, F-P+B (N° Lexbase : A4847IQL)

"A la billebaude" est une expression argotique, le plus souvent appliquée à la chasse, qui signifie : au gré du parcours des animaux, selon ce qui se présente. C'est aussi, même si nous confessons volontiers notre préférence pour *Le Pape des escargots*, le titre du roman le plus célèbre d'Henri Vincenot qui, osant la comparaison, fut à la Bourgogne ce que Pagnol fut à la Provence : un maître es littérature de terroir à la langue piquée d'un giboyeux idiome local. Vincenot aurait eu cent ans cette année. Aussi, quand l'été pointe enfin à l'horizon en nous rappelant à nos racines, et que la Chambre commerciale de la Cour de cassation procède à un véritable lâcher d'arrêts en droit bancaire le 3 juillet 2012, notre sang ne fait qu'un tour ! Et, à la billebaude, nous nous mettons en chasse des plus belles de ces décisions nouvelles, comme le feraient les courageux hommes des contreforts du Morvan !

Ce faisant, la piste de trois arrêts a plus particulièrement retenu notre attention : le premier (Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-19.796, F-P+B) relatif à la date apposée sur un bordereau de cession soumis aux articles L. 313-23 (N° Lexbase : L9256DYH) et suivants du Code monétaire et financier (I), le deuxième (Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-14.227, F-P+B), portant sur l'extension aux héritiers du tireur décédé des chèques des effets cambiaires du chèque (II) et, le dernier (Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-18.945, F-P+B), quant à l'insuffisance d'une situation d'interdiction bancaire pour établir le caractère obéré des finances d'un candidat à l'emprunt bancaire (III).

I — La valeur de la mention de la date sur un bordereau Dailly

La grande force de la cession de créances organisée par les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier (la cession Dailly) réside dans sa simplicité destinée à faciliter le crédit aux entreprises comme le scandait la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 (N° Lexbase : L0197G8S) dont elle est issue. Les termes de l'équilibre proposé par le législateur sont les suivants : contre le respect des mentions obligatoires prévues par l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, le cessionnaire jouit de l'opposabilité aux tiers de la cession de créance "*quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité [de cette dernière], sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable [à cette créance] et la loi du pays de résidence [du débiteur]*", et ce avec un "*transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité*". Précision de la plus haute importance : ces effets interviennent à " la date apposée sur le bordereau lors de sa remise " (C. mon. fin., art. L. 313-27 N° Lexbase : L6399DIT), d'où une interrogation légitime quant à la valeur qu'il convient d'accorder à la mention de cette date sur le bordereau de cession. C'est à cette problématique qu'était invitée à réfléchir la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 3 juillet 2012 (n° 11-19.796).

En l'espèce, une société avait cédé sous le régime de la cession Dailly une créance. Après sa mise en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit cessionnaire (le cessionnaire) avait déclaré sa créance au passif de la procédure et appelé en paiement la caution qui s'était engagée à son égard : à savoir, le gérant du cédant en déconfiture (la caution). La caution refusa alors, arguant d'une prétendue irrégularité du bordereau de cession au nom du fait que celui-ci comportait deux dates : une indiquant que l'acte de cession de créances professionnelles avait été fait le 31 octobre, l'autre (sous la forme d'une marque de tampon) précisant que la cession en question avait été "acceptée" (1) par le cessionnaire le 31 décembre 2006.

Arrivée jusqu'à la Cour de cassation, la caution vit les prétentions de son pourvoi rejetées. C'est en premier lieu le cas parce que la date de cession, aussi étonnant que cela puisse paraître compte tenu de la place qu'elle tient dans le dispositif de la cession Dailly, n'est nullement une mention obligatoire figurant dans la liste limitative de l'alinéa 1er de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier (2) : la date conditionne la prise d'effet du bordereau de cession, non sa validité. En deuxième lieu, puisque selon les termes de l'article L. 313-25 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L9258DYK), il revient au cessionnaire d'apposer à la date (3), il est parfaitement concevable que le bordereau soit signé par le cédant puis remis dans un second temps au cessionnaire, à charge alors pour lui de le dater : de fait, la dualité de dates n'a rien d'une anomalie juridique, même si on la rencontre rarement en pratique et qu'elle n'est pas idéale. Au pire, en pareilles circonstances, la cession sera réputée avoir pris effet à la date la plus tardive. Enfin, dans la mesure où il revient au cessionnaire, conformément à l'alinéa 4 de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, de rapporter par tous moyens l'exactitude de la date portée sur le bordereau de cession en cas de contestation, la question soulevée par le pourvoi tient donc, pour une large part, du byzantinisme : dès lors que la date de la remise peut être démontrée, l'établissement de crédit a les mains libres. La caution demanderesse semblait se complaire dans l'argutie stérile, elle qui entendait également se battre au sujet de l'endroit où la date tamponnée se trouvait sur le bordereau de l'espèce ! Le bordereau de cession Dailly est un acte formel, la Cour de cassation sait se montrer exigeante en la matière, mais pas à ce point.

De minimis non curat praetor. Les limites du *de minimis* étaient largement enfoncées dans cet arrêt, bâti sur une argumentation tellement faible qu'on doit se résoudre à la mettre sur le compte d'une stratégie du désespoir, ayant consisté à jouer le tout sur le tout. La solution n'est donc que justice : il ne s'agirait pas de "dénier" (4) le beau régime de la cession Dailly en se comportant comme des "beuzenots" (5).

II — L'extension de l'effet cambiaire du chèque aux héritiers du tireur

Après le bordereau de cession Dailly, nous voilà aux prises avec un autre des instruments de crédit et de paiement du droit bancaire : un chèque dont l'émetteur est décédé avant son paiement, donc après le transfert de la provision si l'on suit les termes de l'article L. 131-36 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L9346HDI). Seul problème en l'espèce : la provision était insuffisante. Pour ce motif, le porteur du chèque se fit délivrer par le banquier tiré le certificat de non-paiement prévu par l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L6672IM3) puis deux titres exécutoires et, ainsi muni, se fit attribuer une hypothèque judiciaire portant sur un immeuble compris dans la succession. C'est cette hypothèque dont les héritiers demandèrent la mainlevée, puisque selon eux, l'article L. 131-73 la délivrance de titres exécutoires par l'huissier instrumentaire suppose au préalable la signification du certificat de non-paiement au tireur... ce qui n'était plus possible en l'espèce, puisque ce dernier était décédé !

D'où la question à trancher en l'espèce par la Cour de cassation (n° 11-14.227) : le certificat de non-paiement de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier peut-il être signifié aux ayants-droit à titre universel du tireur, en cas de décès de celui-ci ?

Pour répondre à cette question, la Chambre commerciale s'appuie sur l'article L. 131-36 du Code monétaire et financier qui dispose que "*ni le décès du tireur ni son incapacité survenant après l'émission ne touchent aux effets*

du chèque". Elle en déduit justement que l'obligation de paiement au titre du chèque tiré survit au décès et que, si la provision s'avère insuffisante, les effets du chèque persistent contre les héritiers du tireur, alors mécaniquement soumis au rapport cambiaire. Au final, les titres exécutoires venant en suite de la signification du certificat de non-paiement aux héritiers sont valablement délivrés.

La Haute juridiction reconnaît donc, assez logiquement sur un fondement technique, un effet *post mortem* au chèque qui voit son effet cambiaire étendu aux héritiers du *de cuius*. Dans un arrêt déjà ancien (6), la première chambre civile avait estimé qu'un chèque sans provision ne pouvait s'analyser en un don manuel et que, après le décès du tireur, il ne pouvait pas non plus être considéré comme valant testament olographe : d'où une "chui" (7) non négligeable glissée entre une Chambre commerciale considérant qu'en matière de chèque le sang du mort peut retomber sur ses enfants, quand la première chambre civile juge que ce même sang n'est pas apte à sauver.

III — L'absence de responsabilité de la banque prêtant à un "interdit bancaire"

Nous achevons notre vagabondage estival en nous intéressant au sort d'un "interdit bancaire" à qui un prêt avait été octroyé par un établissement vraisemblablement peu soucieux de la capacité de son client à le rembourser.

En termes juridiques plus précis, la situation de l'interdit bancaire est celle résultant d'une inscription au fichier central des chèques (8) par suite d'une interdiction d'émettre des chèques. Cette interdiction peut, en particulier, résulter du tirage d'un chèque sans provision suffisante non suivie d'une régularisation, entraînant alors une perte pour cinq ans de la capacité d'émettre des chèques, conformément à l'article L. 131-78 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L6673IM4), suivi d'une recension de cette information par la Banque de France en application de l'article L. 131-84 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L9403HDM). En bref, il est ici question du tireur d'un chèque sans provision qui, à défaut d'être décédé avant le paiement, s'est retrouvé inscrit sur le fichier central des chèques.

Et, bien qu'il puisse faire figure d'intouchable des systèmes de paiement, notre interdit bancaire avait réussi à se faire octroyer un prêt par un établissement de crédit. Or, on sait de la jurisprudence foisonnante existant à ce propos que le banquier est astreint à un sévère devoir de mise en garde de ses prospects (9), véritable limite à sa capacité de librement passer contrat : s'agissant d'un candidat à l'emprunt inscrit au fichier central des chèques, ne devait-on pas considérer que l'établissement de crédit avait commis une faute en répondant favorablement à la demande de prêt ? C'est ce que soutenait inlassablement, jusque devant la Cour de cassation, l'emprunteur dans l'espoir de voir sa banque condamnée à des dommages et intérêts qu'il aurait pu compenser avec sa dette de remboursement.

La Chambre commerciale ne se montra pas plus réceptive à ce discours que les juges du fond, en estimant que la cour d'appel de Lyon avait fait *"exactement ressortir qu'une mesure d'interdiction bancaire ne suffisait pas à caractériser la situation obérée de [l'emprunteur]"* et avait donc *"pu déduire que la banque n'était pas tenue à un devoir de mise en garde à son égard"*. En cela, la Cour de cassation se montre parfaitement fidèle à sa position du 30 novembre 2010 : la banque consentant un crédit adapté aux capacités financières de l'emprunteur et au risque d'endettement naissant pour ce dernier de l'octroi du prêt à la date de conclusion du contrat n'est pas tenue à une obligation de mise en garde (10). Soit, mais encore fallait-il que, dans les faits desquels a résulté l'arrêt du 3 juillet 2012 (n° 11-18.945), puisse être établie la faculté concrète de remboursement de l'emprunteur.

C'est à ce propos que l'on ne peut s'empêcher de déceler une forme de mansuétude, rare, des magistrats envers les banquiers, en ce qu'il est ici jugé qu'une mesure d'interdiction bancaire n'est pas synonyme de situation obérée devant prohiber la conclusion d'un prêt. Bien sûr, pas plus que l'inscription au fichier national des incidents de remboursement des crédits des particuliers, le fichage au fichier central des chèques n'interdit pas d'obtenir un prêt de la part d'un établissement de crédit. Néanmoins, et même si l'on peut être sensible aux efforts déployés par le législateur pour assurer le maintien dans le système bancaire des plus démunis (11), on peut légitimement s'émouvoir de ce qu'une situation dite d'interdiction bancaire ne soit pas retenue comme un indice fort d'une gestion approximative de ses affaires financières par le requérant d'un crédit, justifiant qu'il soit le créancier d'une obligation de mise en garde de son banquier. Cet indice, dont même un béotien du droit bancaire peut comprendre le sens et la pertinence, est, par ailleurs, à l'entière libre disposition du banquier puisqu'il a accès au fichier central des chèques dont l'objet est aussi de renseigner quant à la situation financière des emprunteurs (12). Aussi, l'argument, retenu dans la procédure, selon lequel *"l'intéressé ne produit aucune pièce sur sa situation personnelle à l'époque de la souscription du prêt"*, nous semble léger. Sans doute la Cour de cassation, consciente de l'été difficile qui s'annonce pour les banquiers (en particulier, français), n'a-t-elle pas trop voulu assombrir un ciel déjà amplement gâté ; il n'en reste pas moins que l'arrêt est révélateur d'une réalité quant au droit bancaire positif : sauf à admettre de fait que les banques peuvent se comporter comme des "pangnas" (13) salement "gaunés" (14), il est grand temps de renforcer, dans la loi, les obligations des établissements de crédit en matière de contrôle de la solvabilité des candidats au crédit. La sécurité juridique et l'éthique du crédit en sortiront renforcés, pour le plus grand bénéfice de tous.

Bien sûr, notre billebaude n'entretient qu'un cousinage lointain avec celle que décrivait avec gouaille Vincenot. Elle ne nous a pas conduit à travers à la vallée de l'Ouche (15) dominée par la chapelle de Notre-Dame d'Etang (16), et elle ne nous a pas fait croiser quelques "bareuzais" (17) sur la Côte de Nuits occupés à trinquer au "passetoutgrain" (18) en enchaînant ban sur ban. Il faut dire que notre chronique mensuelle ne s'y prête guère : puissent nos lecteurs en retirer, outre un savoir plus grand quant aux jurisprudences récentes en droit bancaire, l'envie de consacrer quelques heures de leurs prochains congés à la lecture de l'œuvre du druide-conteur bourguignon. Au regard de notre actuel bonheur météorologique, ça vaudra toujours mieux que de sortir pour se retrouver gougé (19) !

