

Le référé comme garantie de l'effectivité des droits

par Marie-Laure DUFRESNE-CASTETS, avocate au Barreau de Caen

PLAN

I. Un assouplissement des notions au service des intérêts défendus

- A) Les critères de recevabilité sont fondés sur des notions où sont mêlés le fait et le droit
- B) La plasticité des notions a permis une extension en fonction des intérêts défendus

II. Un gardien efficace des libertés fondamentales

- A) Le juge des référés, juge provisoirement du principal
- B) Le référé est devenu une voie autonome de traitement de certains contentieux

Ceux qui, tel Demogue, adhèrent à l'idée que la fonction du droit consiste à passer des "hautes sphères de la philosophie... aux zones inférieures des difficultés journalières" (1) suivent un autre grand auteur, mettant l'accent sur la sanction nécessairement attachée au droit (2), lequel ne peut produire son effet utile que dans la mesure où cette sanction est rapide et énergique. Or le Tribunal des référés, qui, selon les propos tenus en 1978 par un Président de Cour d'appel, devait être celui qui "...sauve l'honneur judiciaire de la France!" (3) apparaît comme la juridiction la mieux à même de remplir ces exigences de rapidité et d'efficacité. Partant de cette conception il ne pouvait être question de borner le domaine du référé à l'obtention à bref délai de la solution des litiges les plus simples. Son champ n'a cessé de s'étendre et ses conditions de recevabilité de s'assouplir. Traditionnellement l'urgence de la mesure et l'évidence du droit constituaient les conditions de son intervention. Il est certain qu'en toutes matières, le temps qui passe expose le demandeur à la perte de ses droits. Cependant avec MM. Garsonnet et Cézard-Bru il peut être donné de l'urgence une définition plus large : celle de la nécessité qui ne souffre aucun retard (4). La question ne se pose pas concernant le dommage dont l'imminence réclame une intervention qui doit être rapide pour conserver son utilité. Plus significative est la mise à l'écart de la condition d'urgence pour faire cesser un trouble manifestement illicite. C'est alors la nécessité de faire cesser la situation née du trouble causé, par nature choquante du fait de son illégalité, qui constitue l'urgence au sens où l'entendaient les éminents auteurs. Cette conception prévaut depuis les années 80, l'urgence *stricto sensu* connaissant un recul indéniable, cette position participant précisément du choix opéré par la Cour de cassation du développement du référé hors de sa sphère traditionnelle (5). En revanche l'évidence du droit, saisie à travers l'absence de contestation ou l'aspect manifeste du trouble provoqué, est devenue la pierre angulaire du recours au juge des référés. A ces deux cas il convient d'ajouter la prévention d'un dommage imminent qui connaît un certain renouveau. Cependant il ne peut être négligé que, selon la définition donnée à ces notions, on aboutira soit à une extension sensible des pouvoirs du juge des référés, soit au contraire à une conception plus restrictive. L'étude de la jurisprudence la plus récente confirme que, quel que soit le domaine considéré, civil, commercial ou social, la souplesse de la matière a permis à la Cour de cassation de modifier la fonction procédurale du référé en étendant les pouvoirs du juge (I) jusqu'à lui accorder de véritables prérogatives de police civile (II).

I. Un assouplissement des notions au service des intérêts défendus

A) Les critères de recevabilité sont fondés sur des notions où sont mêlés le fait et le droit

Ainsi l'urgence, notion de pur fait, autrefois première condition requise, connaît désormais une définition qui s'élargit et un champ d'application qui se rétrécit, à tel point

que l'on peut désormais se demander si elle reste véritablement une condition de recevabilité, particulièrement en matière prud'homale où elle doit être considérée comme toujours remplie "ne serait-ce qu'en raison des enjeux alimentaires qui président au litige" (6). En revanche, la question de l'existence d'une obligation sérieusement

(1) *Les notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911 p. 257.

(2) Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris 1948 p. 14.