(1) Pas au sens de l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L9262DYP). La mention avait, selon toute vraisemblance, une fin administrative : elle notait que la créance cédée était conforme à ce que souhaitait accepter le cessionnaire.

(2) Au contraire de ce que prévoient les articles L. 131-2 (N° Lexbase : L9358HDX) et L. 131-3 (N° Lexbase : L9359HDY) du Code monétaire et financier en matière de chèque.

(3) Ce qui, à nouveau, est un départ du régime du chèque où c'est la date de création qui est requise par l'article L. 131-2, 6 du Code monétaire et financier.

(4) Abîmer, en bon français.

(5) Imbécile, naïf, peu cultivé.

(6) Cass. civ. 1, 5 février 2002, n° 99-18 578, publié (N° Lexbase : A9166AXR), Banque et Droit, mai-juin 2002, 48, obs. Th. Bonneau.

(7) Soit une poussière.

(8) A propos duquel on peut lire la note d'information de la Banque de France.

(9) Voir, p. ex., Cass. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, P+B+R+I (N° Lexbase : A9645DW7), S. Piedelièvre, D., 2007, n° 2081.

(10) Cass. com., 30 novembre 2010, n° 10-30.274, F-D (N° Lexbase : A4764GME).

(11) Tel qu'en témoignent les renforcements successifs du droit au compte prévu par l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier (N° Lexbase : L3090IQI), modifié pour la dernière fois par l'article 52 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (N° Lexbase : L2893IQ9).

(12) C. mon. fin., art. L. 131-85.

(13) Synonyme de beuzenot : imbécile, naïf, peu cultivé.

(14) Mal habillé. "Salemment gauné" est donc un pléonasme.

(15) Au cœur de la Côte-d'Or, non loin de Dijon, ente l'Auxois et le Pays Beaunois, siège la Vallée de l'Ouche.

(16) Notre-Dame d'Etang est un sommet de Côte-d'Or situé à une dizaine de kilomètres au sud-ouest de Dijon. La colline a la particularité de posséder une chapelle depuis plusieurs siècles, à son extrémité nord, perchée à une altitude de 545 m.

(17) Littéralement "bas rosé", pour désigner la partie du costume des vignerons se tintant lorsque le raisin était foulé aux pieds. Par métonymie, désigne les vignerons de Dijon.

(18) Vin ordinaire de la Bourgogne (mais bénéficiant néanmoins d'une AOC), où passent tous les grains.

(19) Trempé.

Revue

08

Lexbase La lettre juridique n°495 du 26 juillet 2012

[Droit disciplinaire] Jurisprudence

Preuve de l'employeur contre le salarié : de la loyauté avant tout !

N° Lexbase: N3218BTD



par Lise Casaux-Labrunée, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Réf.: Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, FS-P+B (N° Lexbase : A4789IQG)

Si chacun sait que tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse, sans doute n'insiste-t-on pas assez sur le fait que cette cause doit être prouvée et surtout, qu'elle doit l'être de façon loyale. Nombre d'employeurs l'apprennent à leurs dépens... au double sens du terme. Le salarié présumé fautif aura beau avoir été pris "la main dans le sac", les faits indiscutablement prouvés, si le mode de preuve utilisé contre lui n'a pas été loyal, aucune conséquence juridique ne pourra être tirée du comportement ainsi établi. Le licenciement sera déclaré sans cause réelle et sérieuse et l'employeur perdra son procès, ce qu'il aura sans doute quelque mal à digérer dans la mesure où les faits à l'origine de la décision de licencier étaient réels, sérieux et prouvés... sauf que ces faits n'auront pas été prouvés dans les règles de l'art, *id est* "conformément à la loi" ainsi que l'exige l'article 9 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1123H4D) (I). Reste à définir les caractéristiques de la preuve loyale. L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 4 juillet 2012, illustre ce schéma assez classique d'un employeur perdant son procès par qualité insuffisante de la preuve rapportée en justice (II).

Résumé

Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal.

Commentaire

I — L'exigence de loyauté de la preuve

L'affaire. Elle concerne une institution nationale : La Poste... et les courriers, chacun a connu cela au moins une fois dans sa vie, qui n'arrivent pas à destination ou qui arrivent endommagés. Une employée engagée en qualité d'agent de tri-collecte puis de factrice, suspectée d'être à l'origine de spoliations de courriers observées dans un centre de tri, est prise en défaut grâce à la technique, bien connue semble-t-il dans les services postaux, des "lettres festives" (lettres ayant la particularité de diffuser un encre bleue si elles sont ouvertes). La technique a bien fonctionné puisque les mains de la salariée maculées d'encre bleue ont un jour finalement conduit cette dernière à reconnaître les faits qui lui étaient reprochés. Un licenciement pour faute grave s'en suit, contesté par la salariée qui saisit la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel de Chambéry déboute la salariée de sa demande. Elle estime que La Poste, chargée d'une mission de service public, est tenue de garantir aux usagers le secret et l'intégrité des correspondances confiées. Elle prend en considération le nombre accru de signalisations relatives à des lettres spoliées dans le centre dont dépendait la salariée pour justifier l'introduction de lettres festives dans la tournée de cette dernière, avec l'objectif de mettre fin à ces agissements frauduleux. Pour les juges de Chambéry, *"ces lettres banalisées ne constituent pas un procédé de surveillance destiné à collecter des informations sur les salariés mais ont vocation à être traitées comme les autres correspondances ; il n'y a donc ni stratagème, ni provocation à commettre une infraction, ni utilisation d'un procédé déloyal par l'employeur"*. Le raisonnement est solide.

Une exigence procédurale légale. La Cour de cassation ne l'entend pas de la même façon et casse la décision de la cour d'appel en considérant surtout le caractère clandestin du contrôle effectué par l'employeur : *"si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre, déloyal [...]. L'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu"*. La décision est rendue au visa de l'article 9 du Code de procédure civile : *"il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention"*. Les procédés frauduleux, destinés à tromper autrui ou à lui porter préjudice en utilisant la ruse, la clandestinité ou autre... ne peuvent pas produire de preuves admissibles en justice.

Une exigence jurisprudentielle constante. La solution n'est pas nouvelle. La Cour de cassation insiste sur l'exigence de loyauté en matière de preuve depuis 1991 : *"la loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute"* (Cass. soc. 16 janvier 1991, n° 89-41.052, publié N° Lexbase : A9408AAP). La formulation de l'arrêt rendu le 4 juillet dernier rappelle, par ailleurs, celle du fameux arrêt "Néocel" rendu le 20 novembre 1991 : *"si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite"* (1). Plus récemment, en 2008, deux affaires ont également conduit à la condamnation d'employeurs insuffisamment informés des exigences du droit de la preuve... deux arrêts expliqués ensemble dans un commentaire célèbre du Doyen Philippe Waquet : *"halte aux stratagèmes!"* (2).

Dans l'un, un employeur souhaitait confondre l'un de ses salariés qui travaillait, en partie sur son temps rémunéré, dans un restaurant exploité par son épouse. Pour établir la faute (abandon de poste), il avait demandé à plusieurs cadres de l'entreprise de se rendre dans ledit restaurant en s'y comportant comme de simples clients et de témoigner par la suite de ce qu'ils y avaient vu (Cass. soc. 18 mars 2008, n° 06-45.093, FS-P+B N° Lexbase : A4784D7C). Dans l'autre, l'employeur cherchait à établir qu'une vendeuse procédait à des détournements d'espèces. Il avait fait appel à un huissier, lequel avait demandé à des tiers d'effectuer des achats en espèces, de façon à pouvoir constater en fin de journée que des fonds manquaient dans la caisse. Dans tous les cas, la Cour de cassation sanctionne les preuves obtenues par stratagème, aucune conséquence juridique ne pouvant en être tirée. Dans l'arrêt du 4 juillet 2012, elle affirme spécialement que l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème, une ruse destinée à tromper ou piéger l'adversaire, rendant illicite le moyen de preuve obtenu.

II — Les caractéristiques de la preuve loyale

Transparence. C'est la première règle d'or à respecter pour que la preuve de l'employeur contre le salarié soit loyale (3). L'affirmation revient comme une constante dans tous les arrêts où l'employeur se retrouve pris à son propre piège : les preuves résultant de contrôles opérés à l'insu des salariés ne peuvent produire aucun effet juridique, indépendamment de la réalité des fautes dont le salarié a pu se rendre coupable. L'on pourra objecter que cette exigence de transparence, qui implique que le salarié soit au courant des procédés de surveillance utilisés par l'employeur (C. trav., art. L. 1222-4 N° Lexbase : L0814H9Z), rend difficile si ce n'est impossible le "flagrant délit". L'on rétorquera que la transparence a moins pour but de piéger le salarié que de lui éviter de commettre des fautes. Sa fonction est préventive, en plus de s'inscrire dans le respect des droits de la personne. Elle signifie simplement

que la surveillance des salariés doit se faire ouvertement. L'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel de La Poste est illicite parce qu'elle ne répond pas à ce premier critère de transparence.

Information et consultation. La jurisprudence "Néocel" condamnant les procédés de surveillance réalisés à l'insu des salariés a été traduite dans la loi par diverses obligations d'information et de consultation à la charge de l'entreprise (loi du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au travail à temps partiel et à l'assurance-chômage N° Lexbase : L0944AIS). La mise en place de tout procédé de surveillance doit être soumise à la consultation préalable du comité d'entreprise (4), également à une information individuelle des salariés concernés (5). Le cas échéant, le CHSCT pourra être consulté, certains modes de surveillance pouvant se révéler "stressants" pour les salariés (6). Enfin, pour les procédés de surveillance donnant lieu à un traitement de données à caractère personnel, l'employeur sera tenu d'en faire déclaration à la CNIL et de respecter les formalités prévues par la loi "informatique et libertés" (7).

Aucune de ces obligations n'est évidemment évoquée dans l'arrêt, le procédé de contrôle utilisé pour confondre la salariée de La Poste y apparaissant comme un dispositif de contrôle clandestin (probablement voulu comme tel). La question qui se pose est cependant de savoir si la solution des juges eût été la même si, au lieu de jouer la surprise, l'employeur eût préféré la transparence vis à vis des salariés et de leurs représentants et inscrit, par exemple dans un règlement intérieur (qui est le document idoine pour accueillir ce genre de dispositions) qu'en cas de spoliations de courriers répétées dans un centre de tri donné, des contrôles intempestifs pourraient y être opérés par le biais de lettres festives... Gageons que oui.

Nécessité. Espérons surtout que La Poste corrigera rapidement ce qui, vu de loin, apparaît comme une importante faille dans son droit disciplinaire. Car l'objectif poursuivi par l'employeur était en l'occurrence parfaitement louable. Les juges de Chambéry ont eu raison de souligner que "*la SA La Poste a agi non pour la sauvegarde de ses intérêts propres, mais pour des motifs impérieux d'intérêt public en vue de faire cesser des agissements répréhensibles pénalement sanctionnés*" (violation du secret des correspondances privées) (8). La Poste, chargée d'une mission de service public, est tenue de garantir aux usagers le secret et l'intégrité des correspondances confiées, et de mettre fin le plus rapidement possible aux agissements frauduleux observés ou suspectés. Les lettres festives n'ont pas pour but de collecter des informations sur les salariés ou de les pousser à la faute. Elles constituent un procédé de contrôle relativement neutre, presque "sympathique" au regard d'autres procédés de surveillance mis en œuvre aujourd'hui dans les entreprises (vidéosurveillance, géolocalisation, logiciel "surveillermonsalarié.com"...) ayant pour seul objectif de rapporter la preuve de faits avérés, ou plus exactement de retrouver l'auteur de faits que l'on peut considérer inadmissibles dans un service public comme celui-là. Le contrôle est donc nécessaire. Encore faut-il et enfin qu'il soit proportionné à l'objectif.

Proportionnalité. Les procédés de surveillance utilisés par l'employeur, dans la mesure où ils sont susceptibles de porter atteinte aux libertés individuelles des salariés, doivent non seulement être justifiés par la nature de la tâche à accomplir, mais ils doivent en outre être proportionnés au but recherché par l'employeur (C. trav., art. L. 1121-1 N° Lexbase : L0670H9P). Les restrictions apportées par les dispositifs de surveillance aux droits et libertés des personnes doivent par conséquent être correctement "dosées", ce qui interdit toute systématisation ou généralisation.

(1) Cass. soc. 20 novembre 1991, n° 88-43.120, inédit (N° Lexbase : A9301AAQ) ; Dr. soc., 1992, p. 28, rapport Ph. Waquet.

(2) SSL, n° 1348, 7 avril 2008, p. 5.

(3) L. Casaux-Labrunée, *Vie privée des salariés et vie de l'entreprise*, Dr. soc., 2012, p. 334 s..

(4) "*Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés*" (C. trav., art. L. 2323-32, alinéa 3 N° Lexbase : L2810H9X) ; "*le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail*" (C. trav., art. L. 2323-13 N° Lexbase : L2755H9W).

(5) "*Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance*" (C. trav., art. L. 1222-4 N° Lexbase : L4383DLW).

(6) "*Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées*

ou non à la rémunération du travail" (C. trav., art. L. 4612-8 N° Lexbase : L1754H9T).

(7) *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, Rapport CNIL, édition 2004 ; Guide pratique de la CNIL pour les employeurs et les salariés, édition 2010.