(3) Jean Vassogne in *La Jurisdiction du Président de Tribunal*, tome I, Cezard-Bru, Hébraud et Seignolle, préface.

(4) *Traité théorique et pratique de procédures civiles et commerciales*, T 8, n° 186.

(5) Cass. Civ. 19 janvier 1982, JCP G 1982, IV, 126.

(6) "Les pouvoirs de la formation des référés", Alain Supiot, Droit Social 1986 p. 535.

contestable et celle d'un trouble manifestement illicite, qui se situent aux confins du fait et du droit, sont devenues les moyens d'irrecevabilité le plus souvent soulevés par les défendeurs. Or si la notion d'obligation appartient en effet au droit, le caractère sérieux ou non de la contestation apparaît comme une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. De la même manière dans le trouble manifestement illicite, il apparaît que l'illicéité participe d'une question de droit alors que le caractère manifeste (avéré par le fait) relève du fait. A l'égard de cette condition, comme de celle de l'absence de contestation sérieuse, et bien que les auteurs se soient toujours accordés pour considérer que celle-ci est essentiellement contingente et se dégage des circonstances (7), la Cour de cassation exerce un contrôle normatif portant sur l'interprétation et l'application de la règle de droit ainsi que l'interprétation des faits. Après quelques hésitations et résistance, l'Assemblée plénière impose en effet au juge des référés de caractériser l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, et par là même de préciser les éléments de nature à établir l'évidence des droits retenus à l'appui de sa décision (8), tout comme sur l'existence d'un dommage imminent et sur la nature des mesures pouvant être ordonnées (9) (*Tresis et Ipib*). La Haute Cour a en effet institué un mode de contrôle lui permettant de corriger ce qu'elle considère à un moment donné comme les excès du pouvoir souverain d'appréciation par le biais du grief de dénaturation (10).

Le mélange de fait et de droit qui caractérise les conditions prévues par les articles 808 et 809 du nouveau Code de procédure civile (848 et 849 pour le Tribunal d'instance ; 872 et 873 pour le Tribunal de commerce ; 893 et 894 pour la Cour d'appel ; R 516-30 et R 516-31 du Code du travail pour le Conseil des prud'hommes) permet ainsi à la Cour régulatrice de moduler son contrôle, ouvrant ou fermant ainsi la recevabilité des actions en fonction de la conception du moment sur les intérêts défendus.

En outre, dans le sens d'une extension du domaine couvert, il doit être relevé que, si la Cour de cassation exerce un contrôle sur les conditions de son intervention, dans tous les cas, le juge des référés conserve une liberté presque totale concernant tant le choix de la mesure ordonnée que son contenu, dès lors qu'elle est limitée dans le temps (11) (voir également *Tresis et Ipib*, déjà cité).

B) La plasticité des notions a permis une extension en fonction des intérêts défendus

Dans une note où il s'inquiétait du risque de régression du principe du contradictoire du fait de ce qu'il qualifiait d'"invasion" de la procédure des référés, M. Tendler soulignait la multiplication et dénonçait l'imprécision des textes comme une caractéristique de la juridiction des référés pour conclure qu'il n'existe qu'une seule "limite véritable à l'impérialisme du juge des référés : sa propre volonté" (12). Quelques années plus

tard, il peut être considéré que l'inquiétude manifestée par cet auteur était bien excessive, dans la mesure où les régulations s'opèrent d'elles-mêmes, ne serait-ce que pour des raisons pratiques.

En effet les présidents de juridiction, qui ne peuvent juger qu'un nombre d'affaires limité, accordent l'autorisation d'assigner d'heure à heure exclusivement lorsque véritablement "le cas requiert célérité". Quant à l'assignation ordinaire en référé, l'article 486 du nouveau Code de procédure civile rappelle opportunément l'obligation de respect des droits de la défense, le juge restant chargé, en vertu de l'article 16 du même Code, du devoir de faire observer le principe du contradictoire. Dans ces conditions et suivant en cela le législateur, en une trentaine d'années, la Cour de cassation s'est livrée à une interprétation des dispositions législatives ou réglementaires dans un sens toujours plus favorable à l'expansion. Le juge des référés a été amené à remplir une diversité de fonctions toujours plus grande, ses pouvoirs variant au gré de la situation qui le saisit. Une fonction préparatoire lui a été octroyée avec le développement du référé *in futurum* (article 145 du nouveau Code de procédure civile). Concernant ce référé probatoire, le seul qui soit par nature pré-conflituel, la jurisprudence, en lui accordant une complète autonomie pour limiter ses conditions d'exercice à l'existence d'un motif légitime et à l'éventualité crédible d'un litige à venir, a manifestement entendu lui donner le champ le plus vaste possible (13). La fonction exercée dans ce cadre peut également être conservatoire, puisqu'il permettra le cas échéant la conservation de preuves, qui sans son intervention auraient pu être détruites. Le juge remplit encore une fonction conservatoire lorsqu'il statue sur le fondement de l'article 808 du nouveau Code de procédure civile dans les cas d'urgence et en présence d'un différend. Le champ des mesures pouvant être ordonnées est alors extrêmement vaste, le texte posant pour unique exigence que la mesure soit justifiée par la situation dont le juge est saisi (voir pour exemples en matière commerciale : désignation d'un administrateur judiciaire en cas de paralysie sociale (14) ou en cas de mésentente entre associés (15)). Le choix des mesures devient quasiment illimité lorsque le juge statue en cas d'urgence et que ne s'élève aucune contestation sérieuse. Dégagé des limites imposées par le litige lui-même, sa latitude est totale pour ordonner toute mesure, dès lors qu'elle est adaptée à la situation qui lui est soumise. Ce juge d'une évidence que la Cour de cassation l'invite à rechercher à travers la vraisemblance de la situation qui lui est soumise se voit doter d'une très grande "force créatrice", selon l'expression du doyen Carbonnier. Ainsi pour exemple, dans un litige relatif à la propriété d'un terrain situé en Polynésie française, la Cour de cassation rejette le moyen tiré d'une contestation sérieuse, approuvant la Cour d'appel qui "appréciant les présomptions tirées de l'apparence [n'a pas répondu à des conclusions] que ses constatations rendaient inopérantes" et a refusé la mise sous séquestre du bien, permettant ainsi la poursuite de travaux de terrassement sur lesquels il aurait été ensuite difficile de revenir (16).

(7) Hébraud, rev. trim. dr. civ. 1965, p. 168.

(8) Cass. rapport annuel 2001 à propos de l'arrêt du 16 novembre 2001, Bull. n° 13.

(9) Cass. Civ. I, 7 novembre 2000, pourvoi 99-18576, Bull. civ. I n° 286, ci-après p. 255.

(10) Augustin Boujeka, note sous Cass. Civ. 2000, Dalloz 2000, p. 1580.

(11) J. et X. Vuitton, *Les référés*, Litec, n° 1238 et s.

(12) "Le juge des référés, une procédure ordinaire", Roland Tendler, Recueil Dalloz 1991, chronique p. 21.

(13) Cass. Ch. mixte 7 mai 1982, Bull. n° 2 ; J. et X. Vuitton, *Les référés*, Litec, n° 515 et s.

(14) Cass. Com. 11 mai 1982 JCP 1982, IV, 257.

(15) Cass. Com. 17 janvier 1989 Bull. n° 28.

(16) Cass. Civ. III 19 février 2003, pourvoi 01-15557.