(8) C. pén., art. 226-15 (N° Lexbase : L3257IQP).

Décision

Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, FS-P+B (N° Lexbase : A4789IQG)

Cassation, CA Chambéry, 15 mars 2011, n° 09/00 221 (N° Lexbase : A9456HBT)

Texte visé : C. proc. civ., art. 9 (N° Lexbase : L1123H4D)

Mots-clés : licenciement, cause réelle et sérieuse, exigence de preuve loyale, pouvoir de contrôle de l'employeur, refus des stratagèmes.

Liens base : (N° Lexbase : E2767ETN)

Revue

09

Lexbase Hebdo édition sociale n°495 du 26 juillet 2012

[Contrat de travail] Jurisprudence

La distinction entre clause de mobilité et clause de mission

N° Lexbase: N3206BTW



par Sébastien Tournaux, Professeur à l'Université des Antilles et de la Guyane

Réf.: Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-30.219, FS-P+B (N° Lexbase : A7955IQP)

On résume souvent la question de la mobilité du salarié à la classification tripartite entre lieu de travail mentionné par le contrat de travail et n'ayant qu'un simple caractère informatif, zone géographique de travail dans laquelle l'employeur peut librement modifier le lieu de travail et clause de mobilité permettant d'étendre cette zone de liberté offerte à l'employeur. Cette présentation fait cependant peu de cas d'un autre type de mobilité devenu plus fréquent avec l'évolution des moyens de communication et de transport, la mobilité temporaire, le déplacement provisoire d'un salarié. Le plus souvent, ces missions temporaires sont imposées au salarié de manière occasionnelle voire exceptionnelle, en dehors de toute prévision contractuelle. Cependant, lorsqu'une telle mobilité est consubstantielle aux fonctions exercées par le salarié, il peut paraître utile d'en déterminer les conditions par stipulation contractuelle. C'est à propos de telles stipulations qu'était amenée à se prononcer la Chambre sociale de la Cour de cassation par un arrêt rendu le 11 juillet 2012. Elle juge que ces "clauses de mission" ne doivent pas être confondues avec des clauses de mobilité (I) mais reste un peu trop évasive sur les conditions de validité que ces clauses de mission doivent alors respecter (II).

Résumé

Ne répond pas aux conditions de validité d'une clause de mobilité la clause du contrat de travail prévoyant le déplacement du salarié en mission dans le cadre habituel de son activité de consultant international.

Commentaire

I — La distinction entre clause de mobilité et "clause de mission"

– Les différents types de mobilités du salarié

Depuis 2003, la zone géographique dans laquelle se situe le lieu de travail du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord. En effet, si l'employeur peut librement modifier le lieu de travail du salarié dans les limites de cette zone géographique (1), il ne peut en principe imposer au salarié un lieu de travail hors de cette zone qu'à la condition qu'une clause de mobilité ait expressément et précisément prévu cette éventualité (2).

Cette présentation rapide est cependant trop imprécise. En effet, la mobilité du salarié hors de la zone géographique déterminée par le contrat peut être de deux natures : elle peut être définitive ou temporaire.

Lorsque cette mobilité est définitive, le salarié est affecté de manière pérenne à un nouveau lieu de travail qui avait été envisagé par le contrat de travail. La clause de mobilité du contrat doit avoir prévu de manière précise les limites dans lesquelles la mobilité peut intervenir (3) et ne peut impliquer un changement d'employeur (4). Lorsque la mobilité est temporaire, elle est qualifiée de mission : pour un temps plus ou moins long, le salarié va voir son lieu de travail modifié avant de retrouver son affectation d'origine.

– Les conditions de l'envoi du salarié en mission

Jusqu'à 2003, cette forme de mobilité a fait l'objet d'un encadrement peu précis, la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant principalement égard aux termes du contrat ou aux fonctions spécifiques du salarié envoyé en mission (5).

A partir de 2003 se sont affirmés plusieurs critères permettant d'exclure l'envoi d'un salarié en mission du régime de la modification du contrat de travail (6). Ainsi, ne constitue qu'un simple changement des conditions de travail, qui ne requiert pas l'accord du salarié, le déplacement "*occasionnel*", à condition que la mission soit "*justifiée par l'intérêt de l'entreprise*" et que "*la spécificité des fonctions exercées par le salarié*" implique un besoin de mobilité (7).

Par un arrêt rendu le 3 février 2010, la Chambre sociale statuait à nouveau sur le régime de l'envoi du salarié en mission, ouvrant la possibilité d'une telle mobilité temporaire en cas de "*circonstances exceptionnelles*" à la condition toujours que cette mutation soit justifiée par l'intérêt de l'entreprise mais également que le salarié ait bénéficié d'un délai de prévenance ainsi que d'une information sur la durée prévisible de la mobilité (8). Cette décision évinçant ou oubliant la référence aux fonctions du salarié (9), plusieurs auteurs s'étaient interrogés sur la persistance de ce critère si bien qu'une nouvelle décision permettant d'obtenir quelques éclaircissements sur la question était attendue (10). En outre, dans l'immense majorité des situations exposées, le salarié était envoyé en mission sans que le contrat de travail n'ait prévu cette éventualité. Convient-il, dès lors, d'adopter une position différente lorsque les déplacements temporaires ont été contractualisés (11) ?

– L'espèce

Un salarié, engagé en 2001 en qualité de directeur technique, avait conclu un contrat de travail comportant des clauses détaillées relatives à son lieu de travail. Ainsi était-il prévu que le salarié pourrait être amené à "*assurer des missions à l'extérieur de l'entreprise [...] en France ou hors de France pour une durée plus ou moins longue*". L'acte stipulait encore que "*l'employeur et le salarié reconnaissent expressément que la mobilité du salarié dans l'exercice de ses fonctions constitue une condition substantielle du présent contrat*". Malgré ces clauses, le salarié refusa en 2006 de se rendre à une réunion tenue à Alger, motif pris par l'employeur pour le licencier pour faute grave. Les juges du fond estimèrent que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse parce que la clause du contrat de travail relative à la mobilité ne déterminait pas de manière suffisamment précise la zone géographique dans laquelle la mobilité pouvait intervenir. La clause de mobilité n'étant pas valable, l'employeur ne pouvait imposer au salarié une mobilité, fût-elle temporaire. Cette décision fit l'objet d'un pourvoi en cassation, la question posée à la Chambre sociale étant finalement celle de l'applicabilité des conditions de validité de la clause de mobilité définitive à la clause de mobilité temporaire ou clause de mission.

Par une décision rendue le 11 juillet 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation casse la décision des juges d'appel au visa des articles 1129 (N° Lexbase : L1229AB7) et 1134 (N° Lexbase : L1234ABC) du Code civil et de l'article L. 1221-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0767H9B). Elle considère, en effet, que les juges du fond ont statué par des motifs inopérants tirés des conditions de validité d'une clause de mobilité "*alors qu'il résultait*

de ses constatations que le déplacement refusé par le salarié s'inscrivait dans le cadre habituel de son activité de consultant internationale". Si, ce faisant, la Chambre sociale exclut nettement que les conditions de validité de la clause de mobilité soient exigées pour une clause de mission, elle reste, en revanche, bien plus imprécise quant aux conditions de validité de telles clauses.

II — Clause de mission : quelles conditions de validité ?

– L'évincement des conditions de validité de la clause de mobilité

C'est donc le premier enseignement à retirer de cette décision : les conditions de la clause de validité ne sont pas applicables aux clauses prévoyant des déplacements temporaires.

Cela exclut donc, d'abord, la règle désormais classique selon laquelle la clause de mobilité doit "*définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée*" (12). La clause prévoyant des déplacements temporaires du salarié n'a pas à déterminer précisément les lieux où ces missions pourront intervenir. De prime abord, l'évincement de cette précision peut surprendre. En effet, lorsqu'une telle clause est convenue entre les parties, c'est précisément que les déplacements temporaires relèvent de l'activité même du salarié. Il ne s'agit plus d'un déplacement "occasionnel" ou "exceptionnel". Etant habituels, ces déplacements peuvent donc probablement être anticipés, on sait que l'entreprise a des clients à tel ou tel endroit et l'on peut dans ces conditions prévoir où le salarié sera principalement envoyé en mission. Cette présentation n'est cependant qu'en partie réaliste car, si les lieux dans lesquels le salarié peut être amené à se déplacer peuvent être déterminés à un moment donné, il est beaucoup plus délicat d'anticiper sur le futur. La clientèle et les zones d'activité de l'employeur peuvent évoluer et, avec elles, les lieux de mission.

Cela devrait exclure, ensuite, la règle selon laquelle une clause de mobilité ne peut impliquer un changement d'employeur et, par voie de conséquence, ne peut imposer au salarié d'être muté dans une autre société du groupe auquel appartient son employeur par exemple (13). Si cette condition ne faisait pas l'objet des débats, on peut cependant supposer que la Chambre sociale écarte de manière générale l'ensemble des conditions applicables à la clause de mobilité. Refuser la mobilité temporaire entre sociétés d'un même groupe reviendrait en tout état de cause à interdire de fait la mise à disposition temporaire de salariés entre sociétés d'un même groupe, détachement dont on sait qu'il est aujourd'hui relativement fréquent (14).

– Quelles conditions de validité pour la clause de mission ?

L'absence de confusion des conditions de validité des clauses de mobilité et des clauses de mission n'implique pas pour autant que cette dernière ne doive pas comporter de caractéristiques particulières suffisamment précises. C'est là tout le sens que l'on peut tirer du visa de l'article 1129 du Code civil qui, rappelons-le, dispose qu'il "*faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée*". Comme toute clause d'un contrat demeurant soumis au droit commun des contrats, l'objet de l'obligation doit être déterminé. La Chambre sociale ne prescrit cependant aucune autre condition de validité de la clause de mission.

On attendait le retour du critère lié aux fonctions du salarié, lesquelles peuvent justifier, avec l'intérêt de l'entreprise et le caractère occasionnel des missions, le recours à de tels déplacements temporaires en dehors de toute clause contractuelle. La Chambre sociale ne se prononce pas directement sur cette question et n'en fait pas clairement une condition de validité de la clause de mission. Elle semble davantage s'intéresser à la qualification de la clause : s'agissant d'un salarié tenu à une activité habituelle de consultant international, la clause contractuelle ne pouvait être une simple clause de mobilité mais seulement une clause de mission. Est-ce à dire que le caractère habituel des déplacements, inhérents aux fonctions du salarié, est une condition de validité de la clause ou, simplement, une condition de sa qualification ? On peut raisonnablement l'envisager comme condition de validité puisque la référence au cadre "habituel" dans lequel s'inscrivaient ces déplacements contraste avec le caractère "occasionnel" que devaient revêtir les déplacements temporaires non prévus par le contrat.

A cette exception, la Chambre sociale laisse en réalité les juges de renvoi relativement libres d'analyser la validité de la clause de mission, le visa de l'article 1129 pouvant être lu par les conseils des parties comme une incitation à attaquer ou à défendre le caractère suffisamment déterminé de ladite clause. Quelles conditions pourraient ainsi lui être imposées ?

Pour que la clause paraisse suffisamment déterminée, il faudrait probablement que le salarié ait, au moment de la conclusion du contrat, une idée de la fréquence avec laquelle il pourra être amené à se déplacer. Des temps minimum de sédentarité, nécessaires au repos et au maintien d'une vie personnelle et familiale normale, pourraient ainsi être imposés.

Comme la Chambre sociale l'avait exigé pour les missions occasionnelles, il paraît encore indispensable que la clause de mission envisage les modalités matérielles du déplacement, la prise en charge des frais bien sûr, mais aussi l'information suffisamment précoce et précise quant à la durée des missions par exemple. Cette question de la durée de la mission devrait sûrement être davantage surveillée tant certaines missions temporaires paraissent clairement perdre ce caractère après quelques années (15).

Finalement, la clause de mission devrait prévoir la fréquence et la durée maximales des déplacements et préciser les conditions dans lesquelles le salarié est informé des modalités de cette mobilité. Voilà qui permettrait, probablement, de répondre aux exigences posées par l'article 1129 du Code civil.

(1) Des limites pourraient toutefois être posées, comme cela fut le cas pour le changement des horaires de travail, en cas d'"atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos", v. Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14.702, FS-P+B (N° Lexbase : A5255HZN) et les obs. de G. Auzero, *La modification de la répartition des horaires de travail ne doit pas porter une atteinte excessive aux droits fondamentaux du salarié*, Lexbase Hebdo n° 462 du 16 novembre 2011 — édition sociale (N° Lexbase : N8736BSD); SSL, 2011, 1513, obs. A. Marcon; RDT, 2012, p. 31 et nos obs..

(2) Sur le lieu de travail d'une manière générale, v. M. Del Sol, *Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail*, JCP éd. S, 2009, n° 36, p. 7.