Le juge peut également occuper une fonction d'anticipation en présence d'un trouble manifestement illicite, c'est-à-dire lorsqu'un comportement de violation évidente d'une norme juridique obligatoire aura été caractérisé (17). A cet égard il convient de souligner avec M. Normand que : "ce dont on discute, et qui doit être recherché en référé, c'est de savoir si le comportement à l'origine du trouble était illicite ou s'il ne l'était pas. Lorsqu'il l'est, on affirme qu'il l'est manifestement, et on satisfait aux exigences du texte. Lorsque l'application de celui-ci est écartée, c'est que d'illicéité, il n'y a pas. On ne trouve pas de censure pour défaut d'évidence" (18). L'exigence de caractère manifeste sera estompée, susceptible d'un contrôle "léger" à rapprocher de celui de l'absence de contestation sérieuse, distinguant ainsi les deux notions. Dans le premier cas, c'est l'évidence du droit invoqué qui est en cause alors que dans le second c'est la nature du trouble qui sera examinée (19). Le caractère illicite du trouble ayant été démontré, le juge se voit autorisé à recourir à des mesures particulièrement radicales, le seul critère de leur valeur étant constitué par leur efficacité au regard de la solution du litige, dès lors cependant qu'elles peuvent être qualifiées de "remises en l'état". Dans ce cas les pouvoirs du magistrat saisi de l'affaire englobent des mesures de toutes natures et dont l'aspect temporaire est plus que discutable. Ainsi le juge des référés se voit-il autorisé à trancher le litige agitant deux familles corses à propos de la sépulture de l'un des siens, ordonnant l'inhumation du corps dans un cimetière familial (20).

Ainsi pour exemple, ont encore été prescrites des mesures aussi diverses que la lecture au début d'une émission radiophonique d'une partie du dispositif d'un arrêt constatant le trouble manifestement illicite souffert par des associations à la suite des propos tenus par un homme politique dans le cadre de cette émission (21), la poursuite des contrats de travail illégalement rompus (22), la fermeture d'un magasin le dimanche (23), l'obligation faite à un exploitant de kiosque de distribution de presse de vendre tous les titres sans discrimination (24), la cessation sous astreinte d'une campagne publicitaire jugée comme déloyale (25), la suspension de

l'application d'un accord collectif dérogatoire frappé d'opposition (25 bis).

C'est encore une fonction conservatoire qui sera occupée par ce juge aux multiples facettes lorsqu'il est saisi d'un risque imminent de dommage, pour éviter que ne se crée une situation irréversible. L'existence d'une illicéité, bien que nécessairement sous-jacente lorsque, par son fait, une personne est cause d'un dommage, est loin d'être essentielle. Dans l'audace qu'il s'accordera ou non, deux préoccupations majeures vont conduire la réflexion du juge des référés. Les deux axes qui vont guider sa décision sont, d'une part la balance à opérer entre les risques encourus par chacune des parties, d'autre part la mesure de l'importance du trouble socialement causé, mais en la matière l'aspect illicite de la cause du dommage apparaît secondaire au regard de ses conséquences. C'est pourquoi l'illicéité est entendue au sens le plus large. Il a ainsi été admis que soit ordonnée l'expulsion d'occupants, légitimes mais récalcitrants d'un immeuble menaçant ruine (26). De même sur le fondement de la prévention du dommage imminent, la Cour de cassation a approuvé le juge des référés qui ordonnait à une société opposant un refus de livraison mettant son acheteuse en grande difficulté d'exécuter une commande. Il est intéressant de relever que, dans cette espèce comme dans le premier arrêt cité, l'illicéité du refus n'avait rien d'évident, mais le risque de préjudice était d'une importance telle qu'il a emporté la décision (27). Cependant, l'aspect conservatoire que la Cour de cassation entend donner à la mesure prononcée impose au juge des référés de lui fixer une limite temporelle. Ainsi, dans l'arrêt *Tresis et IpiB* (28), la Cour de cassation, maintenant l'autonomie de la notion de dommage imminent par rapport à celle de trouble illicite et donnant tout son poids au risque encouru, acceptait toute mesure pour le conjurer, à la condition toutefois qu'elle ne perde pas son aspect conservatoire. Il s'agit là de la seule limite posée au juge des référés, juge du provisoire, qui ne doit pas, de manière trop évidente, prononcer des mesures définitives. Pourtant, dans nombre de cas ses décisions revêtent, de fait, un caractère irréversible.

■ II. Un gardien efficace des libertés fondamentales ■

"Dans l'écheveau de ses antagonismes, les nécessités du fonctionnement social enferment le juge dans une aporie fondamentale qui le contraint à réguler les désordres provoqués par les formes actuelles d'organisation de la société afin de tenter de conjurer le risque de sa fracture" (29). Le juge est un des rouages des mécanismes de réponse à la "question sociale" et à ce titre, a notamment pour fonction

de corriger les fractures nées du hiatus existant entre les préceptes politiques d'égalité et de liberté formellement affirmés et les droits réels d'une majorité d'individus. Dans une société libéralisée à outrance, le juge des référés, non seulement répond aux situations d'urgence, mais rétablit des situations trop criantes d'atteintes aux libertés individuelles. C'est dans ces conditions que, gardien privilégié de ces

(17) Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, n° 1289.

(18) J. Normand, Référé, "Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation" RTDC 1997.222.

(19) "L'évident et le manifeste : deux notions qui ne se confondent pas" in "Le référé prud'homal face aux discriminations", Pascal Moussy Dr. Ouv. 1992, p. 371.

(20) Cass. Civ. I, 2 mars 2004, pourvoi n° 01-14208.

(21) TGI Nanterre 23 septembre 1987, Gaz. Pal. 1987, 2, p. 672.

(22) Cass. Soc. 13 février 1997, Dr. Ouv. février 1997, p. 94.

(23) Cass. Soc. 24 mars 2004, pourvoi 02-20789.

(24) Cass. Com. 3 octobre 2000, pourvoi 97-20520.

(25) Cass. Com. 19 octobre 1999, pourvoi 97-18490.

(25 bis) Cass. Soc. 25 mai 2004, Dr. Ouv. juin 2004 couv. n° 1, SSL 1^{er} juin 2004 rapport M.L. Morin.

(26) Cass. Civ. III 19 janvier 1982, Gaz. Pal. 1982, 2, pan 214.

(27) Cass. Com. 26 février 1991, pourvoi 89-16348.

(28) Cass. Civ. I 7 novembre 2000, ci-après p. 255.

(29) Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, 1995, Seuil.

libertés, il a vu ses pouvoirs s'accroître avec la pression sociale. A partir de textes dont nous avons pu voir que la souplesse donnait une grande ouverture, il est devenu ce que le doyen Ripert appelait un " législateur des cas particuliers".

A) Le juge des référés, juge provisoirement du principal

Aujourd'hui encore, du fait de la confusion opérée entre la recevabilité de l'action en référé et les mesures que le juge peut autoriser (30), les défendeurs continuent de soulever l'exception visant à interdire au juge des référés de préjuger au fond. Il n'est donc pas inutile de rappeler ce qu'énonçait H. Motulsky : *"le simple fait par le juge des référés, de préjuger le fond (...), ne constitue pas un préjudice au principal"*, lequel ajoutait que *"lorsque la jurisprudence met en avant, comme critère des pouvoirs du juge des référés, l'absence d'une contestation sérieuse, elle permet précisément à cette juridiction de se prononcer provisoirement sur le fond, à la seule condition de ne point trancher des difficultés sérieuses"* (31). Ce n'est donc pas la faculté d'appréhender le fond qui distingue fondamentalement le juge des référés du juge du principal, mais c'est la portée provisoire de son intervention. Et comme le souligne M. J. Normand (32) : *"il exerce dans l'urgence et à titre provisoire, une fonction de police juridique ; (...) lui sont accessibles toutes les mesures qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite (...), lui sont également accessibles celles que commande concrètement chaque situation rencontrée pour préserver les intérêts en présence dans l'attente d'une solution sur le fond."*