(3) Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, FS-P+B (N° Lexbase : A9457DPX) et les obs. de G. Auzero, *La clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application*, Lexbase Hebdo n° 221 du 28 juin 2006 — édition sociale (N° Lexbase : N0070AL8); Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-45.396, F-P+B (N° Lexbase : A4407DQB) et les obs. de S. Tournaux, *La précision de la zone géographique de la clause de mobilité : principe et sanction*, Lexbase Hebdo n° 227 du 14 septembre 2006 — édition sociale (N° Lexbase : N2633AL4); Cass. soc., 17 juillet 2007, n° 05-45.892, F-D (N° Lexbase : A4582DXY) et les obs. de G. Auzero, *Bref retour sur les conditions de validité des clauses de mobilité géographique*, Lexbase Hebdo n° 271 du 6 septembre 2007 — édition sociale (N° Lexbase : N1835BCX).

(4) Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 07 44.200, FS P+B+R (N° Lexbase : A3386ELY) et les obs. de Ch. Radé, *Nullité des clauses de mobilité au sein d'un groupe ou d'une UES : une jurisprudence excessive*, Lexbase Hebdo n° 366 du 8 octobre 2009 — édition sociale (N° Lexbase : N0795BME).

(5) Rappelant cette jurisprudence, v. Ch. Radé, *Le droit d'envoyer le salarié en mission sous étroite surveillance*, Lexbase Hebdo n° 383 du 18 février 2010 — édition sociale (N° Lexbase : N2330BNM), obs. sous Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-41.412, FP-P+B+R (N° Lexbase : A6063ERY).

(6) V. notamment Cass. soc., 22 janvier 2003, n° 00-43.826, FP-P+B+R+I (N° Lexbase : A7010A4E) et les obs. de Ch. Figerou, *La mobilité avec clause : l'article 1134 du Code civil sur le devant de la scène*, Lexbase Hebdo n° 57 du 7 février 2003 — édition sociale (N° Lexbase : N5778AAA); Dr. soc., 2003, p. 433, obs. J. Savatier; SSL, 2003, n° 1107, avis J. Duplat.

(7) V. déjà les références aux fonctions du salarié (Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-41.154, publié (N° Lexbase : A4790AGI) ou au caractère ponctuel de la mission (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44.851, publié (N° Lexbase : A6364AGS) dans la jurisprudence antérieure.

(8) Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-41.412, FP-P+B+R (N° Lexbase : A6063ERY) et les obs. de Ch. Radé, *Le droit d'envoyer le salarié en mission sous étroite surveillance*, Lexbase Hebdo n° 383 du 18 février 2010 — édition sociale (N° Lexbase : N2330BNM); SSL, 2010, 1460 et 1461, note A. Gardin; RDT, 2010, p. 226, obs. J.— Y. Frouin.

(9) Les fonctions d'employée de cafétéria de la salariée ne pouvaient justifier une telle mobilité dans l'affaire en cause.

(10) Notamment Ch. Radé et A. Gardin sous Cass. soc., 3 février 2010, préc..

(11) V. déjà l'importance accordée aux clauses de déplacement temporaires stipulées par contrat de travail dès 2000, Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44.851, publié (N° Lexbase : A6364AGS), Dr. soc., 2000, p. 651, obs. J. Mouly.

(12) V. jurisprudence précitée, note n° 3.

(13) Cass. soc., 23 septembre 2009, préc..

(14) B. Boubli, *Le recours à la main-d'œuvre extérieure*, Dr. soc., 2009, p. 806, spéc. p. 808.

(15) Par ex. s'agissant de missions encadrées par la Convention "Syntec" (N° Lexbase : [L3295IND](#)), v. Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 08-70.091, F-P+B (N° Lexbase : [A2169GAL](#)); JCP éd. S, 2010, 1539, obs. A. Martinon.

Décision

Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-30.219, FS-P+B (N° Lexbase : [A7955IQP](#))

Cassation, CA Paris, Pôle 6, 9ème ch., 25 novembre 2009, n° 08/01 107 (N° Lexbase : [A6585EPL](#))

Textes visés : C. civ., art 1129 (N° Lexbase : [L1229AB7](#)) et 1134 (N° Lexbase : [L1234ABC](#)), C. trav. art. L. 1221-1 (N° Lexbase : [L0767H9B](#))

Mots-clés : mission temporaire, clause contractuelle, conditions de validité

Liens base : (N° Lexbase : [E4493ETL](#))

Revue

10

Lexbase La lettre juridique n°493 du 12 juillet 2012

[Domaine public] Jurisprudence

La "taxe trottoir" imposée à certains commerçants utilisant momentanément le domaine public d'une commune est illégale

N° Lexbase: N2805BT3



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Réf.: CAA Marseille, 7ème ch., 26 juin 2012, n° 11MA01 675, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A9703IP3)

La cour administrative d'appel de Marseille conclut à l'illégalité de la "taxe trottoir" visant les commerçants ou les établissements bancaires dans un arrêt rendu le 26 juin 2012, énonçant que "l'utilisation d'une dépendance du domaine public d'une personne publique dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage qui appartient à tous ne nécessite la délivrance d'aucune autorisation et ne donne pas lieu à assujettissement au paiement d'une redevance au titre de cette utilisation". Depuis le début de l'année 2011, une municipalité du sud de la France avait imposé aux commerces dont les clients stationnent dans la rue une "redevance d'utilisation du domaine public" visant les commerces qui "ont besoin du domaine public pour effectuer leur vente", principalement les snacks disposant d'un comptoir donnant directement sur la rue et les banques équipées de distributeurs. Elle excluait, toutefois, les commerces procédant à la vente ou à la location de services ou biens culturels (cinéma, distributeurs automatiques de supports vidéo, etc.). La mairie a annoncé son intention de se pourvoir en cassation, indiquant que la portion du trottoir sur laquelle les clients attendent d'être servis (ou attendent pour retirer de l'argent) est soustraite à la circulation des piétons. Selon elle, les commerçants tirent donc bien avantage du domaine public "en utilisant ce dernier de façon habituelle, comme espace de clientèle". Le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif de l'arrêt de la cour administrative d'appel, la mairie a indiqué étudier la possibilité d'obtenir un sursis à exécution.

L'instauration de cette taxe était intervenue après une délibération du conseil municipal, comme la jurisprudence en a réitéré l'obligation (CE S., 27 juillet 1984, n° 34 860, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A2868ALS), et

selon des modes de calcul différenciés de manière à prendre en compte l'usage fait du domaine public et la nature des commerces exercés comme la personne publique en a l'obligation (CE 9° et 8° s-s-r., 7 mai 1980, n° 05 969, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A5052B7A, CE, 10 février 1978, n° 7652, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A3255AIE). L'assemblée délibérante avait fixé le tarif de cette redevance à 1 500 euros par an pour les distributeurs de billets et distributeurs de toute autre nature. S'agissant des commerces dont les vitrines ou les comptoirs ouvrent sur le domaine public, le tarif avait été fixé à 130 euros par mètre linéaire et par mois. Au total, une cinquantaine d'établissements était concernée, ce qui devait rapporter entre 90 000 et 100 000 euros par an à la municipalité. Le jugement attaqué (TA Nîmes, 3 mars 2011, n° 1 002 678 N° Lexbase : A3816HNN) avait rejeté les demandes tendant à l'annulation de la délibération, se fondant sur le Code général de la propriété des personnes publiques, pour relever que le temps de présence sur le trottoir avait *"un caractère momentané"*, *"ne dépassant pas le droit d'usage reconnu à tous"*.

I - La décision contraire de la cour administrative d'appel a bien évidemment soulevé l'ire des commerçants concernés et provoqué de multiples réactions médiatiques. L'on peut, cependant, penser que celles-ci n'étaient pas totalement justifiées car l'utilisation privative du domaine public n'est pas un droit, celui-ci supposant, en effet, des coûts de réalisation, d'aménagement, d'entretien et de surveillance (CE, Ass., 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens). En outre, les trottoirs des communes font partie du domaine public routier des communes depuis plus d'un siècle (CE, 28 janvier 1910, Robert ; CE, 14 mars 1975, Chatard). Par ailleurs, l'administration a une totale liberté d'appréciation pour décider ou refuser l'octroi d'une autorisation d'occuper le domaine public, même si elle a l'obligation de motiver son refus (CAA Bordeaux, 6ème ch., 27 octobre 2009, n° 09BX00 027, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A5914HMY) et de ne pas contrevenir directement au droit de la concurrence ou indirectement en mettant un opérateur économique dans une situation contraire aux exigences de la concurrence (CE 2° et 7° s-s-r., 23 mai 2012, n° 348 909, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A0935IML) et de toujours agir dans un but d'intérêt général (CAA Paris, 1ère ch., 11 avril 2006, n° 02PA03 952, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A2998DPQ).

L'occupation du domaine public constitue, en effet, une ressource rare, pour laquelle les opérateurs économiques intervenant sur un marché concurrentiel sont prêts à entrer en compétition car elle devient un avantage économique pour celui qui en bénéficie, comme en témoigne la bataille autour du contrat confiant l'exploitation des équipements sportifs du stade Jean Bouin (CE, S, 3 décembre 2010, n° 338 272 et n° 338 527, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A4439GMD). La situation de l'occupant domanial reste précaire sur le domaine public (CE 3° et 8° s-s-r., 5 février 2009, n° 305 021, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A9334ECP), et le paiement d'une redevance d'occupation domaniale tient clairement compte de la situation économique de l'occupant et, précisément, des avantages comme des désavantages de toutes natures qui lui sont procurés (CE 1° et 4° s-s-r., 10 février 1978, n° 07 652, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A7015B7X ; CE 2° et 7° s-s-r., 7 octobre 2009, n° 309 499, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A8618ELR ; CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 293 229, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A4716DXX ; CE 3° et 8° s-s-r., 11 octobre 2004, n° 254 236, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A5895DDP), comme l'imposent les articles L. 2125-1 (N° Lexbase : L1665IPD) et L. 2125-3 (N° Lexbase : L4561IQY) du Code général de la propriété des personnes publiques.

Ce critère peut être complété, le cas échéant, par la prise en compte de la valeur locative de propriétés privées comparables à cette dépendance. Il faut donc que la fixation du montant d'une redevance tienne compte d'éléments concrets relatifs aux conditions d'exploitation et de rentabilité de la concession d'occupation, au chiffre d'affaires qu'elle produit pour l'occupant et à la possibilité, pour lui, de jouir de manière purement privative d'une partie du domaine public. En conséquence, si le conseil municipal peut déterminer des catégories d'occupation afin de fixer une grille tarifaire pour les redevances de voirie, ces catégories doivent être suffisamment précises, faute de quoi les tarifs pourront être contestés comme ne correspondant pas aux avantages de toute nature procurés à la catégorie correspondante d'occupants du domaine public.

Par ailleurs, historiquement, le domaine public reste le siège ou le support de nombreuses missions de service public (CE, S., 29 janvier 1932, n° 99 532, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A9585B8I ; CE, S., 5 mai 1944, n° 66 679, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A3590B74). C'est donc logiquement que la privatisation de l'espace public a un prix qui s'incarne dans une redevance fixée par le propriétaire du dit domaine, même si l'article L. 2125-1 précité n'interdit pas à une collectivité d'exiger de l'utilisateur du domaine public le paiement d'une redevance du fait de cette utilisation, même si ce dernier est dépourvu de titre (CAA Marseille, 10 janvier 2011, n° 08MA05 219 N° Lexbase : A2914HRD ; CE 9° et 10° s-s-r., 16 mai 2011, n° 317 675, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A0301HSX). L'article L. 2125-1, alinéa 2, du Code général de la propriété des personnes publiques dispose, en effet, que *"l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut en effet être délivrée gratuitement [...] soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous [...] soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même"*.

A ces deux exceptions, l'article L. 2125-2 du même code (N° Lexbase : L2910IQT) en ajoute une troisième, en dispensant les communes et leurs groupements qui gèrent eux-mêmes leur service d'eau potable ou d'assainissement du paiement de toute redevance, dans l'hypothèse où leurs canalisations ou réservoirs occuperaient le domaine public de l'Etat. Enfin, l'affaire dite "des radars automatiques" (CE 3° et 8° s-s-r., 31 octobre 2007, n° 306 338, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A2028DZ7), dans laquelle certains départements réclamaient à l'Etat le paiement d'une redevance pour l'occupation de leur domaine public routier par des installations de contrôle de vitesse, a généré une quatrième exception. Depuis 2009, le titre d'occupation peut aussi être "*délivré gratuitement aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général*". Précisions, toutefois, que la mise à disposition gratuite des dépendances du domaine public communal en vue de l'organisation d'une manifestation ponctuelle est illégale, au motif que cet avantage n'était pas justifié par un intérêt communal (CAA Marseille, 6 décembre 2004, n° 00MA02 638, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A1520DGE).

II - En l'espèce, la redevance litigieuse excluait expressément les personnes titulaires d'une autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public. Toutefois, et c'est bien là ce qui faisait débat en l'espèce, l'on n'était pas en présence d'une installation sur le domaine public lui-même, mais d'une simple "utilisation" de ce domaine, prenant la forme d'un stationnement de la clientèle sur le trottoir. Or, ces files d'attente peuvent empêcher la circulation normale des piétons tout en permettant aux commerçants de réaliser, ainsi, leur chiffre d'affaires. Les premiers juges l'avaient d'ailleurs relevé : "*les personnes qui ne peuvent exercer leur activité lucrative et réaliser les opérations matérielles de vente ou de transactions que parce que leur clientèle stationne temporairement sur la voie publique devant leur établissement, doivent être regardées comme utilisant, pour elles-mêmes, le domaine public*". L'on peut souligner que d'autres juridictions avaient adopté une position différente, tel le tribunal administratif de Grenoble qui avait estimé que la ville d'Annecy ne pouvait instituer un droit de voirie du fait de l'installation de distributeurs automatiques de billets, ce jugement statuant, toutefois, sur une décision rendue avant l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques (TA Grenoble, 15 décembre 2009, n° 0 703 737 N° Lexbase : A7044ERC). La Haute juridiction avait elle-même considéré, à propos de fabricants de pizzas ambulants, que "*le versement d'un droit de stationnement ne peut être exigé des professionnels ambulants circulant sur les voies publiques en quête d'acheteurs lorsqu'ils se bornent à s'arrêter momentanément pour conclure une vente*" (CE 3° et 5° s-s-r., 15 mars 1996, n° 133 080, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A8080ANL).

Lors de l'audience du 29 mai 2012, le rapporteur public avait estimé illégale cette taxe en faisant valoir, notamment, que les commerces n'avaient pas demandé l'autorisation d'occuper le domaine public, en retour de quoi une redevance aurait pu leur être demandée. En outre, leur clientèle n'est pas à l'origine d'un stationnement prolongé sur la voie publique, avait-il ajouté. La cour administrative d'appel va suivre ses préconisations. Elle énonce que "*l'utilisation, le temps d'une transaction, de la dépendance du domaine public de la commune [...] présente un caractère momentané [et] ne dépasse pas le droit d'usage qui appartient à tous et ne requiert pas ainsi la délivrance par la commune d'une autorisation*". Elle en conclut que, "*s'il est constant que ladite utilisation du domaine public communal concourt à l'exercice par les établissements concernés d'une partie de leurs activités commerciales et économiques, elle ne peut, toutefois, donner lieu à l'assujettissement desdits établissements au paiement d'une redevance d'utilisation du domaine public*".

Les communes tentées d'instaurer le même type de taxe se heurteront, toutefois, à la question du champ d'application de ce type de redevance. Le tribunal administratif avait estimé qu'elle pouvait s'appliquer "*aux personnes qui ne peuvent exercer leur activité lucrative et réaliser des opérations matérielles de vente ou de transaction que parce que leur clientèle stationne temporairement sur la voie publique devant leur établissement*". Pourraient donc être concernés tous les commerçants, les cinémas, théâtre et autres lieux de spectacle vivant, mais aussi les magasins vendant des biens culturels à l'occasion de la venue d'une célébrité provoquant un attroupement. L'on pourra objecter que les enseignes commerciales ayant une vitrine donnant sur le domaine public ne saurait, en effet, être regardée comme équivalente à celle des commerces ne pouvant réaliser leurs transactions qu'en utilisant le domaine public. En effet, les clients des premières achètent à l'intérieur du magasin les objets exposés en vitrine, ce qui n'est pas le cas des commerçants concernés par la délibération en litige, qui ne possèdent pas de locaux destinés à l'accueil du public et à la vente. Il n'est donc pas certain que, malgré le mouvement de valorisation financière des usages du domaine public en cours depuis quelques années, cette "taxe trottoir" se généralise. L'avenir sera riche d'enseignements en la matière, la ville d'Angers venant d'adopter le principe de cette redevance, avec une application prévue dans le centre-ville dès le 1er janvier 2013.

Revue

11

Lexbase Hebdo édition publique n°255 du 19 juillet 2012

[Urbanisme] Jurisprudence

De la nécessité d'un permis de construire pour l'implantation d'une antenne relais

N° Lexbase: N3004BTG



par Vincent Corneloup, docteur en droit, avocat associé, spécialiste en droit public, DSC Avocats

Réf.: CE 1° et 6° s-s-r., 20 juin 2012, n° 344 646 (N° Lexbase : A9101IQ7)

En quelques mois, de nombreuses décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits sont intervenues à propos de l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile. En effet, ces dernières donnent lieu à un contentieux de plus en plus important, symptôme de l'inquiétude croissante de la population quant aux risques éventuels causés par ces installations sur le plan sanitaire. Dans trois arrêts d'Assemblée du 26 octobre 2011 (CE Ass., 26 octobre 2011, publiés au recueil Lebon, n° 326 492 N° Lexbase : A0172HZE, n° 329 904 N° Lexbase : A0173HZG, et n° 341 767 N° Lexbase : A0174HZH), le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel le maire est incompétent pour réglementer de manière générale l'implantation des antennes relais sur le territoire de sa commune au nom du principe de précaution. C'est, en effet, au ministre chargé des Communications électroniques, à l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) et à l'Agence nationale des fréquences (ANFR), qu'il revient de déterminer les modalités d'implantation des stations radioélectriques, ainsi que les mesures de protection contre les effets des ondes émises.

Par deux arrêts du 30 janvier 2012 (CE 2° et 7° s-s-r., 30 janvier 2012, deux arrêts, publiés au recueil Lebon, n° 344 992 N° Lexbase : A6872IB7 et n° 344 993 N° Lexbase : A6873IB8), le Conseil d'Etat a ensuite jugé qu'il est impossible de refuser la délivrance d'une autorisation d'urbanisme en se fondant sur le principe de précaution (étant rappelé qu'en application de l'arrêt CE 2° et 7° s-s-r., 19 juillet 2010, n° 328 687, publié au recueil Lebon N° Lexbase :

A9950E4B, "Association du quartier les Hauts de Choiseul", le principe de précaution doit obligatoirement être pris en compte lors de la délivrance d'une autorisation d'urbanisme) si aucun élément circonstancié ne fait apparaître "en l'état des connaissances scientifiques, des risques même incertains de nature à justifier un tel refus". Pour sa part, le Tribunal des conflits, dans plusieurs arrêts en date du 14 mai 2012 (T. confl., 14 mai 2012, n° 3844 N° Lexbase : A7290ILL, n° 3846 N° Lexbase : A7291ILM, n° 3848 N° Lexbase : A7292ILN, n° 3850 (N° Lexbase : A7293ILP, n° 3852 N° Lexbase : A7295ILR, et n° 3854 N° Lexbase : A7296ILS) a dit que seul le juge administratif est compétent pour connaître d'une action tendant à obtenir l'interruption de l'émission, l'interdiction de l'implantation, l'enlèvement ou les déplacements d'une antenne relais, régulièrement autorisée, au motif que son fonctionnement peut compromettre la santé des personnes ou provoquer des brouillages.

L'ensemble de ces décisions de principe constitue d'importantes restrictions à l'application du principe de précaution en la matière, puisque le maire ne peut pas utiliser son pouvoir de police générale afin de faire respecter ce principe (arrêts du 26 octobre 2011 précités), et ne peut refuser la délivrance d'une autorisation d'urbanisme en application de ce principe qu'en présence "d'éléments circonstanciés" (arrêts du 30 janvier 2012). Enfin, seul le juge administratif peut connaître des demandes de riverains tendant notamment à l'arrêt de l'émission ou à l'enlèvement de l'antenne relais pour des risques éventuels en matière de santé. Or, à ce jour, si à plusieurs reprises des juges judiciaires ont appliqué le principe de précaution en matière d'émission d'ondes par les réseaux de téléphonie mobile (CA Montpellier, 5ème ch., Sect. A, 15 septembre 2011, n° 10/04 612 N° Lexbase : A9933HX8), jamais un juge administratif n'a encore adopté la même position. La compétence des juridictions administratives paraît donc devoir entraîner au minimum une limitation des cas dans lesquels le principe de précaution sera appliqué à propos des antennes relais.

L'arrêt ici commenté, rendu par le Conseil d'Etat le 20 juin 2012, ne va pas, cette fois-ci, dans le sens des opérateurs de téléphonie mobile, puisqu'il pose l'exigence de l'obtention d'un permis de construire et non d'une seule décision de non-opposition à déclaration préalable pour l'implantation d'une antenne relais "dont la hauteur est supérieure à 12 mètres et dont les installations techniques nécessaires à leur fonctionnement entraînent la création d'une surface hors œuvre brut de plus de 2 m²". Il s'agit là d'une prise de position du Conseil d'Etat attendue (I) à propos de la construction des antennes relais, mais qui peut paraître moins fondamentale que celles spécifiques au principe de précaution. Pourtant, les conséquences de cet arrêt du 20 juin 2012 sont loin d'être négligeables (II).

I — Une prise de position attendue

Depuis plusieurs années, un débat faisait rage, notamment devant les tribunaux administratifs pour savoir si un permis de construire est nécessaire pour l'implantation de la plupart des antennes relais qui ont une hauteur supérieure à 12 mètres et qui entraînent la construction d'une dalle de plus de 2 m² sur laquelle sont placées les installations techniques nécessaires au fonctionnement de ladite antenne.

Certains tribunaux administratifs, comme celui de Nîmes dans l'affaire soumise au Conseil d'Etat (TA Nîmes, 1er octobre 2010, n° 0 902 293 N° Lexbase : A7497IQQ), estimaient qu'une décision de non opposition à déclaration préalable était suffisante. Ainsi, selon les juges nîmois, "il ressort des pièces du dossier que la décision en litige autorise la réalisation d'un pylône arbre de type cyprès de moins de 2 m² de SHOB ainsi que l'installation d'armoires techniques sur une dalle béton de 10,5 m² clôturée [...] à supposer même que la fondation de l'arbre pylône, d'une superficie de 9 m², excèderait le niveau naturel du sol et devrait être regardée comme une dalle d'accès constitutive de SHOB [surface hors œuvre brute], la surface cumulée de cette dalle d'accès au pylône et de la dalle supportant les ouvrages techniques demeurent inférieures à 20 m² [...] les requérants ne sont, par suite, pas fondés à soutenir que les constructions autorisées par l'arrêté en litige relevaient dans leur ensemble du régime des permis de construire".

Selon ces juges, il convenait donc de distinguer, alors même qu'il n'y avait qu'une seule demande d'autorisation, la construction du pylône en lui-même de la construction des armoires techniques liées à ce pylône, ce qui les avait conduit à ne pas appliquer l'article R. 421-9 a) du Code de l'urbanisme (N° Lexbase : L7457HZ9) imposant un permis de construire pour toute construction d'une hauteur supérieure à 12 mètres et créant une SHOB supérieure à 2 m². Ainsi, en l'espèce, ils avaient considéré que les 19,5 m² de SHOB ne devait pas être prise en compte en combinaison avec la hauteur de l'antenne, comme s'il y avait, d'un côté une antenne, et de l'autre des dalles de béton, sans lien entre les deux. Toutefois, de nombreuses prises de position contraires avaient progressivement vu le jour, notamment de la part de tribunaux administratifs. Ainsi, dès 2009, le tribunal administratif de Rouen, dès 2009 (TA Rouen, 23 juillet 2009, n° 0 801 565) a exigé un permis de construire pour l'implantation d'une antenne relais d'une hauteur supérieure à 12 mètres et de plus de 2 m² de SHOB.

Cette position a ensuite été reprise et précisée par le tribunal administratif de Dijon dans un jugement du 7 octobre 2010 (TA Dijon, 7 octobre 2010, n° 0 802 863 N° Lexbase : A8009GCM). Les juges dijonnais avaient indiqué que, dans l'espèce qui leur était soumise, un permis de construire s'imposait non seulement parce que l'antenne était

supérieure à 12 mètres et reposait sur une dalle créant plus de 2 m² de SHOB mais, également, parce que les infrastructures techniques étaient elles-mêmes implantées sur une dalle d'une superficie de 19 m² de SHOB et qu'elles étaient indissociables de l'antenne.

C'est cette dernière position que le Conseil d'Etat a consacré dans son arrêt commenté en date du 20 juin 2012 : *"il résulte de la combinaison des dispositions qui précèdent [C. urba, art. R. 421-1 (N° Lexbase : L7449HZW) et suivants et art. R. 112-2 (N° Lexbase : L5258HN3)] que les antennes relais de téléphonie mobile dont la hauteur est supérieure à 12 mètres et dont les installations techniques nécessaires à leur fonctionnement entraînent la création d'une surface hors œuvre brut de plus de 2 m² n'entrent pas, dès lors qu'elles constituent entre elles un ensemble fonctionnel indissociable, dans le champ des exceptions prévues au a et au c de l'article R 421-9 du Code de l'urbanisme et doivent faire l'objet d'un permis de construire en vertu des articles L. 421-1 (N° Lexbase : L3419HZN) et R. 421-1 (N° Lexbase : L7449HZW) du même code"*.

Ce qui signifie que, de manière désormais certaine, un permis de construire est nécessaire si l'antenne relais est d'une hauteur supérieure à 12 mètres et qu'une surface hors œuvre brute de plus de 2 m² est créée, cette SHOB pouvant provenir de la dalle servant de fondation au pylône et/ou de la dalle portant les installations techniques qui constituent *"un ensemble fonctionnel indissociable"* avec l'antenne, cette dernière ne pouvant fonctionner sans les installations techniques. Cette décision doit être louée en ce qu'elle était la seule cohérente avec les dispositions du Code de l'urbanisme. En effet, alors même qu'une seule autorisation d'urbanisme était demandée, l'on ne voit pas à quel titre il aurait fallu dissocier l'implantation des installations techniques de l'implantation de l'antenne relais, comme le tribunal administratif de Nîmes avait cru pouvoir le juger. Cet arrêt du Conseil d'Etat va entraîner des conséquences loin d'être négligeables.