Dès lors, n'apparaît pas excessif d'affirmer que le juge des référés possède finalement plus de pouvoirs que n'en aurait le juge du principal. Il sera relevé en effet, qu'outre le caractère provisoire de ses décisions, le juge des référés doit faire face à une diversité de situations et jouit d'une liberté quasi illimitée concernant les mesures qu'il peut ordonner. En effet, s'il est peut-être juge de l'évidence, il doit surtout être le juge du refus de la politique du fait accompli. Cette fonction très étendue a été rappelée à l'occasion de l'édition du décret n° 87-434 du 17 juin 1987. Celui-ci avait, à l'évidence, pour objectif de rappeler aux juges des référés qu'ils ont des pouvoirs et qu'il leur appartient de les exercer (33).

Les référés prévus par des textes spéciaux, c'est-à-dire ceux qui sont limités à un domaine ou à un objet particulier, confirment pleinement cette doctrine. Hormis le référé assez particulier fondé sur l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, le référé de l'article 9 du Code civil visant à la protection de la vie privée, le référé de l'article 9.1 destiné à la protection de la présomption d'innocence et le référé "concurrence" de l'ordonnance de 1986 (article 442-6 du Code

de commerce), assurent la protection des droits auxquels ils sont attachés. Or, dans un souci d'unification, la Cour de cassation a soumis ces référés aux conditions des référés de droit commun. C'est ainsi que dans un arrêt concernant un litige entre la société Hachette et un chanteur célèbre, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler très clairement au sujet d'une atteinte à la vie privée, que le juge *"tient tant de l'article 809 alinéa 2 que de l'article 9 du Code civil le pouvoir de prendre en référé toutes mesures propres à empêcher ou à faire cesser l'atteinte ainsi qu'à réparer le préjudice qui en résulte"* (34). Dans tous les cas la contestation sérieuse consiste à anéantir la certitude du droit invoqué par le demandeur et l'absence de contestation sérieuse, c'est l'évidence du fond du droit. Or certains droits sont très puissants et doivent avoir, *a priori* l'évidence pour eux. Ce sont particulièrement les droits fondamentaux, dont le juge des référés, jugeant provisoirement au principal pour que ne puissent être bafoués ces droits essentiels, est donc le juge naturel.

B) Le référé est devenu une voie autonome de traitement de certains contentieux

La radicalité des effets du référé en fait très souvent une voie autonome de traitement de certains contentieux. Un profit non négligeable pourra en effet être tiré concrètement des effets d'une nullité constatée, serait-elle même simplement provisoire, ou encore de la prorogation d'un contrat. Dans un très grand nombre de cas la procédure de référé se suffit à elle-même. Il en est ainsi dans toutes les espèces où les parties ne saisissent jamais le juge du principal, une décision au fond ayant perdu tout intérêt. C'est notamment le cas en matière de provision quand elle est égale au montant de la créance (35). Il en est de même en matière sociale, lorsqu'est demandée la suspension d'un plan de restructuration sur le fondement des articles L 432-1 et suivant du Code du travail, la réintégration du salarié protégé après refus (36) ou annulation (37) d'autorisation, la neutralisation d'un licenciement pour fait de grève (38), le retrait d'avertissements (39), ou encore en matière de "référé piquet de grève" (40). Dans tous les cas, la saisine du juge du principal sera devenue hors de propos alors que la décision aura produit son plein effet, sans qu'une décision ultérieure, par hypothèse lointaine dans le temps puisse *a posteriori* influencer une situation qui, par nature évolue très rapidement. Cette jurisprudence s'explique par la présence de la notion d'illicéité, sans cesse présente derrière les conditions de recevabilité et qui est le vecteur des pouvoirs ouverts au juge des référés. C'est pour vaincre cette illicéité qu'il se voit accorder des pouvoirs de police civile, veillant au respect des libertés fondamentales. Ce point de vue a été défendu avec succès en matière de discrimination syndicale (41).

(30) Voir pourtant pour une distinction claire : arrêt Tressis et Ibib prec.