II — Une prise de position aux conséquences non négligeables

Il convient, tout d'abord, d'indiquer que la réforme des autorisations d'urbanisme qui est entrée en vigueur le 1er mars 2012 (ordonnance n° 2011-1539 du 16 novembre 2011, relative à la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme N° Lexbase : L2512IRH, et décret n° 2011-2054 du 31 décembre 2011 N° Lexbase : L5063IRX) ne remet pas en cause l'application de cette nouvelle jurisprudence. En effet, depuis le 1er mars 2011, c'est la notion de surface de plancher qui est substituée à celles de surface hors œuvre brute et de surface hors œuvre nette (SHON), une nouvelle notion d'"emprise au sol" ayant, par ailleurs, été créée.

En application du nouvel article R. 112-2 du Code de l'urbanisme (N° Lexbase : L5258HN3), la surface de plancher de la construction *"est égale à la somme des surfaces de plancher de chaque niveau clos et couvert, calculée à partir du nu intérieur des façades [...]"*. Quant à l'emprise au sol, elle est *"la projection verticale du volume de la construction, tout débord et surplomb inclus"* (C. urba, art. R. 420-1 N° Lexbase : L5975IRQ). Il faut également préciser que, depuis le 1er mars 2012, le seuil de 2 m² visé jusqu'à maintenant lorsque la construction est d'une hauteur supérieure à 12 mètres, a été porté à 5 m².

Désormais, un permis de construire est donc nécessaire en application de l'article R. 421-9 a) du Code de l'urbanisme pour les constructions dont la hauteur au dessus du sol est supérieure à 12 m² avec une emprise au sol supérieure à 5 m² ou avec une surface de plancher également supérieure à 5 m². En application de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 20 juin 2012, une antenne relais d'une hauteur supérieure à 12 m² créant une emprise au sol supérieure à 5 m² (l'on imagine mal la création d'une surface de plancher) doit donc obligatoirement faire l'objet d'un permis de construire.

Ensuite, en conséquence de cet arrêt, les autorités chargées de la délivrance de l'autorisation d'implanter une antenne relais devraient procéder à une instruction plus poussée des dossiers présentés par les opérateurs. En effet, lorsque c'est un simple dossier de déclaration préalable qui est présenté, il est patent que l'instruction est souvent assez rapide, les autorités publiques étant persuadées qu'un projet présenté dans le cadre d'une déclaration préalable est nécessairement de faible importance et peut donc faire l'objet d'une analyse assez superficielle. Bien évidemment, ce n'est nullement le cas dans le cadre d'un permis de construire, la contenance du dossier leur permettant au demeurant un bien meilleur contrôle.

C'est une autre conséquence qui peut être tirée de cet arrêt : désormais, les opérateurs devront présenter un dossier beaucoup plus fourni et beaucoup plus volumineux (voir les articles R. 431-4 N° Lexbase : L2035IS8 et suivants du Code de l'urbanisme), s'accompagnant d'un délai d'instruction nécessairement plus long (un mois pour les déclarations préalables, au moins deux mois pour les permis de construire). Les opérateurs devront donc soigner leur dossier et se verront opposer des délais d'instruction plus élevés, ce qui enlèvera une certaine souplesse dans l'implantation des antennes relais. Par ailleurs, le contentieux de ces antennes sur le plan du droit de l'urbanisme, déjà volumineux, devrait encore logiquement prospérer puisqu'un permis de construire offre davantage prise à des moyens d'annulation qu'un simple dossier de déclaration préalable. Les exigences sont beaucoup plus nombreuses

et, par voie de conséquence, le risque d'illégalité l'est également.

Enfin, une décision de non opposition à déclaration préalable ne peut pas faire l'objet d'un retrait, en application de l'article L. 424-5 du Code de l'urbanisme (N° [Lexbase : L3443HZK](#)). Or, fréquemment, c'est sous la pression des riverains de la potentielle future antenne relais que les maires s'aperçoivent que la décision de non opposition à la déclaration préalable, le plus souvent tacite, est irrégulière, par exemple parce qu'une disposition du plan local d'urbanisme n'a pas été respectée. Face à un tel constat, l'autorité compétente ne pouvait pas retirer la décision de non opposition et sauf si un recours contentieux était engagé, la décision, bien qu'irrégulière, devenait définitive.

Lorsqu'un permis de construire sera accordé, la situation sera totalement différente puisque l'autorité qui aura accordé ce permis pourra, dans un délai de quatre mois, en application de la jurisprudence "Ternon" (CE, Ass., 26 octobre 2001, n° 197 018, publié au recueil Lebon N° [Lexbase : A1913AX7](#)), retirer le permis de construire en cause s'il est vicié d'une ou de plusieurs irrégularités. Les opérateurs de téléphonie mobile ne peuvent décidément pas se réjouir de cet arrêt rendu par le Conseil d'Etat.

Revue

12

Lexbase Hebdo édition fiscale n°492 du 5 juillet 2012

[Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)] Le point sur...

TVA sur les activités financières : en attendant la nouvelle réglementation, la jurisprudence au secours des textes communautaires

N° Lexbase: N2717BTS

DAUPHINE
UNIVERSITÉ PARIS

MASTER
FISCALITÉ
DE L'ENTREPRISE



par *Odile Courjon, Docteur en droit, Associée chez Taj, société d'avocats et Daniel Goldenbaum, diplômé du Master Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine*

Le développement des activités bancaires et financières s'accompagne de nouvelles problématiques en matière de TVA appliquée à ces opérations. Si l'Union européenne travaille actuellement à la modernisation des règles en la matière, la jurisprudence, tant interne que communautaire, s'est inscrite, en 2011 et 2012, dans la continuité des années précédentes, pour répondre aux incertitudes et aux difficultés rencontrées.

Sous l'impulsion du Haut fonctionnaire de la Direction générale des impôts, Maurice Lauré, la TVA fût introduite en France par la loi du 10 avril 1954 (1). Ce système de taxation indirecte touchant le consommateur final fut repris par de nombreux Etats dans le monde, pour devenir un impôt dit européen (2), à partir de la 1ère Directive-TVA (3), en 1967.

A l'origine, les opérations se rattachant aux activités bancaires et financières subissaient une taxe spéciale, dite taxe sur les prestations de services. Ce n'est qu'à partir de la loi du 10 janvier 1966 (4) que ces opérations furent exonérées de TVA en raison de leur assujettissement à une taxe sur les activités financières.

La 6ème Directive-TVA du 17 mai 1977 (5) (refondue dans la Directive 2006/112/CE (6)), modifia le régime applicable aux activités bancaires et financières pour les classer en trois catégories. En effet, depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 1979, il y a lieu de distinguer entre les opérations exonérées, les opérations imposables de plein droit, et les opérations exonérées et susceptibles d'être imposées par voie d'option.

Le secteur bancaire bénéficie largement de l'exonération, laquelle touche les crédits et prêts, les sûretés et garanties, les opérations portant sur des valeurs mobilières, ainsi que les opérations sur le marché à terme des marchandises. Pour autant, les banques françaises souffrent aussi de taxes sur les activités non soumises à TVA, telles que la taxe sur les salaires (7), et bientôt la taxe sur les transactions financières.

Les établissements bancaires et financiers sont des assujettis partiels en ce qu'ils réalisent des opérations imposées ainsi que des opérations exonérées de TVA. Ainsi, ils peuvent bénéficier d'un droit de déduction de TVA (8). Le montant de TVA déductible se calcule en proportion d'un coefficient de déduction applicable à chaque bien ou service. Ce coefficient prend en considération l'utilisation du bien pour des opérations ouvrant droit à déduction et des éventuelles restrictions prévues par la loi et le règlement. Il est le produit de trois coefficients : le coefficient d'assujettissement, le coefficient de taxation (correspondant à l'ancien *prorata* de déduction) et le coefficient d'admission (9).

Après la 6ème Directive-TVA, des mesures sont intervenues aux fins de changer ou de préciser les régimes applicables. Force est de constater que des difficultés et des vides juridiques persistent. De même, les législations nationales n'ont pas toujours opté pour certains dispositifs communautaires lorsque cela leur était permis, de sorte que des disparités entre Etats se sont créées.

Par ailleurs, la Commission européenne a présenté, le 28 novembre 2007, une proposition de Directive (10) et une proposition de Règlement (11), visant à moderniser et à simplifier les règles de TVA applicables aux services financiers et aux services d'assurance (12).

Les objectifs poursuivis sont, notamment, le renforcement de la sécurité juridique pour les opérateurs économiques et pour les administrations fiscales, une application plus cohérente de la TVA et la création des conditions de concurrence équitables sur le Marché intérieur.

Cependant, la Directive est en panne, en raison de la volonté affichée des banques de conserver le régime actuel d'exonération. Les tribunaux nationaux et la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), continuent donc de préciser l'interprétation correcte de la législation.

Il convient, à ce titre, de revenir sur trois décisions majeures intervenues durant l'année 2011 (13). Les juges nationaux et communautaires ont, ainsi, été amenés à préciser les contours des services concernés par l'exonération de TVA. Par ailleurs, la problématique du *prorata* mondial a fait l'objet d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat à la CJUE.

I — L'étendue des services financiers sujets à exonération précisée

La 6ème Directive-TVA prévoit une exonération de TVA pour certaines opérations financières. Toutefois, les notions décrivant ces opérations doivent parfois être précisées. La CJUE s'est ainsi prononcée dans l'arrêt "Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp" (13) du 10 mars 2011 sur la possibilité d'exonérer les garanties d'émission. De même, si les opérations financières accessoires aux opérations exonérées bénéficient de cette exonération, il est nécessaire de définir ce qu'est une opération accessoire. Les critères à retenir en droit français pour déterminer ce caractère accessoire ont été fixés par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt "SNC Ariane", du 21 octobre 2011 (14).

A — L'exonération de TVA des garanties d'émission — l'arrêt "SEB" de la CJUE

L'affaire concernait un établissement de crédit suédois, "Skandinaviska Enskilda Banken" (SEB), à la tête d'un "groupement TVA" (15). Cet établissement de crédit fournissait des services de financement des entreprises en liaison avec l'émission d'instruments financiers.

En 2002, SEB et une autre société membre du même groupement TVA ont, ensemble, fourni à une société tierce des garanties d'émission. Les membres de ce groupement se sont, ainsi, engagés à acquérir les actions qui n'auraient pas été souscrites à l'expiration de la période de souscription. En contrepartie, ils ont été rémunérés par une commission.

La TVA sur le versement de la commission n'a été ni facturée, ni comptabilisée par le groupement, celui-ci estimant que le service rendu bénéficiait de l'exonération de la TVA.

L'administration fiscale suédoise a procédé à un redressement, en se fondant sur la jurisprudence des juridictions suédoises, selon laquelle l'octroi de garanties d'émission ne constitue pas une opération exonérée au sens de l'article 13, B, sous d), point 5, de la 6ème Directive-TVA (16). Cette position se justifie par la possibilité en Suède de fournir la garantie d'émission indépendamment des services liés à l'émission d'actions, donc par l'autonomie de la garantie par rapport à l'opération d'émission de titres.

La Cour suprême administrative de Suède, constatant l'existence de divergences entre sa position et les droits nationaux de plusieurs Etats membres, a posé la question préjudicielle (17) suivante : les exonérations prévues à l'article 13, B, sous a) et d), points 1, 2 et 5, de la 6ème Directive-TVA, relative au système commun de TVA (repris

à l'article 135, paragraphe 1, de la Directive 2006/112) s'appliquent-elles également à des services impliquant qu'un établissement de crédit accorde, contre rémunération, une garantie à une société souhaitant émettre des actions, en vertu de laquelle l'établissement de crédit s'engage à acquérir les actions qui ne seraient pas souscrites à l'expiration de la période de souscription ?

La CJUE commence par rappeler que "*les termes employés pour désigner les exonérations visées à l'article 13 sont d'interprétation stricte*". Cette interprétation doit, cependant, rester "*conforme aux objectifs poursuivis par lesdites exonérations*" et respecter les exigences du principe de neutralité fiscale inhérent au système commun de la TVA (18).

La Cour examine ensuite la notion de garantie d'émission au regard des exonérations prévues par l'article 13, B, sous d) point 5, lequel dispose que sont exonérées les opérations, y compris la négociation, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres.

La signification de l'expression "*opérations portant sur les actions*" a été interprétée, à ce jour, dans les affaires "AB SKF", "CSC Financial Services", et "SDC" (19). La Cour suit la position de l'Avocat général et reprend le critère dégagé dans les arrêts "CSC Financial Services" (20) et "SDC" (21), selon lequel les opérations concernées sont des opérations susceptibles de créer, de modifier ou d'éteindre les droits et les obligations des parties sur des titres. Ainsi, la modification, même potentielle, de la situation juridique et financière entre les parties concernées suffit à remplir ce critère.

A ce titre, quand bien même la garantie ne serait pas mise en œuvre en raison de la couverture totale de l'émission d'actions, "*la conclusion du contrat de garantie est, par elle-même, susceptible de créer, de modifier ou d'éteindre des droits sur la propriété des actions*".

La Cour relève, par ailleurs, que l'interprétation de la Suède, qui faisait dépendre cette qualification de la mise en jeu effective ou non de la garantie, serait contraire au principe de neutralité fiscale, lequel s'oppose à ce que des opérateurs économiques, qui effectuent les mêmes opérations, soient traités différemment en matière de perception de cette taxe (22).

La CJUE estime donc que les services qu'un établissement de crédit fournit sous la forme d'une garantie d'émission et contre rémunération à une société souhaitant émettre des actions, sont couverts par l'exonération de TVA prévue par l'article 13, B, sous d) point 5.

Si la CJUE participe à l'interprétation des textes, le Conseil d'Etat apporte lui aussi des réponses quant à l'étendue des services exonérés. Dans l'arrêt "SNC Ariane" du 21 octobre 2011, il se prononce sur les critères de détermination d'une opération accessoire (B).

B — La détermination en droit français des critères de qualification d'une opération financière dite accessoire — l'arrêt "SNC Ariane" du Conseil d'Etat

L'affaire concernait la SNC Ariane, dont l'activité principale consistait en la gérance et l'exploitation de biens et de droits immobiliers. La société avait opté pour l'assujettissement à la TVA des loyers perçus et avait, pour couvrir ses risques d'exploitation et assurer le financement d'opérations immobilières, souscrit, par l'intermédiaire de son principal associé, de nombreuses conventions d'échange de taux d'intérêts ("*swap*"), et procédé à des dépôts de fonds rémunérés auprès d'organismes bancaires et financiers.

Au terme d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a considéré que la société était un redevable partiel à la TVA en ce qu'elle réalisait à la fois des opérations situées dans le champ d'application de la TVA ouvrant droit à déduction, et des opérations exonérées portant sur des produits financiers liés à son activité de gérance et d'exploitation de biens et droits immobiliers.

L'administration a alors reproché à la "SNC Ariane" d'avoir exclu du calcul de son *pro rata* de déduction ses produits financiers provenant d'opérations exonérées, au motif que ceux-ci n'étaient pas accessoires aux activités principales de l'entreprise (23).

En conséquence, la société qui s'estimait titulaire d'un crédit de TVA, a vu sa demande de remboursement refusée, ce qu'elle a contesté devant le juge de l'impôt.

L'enjeu vient de ce que les produits accessoires n'influencent pas le coefficient de taxation, alors que ceux qui n'ont pas ce caractère y figurent au dénominateur.

Le Conseil d'Etat, rarement confronté à cette problématique, a dû se prononcer sur les critères à retenir pour décider

du caractère accessoire de produits financiers perçus par un redevable partiel.

L'exclusion, dans le calcul du *prorata* de déduction, des produits afférents aux activités accessoires financières et immobilières était prévue à l'article 212 de l'Annexe II au CGI (24), lequel posait deux critères cumulatifs, l'un, qualitatif, au terme duquel les opérations financières doivent présenter un caractère accessoire par rapport à l'activité principale de l'entreprise ; et l'autre, quantitatif, en vertu duquel les produits des opérations financières ne doivent pas excéder 5 % du chiffre d'affaires total, toutes taxes comprises, du redevable.

La CJUE, dans l'arrêt "Régie dauphinoise" du 11 juillet 1996 (25), validait le critère qualitatif tenant à la nature, plus ou moins étroite, du lien entretenu entre l'activité financière et l'activité taxable (26). Puis, dans l'arrêt "EDM" du 29 avril 2004 (27), la Cour consacrait le critère quantitatif portant sur l'importance des moyens grevés de TVA utilisés par l'entreprise pour exercer l'activité financière (28), sans retenir le seuil de 5 %.

Il en a résulté une modification de l'article 212 de l'Annexe II au CGI par le décret n° 2005-1648 du 26 décembre 2005 (N° Lexbase : L1921HEU), de sorte qu'il faut, désormais, entendre, par opérations accessoires, celles qui "*présentent un lien avec l'activité principale de l'entreprise et dont la réalisation nécessite une utilisation limitée au maximum à un dixième des biens et des services grevés de taxe sur la valeur ajoutée qu'elle a acquis*" (29).

La réunion de deux critères reste donc nécessaire, comme le note l'instruction du 10 janvier 2006 (30). Celle-ci précise, également, que le critère retenu dans la décision "Régie Dauphinoise" déjà citée, à savoir que les produits financiers perçus par un syndic de gestion immobilière ne peuvent être considérés comme accessoires, car ils constituent le prolongement direct, permanent et nécessaire de son activité taxable, "*n'a pas vocation à être opposé à d'autres qu'aux syndics*".

Le Conseil d'Etat a rebattu les cartes, en faisant application de la jurisprudence communautaire, laquelle ne restreignait pas le critère de prolongement direct, permanent et nécessaire, retenu par l'arrêt "NCC Construction Danmark A/S" (31).

Certains ont analysé cet arrêt comme le "triomphe de la parole trahie" (32). "Parole trahie" car l'administration fiscale ne respectait pas sa propre doctrine et appliquait le critère du prolongement de l'activité à des redevables non syndics ; "triomphe" car le Conseil d'Etat l'utilise dans le cas de la SNC Ariane, gestionnaire de biens immobiliers en propre et pour compte, et non syndic d'immeubles.

Il peut également être souligné que les contribuables sont mis sur un pied d'égalité. Nous préférons relever qu'un coup est porté à la sécurité juridique. Il sera désormais difficile d'exclure les produits accessoires du calcul du *prorata*. Tout au plus pouvons-nous espérer que la décision s'appliquera aux seuls produits du secteur immobilier (33)!

Reste donc entière la question de savoir si les produits financiers peuvent rester accessoires, et donc hors du calcul du coefficient de déduction, en dehors du domaine de l'activité immobilière.

Les assujettis partiels possédant une structure internationale sont en mesure de se poser une autre question relative au calcul de la TVA déductible : peuvent-ils mondialiser leur *prorata* de déduction ?

II — La problématique de la mondialisation du *prorata* posée à la CJUE — l'arrêt du Conseil d'Etat "Crédit Lyonnais"

Le développement des échanges internationaux a soulevé une problématique essentielle pour les établissements bancaires et financiers, celle du "*prorata* mondial".

Il est question de ce sujet dans l'arrêt "Crédit Lyonnais" (34) du 11 juillet 2011 qui a poussé le Conseil d'Etat à saisir la CJUE. Si les origines du problème sont simples, les arguments présents des deux côtés de la balance font ressortir la complexité des enjeux.

A - *prorata* mondial, les origines de la problématique

Comme le souligne le rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt (35), un exposé du cadre juridique relatif au *prorata* permet d'analyser la situation de manière optimale.

Un établissement bancaire, effectuant des opérations taxées et des opérations exonérées, calcule le montant de TVA déductible en ayant recours à un coefficient de taxation. Celui-ci comprend, au numérateur, le chiffre d'affaires des opérations taxées et, au dénominateur, ce chiffre d'affaires ajouté à celui des opérations exonérées, le chiffre d'affaires afférent à certaines opérations immobilières ou financières n'étant pas pris en compte lorsqu'elles sont

accessoires.

Par ailleurs, même si la TVA est devenue indépendante de la taxe sur les salaires, le chiffre d'affaires non assujéti à la TVA et les recettes hors champ aggravent le montant de taxe sur les salaires.

L'affaire en elle-même n'appelle pas de discussions particulières. Le Crédit Lyonnais avait fait figurer au numérateur et au dénominateur du *prorata* de déduction les intérêts tirés de prêts consentis par son siège à ses succursales établies à l'étranger. L'administration avait, à l'issue d'une vérification de comptabilité, remis en cause cette pratique.

L'administration fiscale considère "*qu'une entreprise et sa succursale constituent une même entité juridique. Les opérations qu'elles réalisent entre elles sont des opérations internes qui se situent en dehors du champ d'application de la TVA*" (36).

Si l'établissement de crédit avait d'abord essayé de justifier son choix, il a rapidement adopté une nouvelle stratégie. Estimant avoir omis, à tort, de prendre en compte, dans son *prorata*, les recettes de ses succursales à l'étranger, il a sollicité la restitution partielle de la TVA et de la taxe sur les salaires spontanément acquittée. La société se fonde sur l'affirmation que le siège et les succursales constituent un seul et même assujéti.

Le Conseil d'Etat s'était déjà exprimé à propos d'une situation comparable à celle en l'espèce. Dans son arrêt "SA Banque Sudameris" (37), la Haute juridiction avait considéré que "*les intérêts facturés par le siège d'une banque à ses succursales n'avaient pas le caractère de recettes entrant dans le champ d'application de la TVA et ne pouvaient, par conséquent, figurer ni au numérateur ni au dénominateur du prorata de déduction mentionné à l'article 212 de l'Annexe II au CGI*". La CJUE, dans l'affaire "FCE Bank plc" (38) avait également refusé de faire entrer dans le champ de la TVA les prestations entre le siège et les succursales, se fondant sur l'absence de personnalité morale des succursales qui ne constituent pas des entités juridiques distinctes de la société dont elles relèvent.

Le raisonnement de la société trouve alors tout son intérêt. En effet, elle estime que, si les deux entités constituent une unique et même entité juridique, il y a bien lieu de ne pas comptabiliser, dans le rapport permettant de calculer le coefficient de taxation, les recettes issues d'opérations entre le siège et les succursales puisqu'elles sont réputées hors du champ de la TVA.

Elle opère, dès lors, une distinction, considérant que deux coefficients doivent être calculés :

— concernant les dépenses supportées par le siège pour ses seules opérations avec des tiers, la société doit inclure dans le "chiffre d'affaires" du coefficient le chiffre d'affaires réalisé en France (du siège et succursales françaises) ;

— concernant les dépenses mixtes, encourues à la fois pour les besoins du siège et des succursales, le "chiffre d'affaires" doit intégrer les recettes des succursales étrangères. Autrement dit, le "chiffre d'affaires" s'entendrait du "chiffre d'affaires mondial".

Ce faisant, le Crédit Lyonnais se place sous l'angle du principe de neutralité (39), lequel implique que l'assujéti puisse être entièrement soulagé de la TVA d'amont qui a grevé les biens et les services acquis pour l'exercice de ses activités taxées (40).

A contrario, l'administration fait prévaloir le principe de territorialité, considérant que seul doit être pris en compte le chiffre d'affaires réalisé par l'entité située en France, au cas présent le siège et les succursales françaises avec des tiers (41).

Le Conseil d'Etat, face aux différentes thèses, a posé des questions préjudicielles à la CJUE. Celle-ci n'aura pas un travail aisé au regard des éléments présents de part et d'autre de la balance.

B — Le *prorata* mondial sur la balance de la CJUE

Les questions préjudicielles soumises à la CJUE sont les suivantes :

— le *prorata* du siège doit-il prendre en considération les recettes réalisées par les succursales établies dans un autre Etat membre de l'Union européenne ?

— une solution identique doit-elle être retenue pour les succursales établies en dehors de l'Union européenne dans la mesure où la TVA communautaire n'y est pas applicable ?

— le *prorata* des succursales établies dans l'Union européenne doit-il également retenir les recettes réalisées par la société dans son ensemble ?

— la réponse à ces questions doit-elle prendre en considération l'existence de secteurs distincts d'activité ?

— dans l'hypothèse où l'existence d'un "*prorata* mondial" serait reconnue, faut-il limiter son application aux seules dépenses exposées par le siège au profit des succursales étrangères ?

— toujours dans cette hypothèse, faut-il prendre en considération les recettes réalisées à l'étranger en fonction du régime de TVA local ou du régime de TVA du siège ?

Nous ne nous risquons pas à dresser un pronostic, tant la tâche de la Cour semble ardue.

D'un côté de la balance, le poids du principe de neutralité et de l'affectation donne du sens à l'argumentation du contribuable, même s'il présente l'inconvénient d'une solution mixte, panachée, qui s'ajoute aux *proratas* locaux déjà applicables aux dépenses locales. En effet, dans cette hypothèse, il y aurait alors trois *proratas* :

— les *proratas* locaux pour les dépenses locales ;

- le *prorata* français pour les dépenses du siège et des succursales françaises ;

- le *prorata* mondial pour les dépenses mixtes.

Le principe de neutralité est fondamental dans le système commun de TVA, alors que la territorialité n'est qu'un critère permettant de déterminer le lieu d'imposition (42).

De l'autre côté, la mise en place d'un système de *prorata* mondial, applicable à l'ensemble des établissements, soulève une quantité de difficultés pratiques résultant, notamment, de la variété et des divergences de régimes entre Etats membres, ainsi que de la nécessité de parvenir, à une règle compatible avec celles préexistantes, et à une reconnaissance mutuelle entre Etats membres, y compris lors des contrôles. En effet, le *prorata* mondial implique que l'administration fiscale reconnaisse les chiffres d'affaires locaux dans les autres Etats membres, ainsi que leur périmètre précis de taxation.

La solution idéale serait la mise en place d'un *prorata* communautaire, lequel permettrait d'obtenir la meilleure neutralité. Ainsi, l'établissement supportant la dépense (siège ou succursale) récupérerait la TVA selon le *prorata* communautaire (recettes locales et recettes des succursales situées dans l'Union européenne). Ce sera à la CJUE de déterminer l'étendue qu'elle entend donner au *prorata* communautaire !