(31) JCP 1967 II 15181.

(32) Rev. tr. dr. civ. 2002, p. 137 à propos de l'arrêt *Sociétés Tressis et Ibib* déjà cité.

(33) Pierre Drai "Pour un juge qui toujours décide...", Gaz. Pal. 1987 (2^e sem.) 512.

(34) Cass. Civ. I 12 décembre 2000, n° de pourvoi 98-17521.

(35) Cass. Com. 20 janvier 1981, Bull. n° 40.

(36) CPH Paris 7 janv. 1997 Dr. Ouv. 1998 p. 168.

(37) Cass. Soc. 9 mai 2000 Dr. Ouv. 2000 p. 393.

(38) Cass. Soc. 28 avril 1994 Dr. Ouv. novembre 1994 p. 442, note S. Benamara-Bouaziz.

(39) CPH Fort de France 27 novembre 1997, Dr. Ouv. 1998 p. 279.

(40) Multiples décisions de TGI au Dr. Ouv. 2001 p. 84, p. 309, p. 442, p. 527.

(41) Pascal Moussy "Le référé prud'homal face aux discriminations" Dr. Ouv. 1992, p. 366 ; M.A. Drica "Le juge prud'homal des

La radicalité des mesures prises en référé pour la protection d'intérêts jugés supérieurs s'exprime également pleinement en matière de presse. L'intéressante et retentissante affaire du docteur Gubler, dans laquelle a été consacrée la notion de "vie privée familiale" illustre le pouvoir créateur d'un juge du provisoire qui, en réalité, vide le contentieux, les décisions du principal s'étant bornées à maintenir la situation dessinée par les décisions prises en référé (42).

Par ailleurs il doit être tenu compte de ce que les décisions de référé sont toutes exécutoires par provision et comme le prescrit l'article 524 du nouveau Code de procédure civile, l'exécution ne peut en être suspendue (voir pour illustration en cas de licenciement pour fait de grève) (43).

Enfin, pour qu'en toutes circonstances, il soit à même de donner la réponse appropriée à la situation dont il est saisi, le juge des référés se voit ouvrir la possibilité de statuer sur un fondement autre que celui qui lui a été proposé par les parties (44). Il s'agit même pour lui d'un devoir de recherche du

fondement le mieux adapté à la situation qui lui est soumise (45). Il s'agit d'une application particulièrement vigilante de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile qui vient compléter la conception extensive de la jurisprudence concernant les pouvoirs d'un juge qui doit ne pouvoir se retrancher derrière aucune facilité pour éviter de statuer.

Ce rapide examen des conditions du référé pourrait laisser penser que les actions menées sur le fondement des textes qui l'instituent sont le plus souvent couronnées de succès. Or il n'en est rien, les juridictions de premier degré restant très pusillanimes, accueillent avec bienveillance les contestations dites sérieuses qui leur évitent de statuer, parfois jusqu'au déni de justice. Souhaitons qu'elles s'emparent enfin des textes existant et que, remplissant leur office, elles veuillent bien devenir véritablement les garants de l'effectivité des droits et plus particulièrement des libertés fondamentales.

Marie-Laure Dufresne-Castets

référé face aux discriminations", Dr. Ouv. 1998 p. 431 ; pour illustration v. not. l'affaire Peugeot : CPH Paris (Référé-Juge départiteur) 4 juin 1996, Dr. Ouv. 1996 p. 381, note J.M. Verdier ; C.A. Paris (18^e Ch. C) 21 février 1997, Dr. Ouv. 1997 p. 224, note J.M. Verdier ; CA Paris 14 janv. 1998, Dr. Ouv. 98 p. 285 ; concernant les salariés retraités : CA Paris (18^e Ch. C), Dr. Ouv. 2001 p. 41 ; Cass. Soc. 30 janv. 2002 Dr. Ouv. 2002 p. 333.