Le principe d'affectation reste indépendant. En effet, l'affectation résulte d'une situation de fait, appréciée *in concreto*, qui permet de répartir des dépenses selon des critères pertinents (par exemple, les mètres carrés pour les dépenses de loyers, le nombre de postes pour les dépenses informatiques, etc.). L'affectation ne peut donc concerner que des dépenses bien identifiées et limitées (une campagne de pub, des loyers, un système de traitement informatique). Le reliquat des dépenses se voit soumis à la règle du *prorata*. Cela couvrira l'ensemble des frais généraux non affectés. La neutralité y gagne, car alors, quelque soit le lieu où la dépense est encourue, la TVA est déductible selon le même coefficient.

De plus, il serait davantage cohérent d'avoir seulement un *prorata* communautaire plutôt qu'un *prorata* mondial, car le chiffre d'affaires hors Union européenne ouvre déjà droit à déduction (CGI, art. 271 V, b N° [Lexbase : L0135IK9](#)) et vient relever le coefficient de taxation (43). Inutile donc de traiter les questions de déduction de TVA en dehors de l'Union européenne. Cela ne relève pas des questions que la CJUE peut traiter. Il convient donc de se limiter aux succursales situées dans l'Union européenne.

L'arrêt de la CJUE est très attendu. Il ne peut être que souhaitable que la Cour s'oriente vers une solution résolument communautaire, avec un *prorata* communautaire commun au siège et à toutes les succursales de l'Union européenne, lequel serait également utilisable pour les remboursements de TVA intracommunautaires prévus par la Directive 2008/9/CE (Directive 2008/9/CE du Conseil du 12 février 2008, définissant les modalités du remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée, prévu par la Directive 2006/112/CE, en faveur des assujettis qui ne sont pas établis dans l'Etat membre du remboursement, mais dans un autre Etat membre N° [Lexbase : L8140H3U](#)), remplaçant l'ancienne 8ème Directive-TVA (44).

La problématique n'est pas nouvelle, de sorte que, dans le cadre des travaux de l'OCDE (45), les représentants des administrations réfléchissent à l'idée de taxer les opérations entre le siège et ses succursales bénéficiaires de services, aujourd'hui non soumises à TVA en Europe.

Cela reviendrait à mettre sur un pied d'égalité les filiales étrangères et les succursales étrangères preneuses de services transfrontaliers, comme c'est le cas dans de nombreux pays de l'hémisphère Sud (Nouvelle-Zélande,

Australie, Afrique du Sud). Leur modèle repose sur une TVA à base large et taux réduit. La taxation se trouve alors moins douloureuse pour les banques, puisque celles-ci récupèrent plus de TVA sur leurs achats et leurs immobilisations.

Ces pays bénéficient, en conséquence, d'une compétitivité accrue en comparaison avec le modèle européen à base étroite et taux élevé.

Une imposition à la TVA des transactions financières dans les Etats au modèle européen, permettrait, d'une part, d'avoir une vue d'ensemble cohérente du secteur, lisible pour les financiers et les consommateurs finaux, et, d'autre part, de sortir du panier percé d'exonérations dans lequel se trouve la TVA bancaire. Il faudrait encore que l'ensemble des places (Paris, Londres, Francfort, New York, Tokyo, etc.) s'alignent !

Le secteur attend, à cet égard, la position des Etats-Unis, lesquels n'ont toujours pas choisi un modèle fédéral de TVA. Or, la nécessité de financer les récentes réformes (46) laisse sérieusement penser à la future mise en place d'une "Federal Trade Tax (47)".

Si la concurrence est mondiale pour les opérateurs, elle l'est devenue aussi pour les Etats. Il est donc grand temps que ces derniers intègrent les ultimes facteurs de compétitivité.

(1) Loi n° 54-404 du 10 avril 1954, portant réforme fiscale.

(2) Voir M. Aujean, *Harmonisation fiscale européenne : retour aux fondamentaux ?*, Dr. fisc, 2012, n° 14, étude 243 ; M. Wolf, *Où va la TVA ? Fragilités actuelles et pistes de réforme*, Dr. fisc, 2012, n° 14, étude 249.

(3) 1ère Directive-TVA 67/227/CEE du Conseil du 11 avril 1967, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires (N° Lexbase : L7913AUM).

(4) Loi n° 66-10 du 10 janvier 1966, portant réforme des taxes sur le chiffre d'affaires et généralisation de la TVA (N° Lexbase : L4718GUB).

(5) 6ème Directive-TVA 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de TVA : assiette uniforme (N° Lexbase : L9279AU9).

(6) Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006, relative au système commun de TVA (N° Lexbase : L7664HTZ).

(7) Quatre arrêts ont récemment été rendus par le Conseil d'Etat sur le sujet : CE 8° et 3° s-s-r., 8 juin 2011 n° 331 848, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A5432HTD), CE 8° et 3° s-s-r., 8 juin 2011 n° 331 849, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A6075HT8), CE 8° et 3° s-s-r., 8 juin 2011 n° 341 018, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A6077HTA), CE 8° et 3° s-s-r., 8 juin 2011 n° 340 863, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A6076HT9).

(8) Les modalités de déduction ont été modifiées par un décret du 16 avril (Décret n° 2007-566 du 16 avril 2007, relatif aux modalités de déduction de la TVA et modifiant l'Annexe II au CGI N° Lexbase : L0074HWN) entré en vigueur le 1er janvier 2008, qui remplace les articles 205 à 242 de l'Annexe II au CGI par les nouveaux articles 205 (N° Lexbase : L3739HZI) à 210.

(9) Pour plus d'informations sur le coefficient de déduction, voir O. Courjon, *Fiscal Chiffres d'affaires*, Fasc. 2204, *Activités bancaires et financières*. Egalement, J.-Cl. Bouchard et O. Courjon, *Le droit à déduction de la TVA ou comment une refonte à droit quasi-constant a fait émerger le principe de l'affectation* : Dr. Fisc., 2008, n° 6, étude 144.

(10) Proposition de Directive du Conseil modifiant la Directive 2006/112/CE, relative au système commun de TVA en ce qui concerne le traitement des services d'assurance et des services financiers (COM/2007/747).

(11) Proposition de Règlement du Conseil portant modalités d'application de la Directive 2006/112/CE, relative au système commun de TVA, en ce qui concerne le traitement des services d'assurances et des services financiers (COM/2007/746).

(12) La proposition de Directive du Conseil se fonde sur l'article 113 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (N° Lexbase : L2411IPY).

(13) L'année 2012 n'a pas connu de modification jurisprudentielle, elle ne fait donc pas l'objet de commentaire.

(14) CJUE, 10 mars 2011, C-540/09 (N° Lexbase : A3231G7S), Voir également TVA : *chronique de l'année 2011* — Etude par Yolande Sérandour et Odile Courjon et Guy de Cordes et Arnaud Moraine : Dr. Fisc., n° 9, 1er mars 2012, 159.

(15) CE 9° et 10° s-s-r., 21 octobre 2011, n° 315 469, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A8317HYP). Voir également, étude par Ph. Tournes, TVA : *produits financiers et immobiliers accessoires*, RJF, 1/2012, n° 24.

(16) En application de l'article 13 de la 6ème Directive-TVA, les Etats membres sont libres d'instaurer dans leur législation nationale le régime du "groupement TVA".

(17) Article 13, B, 1, sous d), point 5, de la 6ème Directive-TVA : "*sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les Etats membres exonèrent, dans les conditions qu'ils fixent en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations prévues ci-dessous et de prévenir toute fraude, évvasion et abus éventuels :*

"a) les opérations d'assurance et de réassurance, y compris les prestations de services afférentes à ces opérations effectuées par les courtiers et les intermédiaires d'assurance [...];

d) 1. l'octroi et la négociation de crédits ainsi que la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés

2. la négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits [...];

5. les opérations, y compris la négociation mais à l'exception de la garde et de la gestion, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion :

— des titres représentatifs de marchandises,

— des droits ou titres visés à l'article 5 paragraphe 3". L'article 5, paragraphe 3, de la 6ème Directive-TVA concerne le pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire et le paragraphe 3 dudit article donne une énumération de ce qui peut être considéré comme biens corporels, incluant les parts d'intérêts et actions dont la possession assure en droit ou en fait l'attribution en propriété ou en jouissance d'un bien immeuble ou d'une fraction d'un bien immeuble.

(18) Demande de décision préjudicielle présentée par le Regeringsrätten le 21 décembre 2009, affaire C-540/09 précitée.

(19) CJUE, 28 janvier 2010, aff. C-473/08 (N° Lexbase : A6692EQW).

(20) CJUE, 29 octobre 2009, aff. C-29/08 (N° Lexbase : A5614EMU), CJUE, 13 décembre 2001, aff. C-235/00 (N° Lexbase : A7231DPI), CJUE, 5 juin 1997, aff. C-2/95 (N° Lexbase : A2002AW3). J. — C. Bouchard et O. Courjon, *Comment un lien direct peut en cacher un autre ? A propos de l'arrêt CJUE, 29 octobre 2009*, Dr. fisc., 2009, n° 50, act. 368 et CJUE, 29 octobre 2009, Dr. fisc., 2009, n° 50, comm. 578, note Ph. Tournès ; RJF, 1/2010, n° 90.

(21) CSC Financial Services, point 33.

(22) SDC, points 72 et 73.

(23) CJUE, 28 juin 2007 aff. C-363/05 (N° Lexbase : A9306DWL).

(24) Article 19, 2 de la 6ème Directive-TVA : "*il est fait abstraction, pour le calcul du prorata de déduction, [...] du montant du chiffre d'affaires afférent aux opérations accessoires immobilières et financières*".

(25) Commenté par l'instruction du 2 novembre 1996 (BOI 3 D-17-22).

(26) CJUE, 11 juillet 1996, aff. C-306/94, précité.

(27) Pour plus d'informations, voir J. Turot, *Produits financiers et prorata de TVA : la grande évvasion*, Dr. fisc., 1996, p. 1384-1388 et O. Boutellis, *Les placements financiers des entreprises au regard de la TVA*, Dr. fisc., 1997, n° 27, étude 100 039.

- (28) CJUE, 29 avril 2004, aff. C-77/01 (N° Lexbase : A9953DBA) : Dr. fisc., 2004, n° 29, comm. 63. Voir également, Commentaire par Odile Courjon,, *Les tracasseries des intérêts de prêts aux filiales et le prorata de déduction*, Dr. fisc., n° 19, 8 mai 2008, comm. 318.
- (29) Voir RJF, 7/04, n° 827, étude Ph. Tournès, p. 511.
- (30) Ce point est aujourd'hui codifié à l'article 206 III 3, 3°, b de l'Annexe II au CGI.
- (31) Instruction du 10 janvier 2006 (BOI 3 A-1-06 N° Lexbase : X5217ADL).
- (32) CJUE, 29 octobre 2009, aff. C-174/08 (N° Lexbase : A5607EMM).
- (33) *TVA et revenus accessoires : retour sur terre*, C. Sniadower, à propos de l'arrêt CE, 21 octobre 2011, SNC Ariane, Dr. fisc., 12 janvier 2012, n° 2, com. 55.
- (34) La réforme ayant été à droit constant sur ce point, cette décision a vocation à s'appliquer au coefficient de taxation prévu dans le nouveau régime.
- (35) CE plén., 11 juillet 2011, n° 301 849, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A0224HW9), W. Stemmer, *TVA et prorata mondial : entre le marteau et l'enclume*, Dr. fisc., 211, n° 30-34, act. 241.
- (36) Concl. Claire Legras, BDCF, 10/11, n° 213.
- (37) QE n° 29 039, Yves Guéna, JOAN Q 23 novembre 1987, p. 6423 ; Dr. fisc., 1988, n° 6, comm. 247).
- (38) CE 9° et 10° s-s-r., 29 juin 2001, n° 176 105, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A4795AU7) ; Dr. fisc., 2001, n° 46, comm. 1056, RJF, 2001, n° 1217, concl. G. Goulard.
- (39) CJUE, 23 mars 2001, aff. C-210/04 (N° Lexbase : A6395DN8).
- (40) CJUE, 10 juillet 2008, aff. C-25/07 (N° Lexbase : A5465D9B) : RJF, 11/08, n° 1278.
- (41) Article 271-I du CGI, qui transpose l'article 17 § 2 de la 6ème Directive-TVA.
- (42) *Faut-il craindre la mondialisation ?* C. Sniadower, à propos de la décision Société Le Crédit Lyonnais sur le calcul du prorata de déduction de la TVA, Dr. fisc., 3 novembre 2011, n° 44, com. 573.
- (43) Voir J-CI. Bouchard et O. Courjon, *Le prorata et le principe de neutralité*, Dr. fisc., 2008, n° 48, p 2058.
- (44) L'article 271-5 du CGI permet de considérer le chiffres d'affaires hors Union européenne comme déductible et ainsi d'augmenter le montant au numérateur du coefficient de taxation, ce qui relève le droit à déduction.
- (45) Directive 2008/9/CE du 12 février 2008, intégrée dans la Directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.
- (46) Working Party N° 9 on Consumption Taxes, OCDE, travaux relatifs au développement de principes directeurs internationaux pour la TVA applicable aux prestations de services transfrontalières.
- (47) Notamment la réforme du système de santé.
- (48) Le terme "*Federal Trade Tax*" ou encore celui de "*Federal Sales Tax*" semblerait préférable à celui de "*Value-Added Tax*".