(42) "Le secret du président et le juge des référés", Th. Massis Rec. Dalloz 1997, chronique 291. V. l'épilogue de cette affaire CEDH 18 mai 2004, D. 2004 IR 1643.

(43) CA Fort de France 2 nov. 1997, Dr. Ouv. avril 1998, p. 171 note Pascal Moussy et Cass. Soc. 17 nov. 1998 pourvoi n° 98-41075 cassant l'arrêt d'appel ; add. obs. A. de Senga sous Cass. Soc. 12 nov. 1997 Dr. Ouv. 1998 p. 376.

(44) Cass. Civ. II 6 mai 1998, Dalloz 1998, inf. rap, p. 142.

(45) Cass. Civ. III 22 janvier 1997, Bull. n° 22.

ANNEXE

Tribunaux – Référé – Mesures conservatoires ou de remise en état – Prévention d'un dommage – Conditions – Mesure devant être assortie d'un terme certain – Contrats et obligations – Contrat dénoncé – Poursuite de ses effets.

COUR DE CASSATION (1^{re} Ch. Civ.) 7 novembre 2000, **Tresis et IPIB**

Attendu que, garantissant, depuis le 1^{er} janvier 1996, la responsabilité civile que les sociétés Tresis et IPIB pouvaient encourir à raison de leurs activités professionnelles relatives aux prestations informatiques et d'ingénierie, la société Royal et Sunalliance a, par lettre du 13 octobre 1998, dénoncé ce contrat dans les forme et délai convenus, proposant un avenant excluant de la garantie les conséquences pécuniaires de la responsabilité leur incombant du fait des dommages qui trouveraient leur origine dans un dysfonctionnement provenant ou affectant des matériels électroniques ou informatiques, ainsi que des programmes et données informatiques, dès lors que ce dysfonctionnement était imputable au codage de l'année ; que, n'ayant pu obtenir d'un autre assureur une garantie semblable à celle procurée par le contrat dénoncé et soutenant que cette perte de garantie compromettrait gravement leurs activités, ces sociétés ont demandé, en référé, que la garantie du contrat conclu avec la société Royal et Sunalliance soit prorogée ; que l'arrêt attaqué a accueilli cette prétention ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu que la Cour d'appel a relevé que si la dénonciation du contrat d'assurance était intervenue dans le délai convenu, la compagnie d'assurances, lorsqu'elle avait accepté d'assurer les deux sociétés, connaissait exactement la nature de leur activité et n'ignorait pas les problèmes techniques que posait ou pourrait poser le passage à l'an 2000 pour l'ensemble des matériels informatiques et des prestataires de services, en raison du codage de l'année universellement adopté, et qu'elle

n'en avait pas moins, alors que le problème était déjà connu, accepté de garantir ces sociétés dans leurs activités, les incitant à ne pas se tourner vers des assureurs concurrents ; qu'elle a souverainement considéré que le dommage imminent précédait de la privation de garantie dans les conditions qu'elle avait ainsi relevées et de la perte consécutive de clients tant anciens que nouveaux ; qu'en adoptant comme mesure conservatoire la poursuite des effets du contrat, fût-il dénoncé, la Cour d'appel n'a fait qu'user du pouvoir que lui confère l'article 873, alinéa 1^{er}, du nouveau Code de procédure civile ; qu'en sa première branche, le moyen n'est pas fondé ;

Mais, sur la seconde branche du moyen :

Vu l'article 873, alinéa 1^{er}, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que l'arrêt attaqué prononce, à titre de mesure conservatoire, la poursuite des effets du contrat jusqu'à ce que les sociétés Tresis et IPIB aient pu conclure un nouveau contrat d'assurance ;

Qu'en statuant ainsi, sans fixer un terme certain à la mesure qu'elle ordonnait, la Cour d'appel a, sur ce point, excédé ses pouvoirs

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu (M. Lemontey, prés. - M. Bouscharain, rapp. - Mme Petit, av. gén. - SCP Defrénois et Levis, M. Vuitton, av.)