

La vérité

RAPPORT ANNUEL 2004 DE LA COUR DE CASSATION

COUR DE

CASSATION



La **documentation** Française



**COMPOSITION DE LA COMMISSION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES
DE LA COUR DE CASSATION**

Présidence :

- M. le Conseiller honoraire Chartier

Secrétariat Général :

- M. le Conseiller référendaire Betoulle
- Mme Carry, Adjoint administratif

Première Chambre Civile :

- M. l'Avocat général Sainte-Rose
- M. le Conseiller référendaire Chauvin

Deuxième Chambre Civile :

- M. l'Avocat général Kessous
- Mme le Conseiller référendaire Coutou
- M. le Conseiller référendaire Grignon Dumoulin

Troisième Chambre Civile :

- M. l'Avocat général Guérin
- M. le Conseiller référendaire Jacques

Chambre Commerciale :

- M. l'Avocat général Lafortune
- M. le Conseiller référendaire de Monteynard

Chambre Sociale :

- M. l'Avocat général Duplat
- M. le Conseiller référendaire Leblanc
- M. le Conseiller référendaire Liffra

Chambre Criminelle :

- M. l'Avocat général Di Guardia
- M. le Conseiller référendaire Lemoine
- M. le Conseiller référendaire Chaumont
- M. le Conseiller référendaire Soulard
- M. le Conseiller référendaire Valat

Service de documentation et d'études :

- M. le Conseiller Lacabarats

SOMMAIRE

Pages

Première partie :	
Suggestions de modifications législatives ou réglementaires	9
Deuxième partie :	
Études et documents	19
Discours prononcés lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le 7 janvier 2005 par :	
- M. Jean-Louis NADAL, Procureur général près la Cour de cassation	21
- M. Guy CANIVET, Premier président de la Cour de cassation	27
1. Études sur le thème de la vérité	35
2. Études diverses	103
Troisième partie :	
La jurisprudence de la Cour	165
Quatrième partie :	
L'activité de la Cour	359
Table des matières	447

Première partie

**SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS
LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES**

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

I. SUIVI DES SUGGESTIONS DE RÉFORME

A. Bilan sur les propositions de réforme en matière pénale

La procédure d'auditions des témoins devant la cour d'assises :

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a modifié l'article 339 du Code de procédure pénale dans le sens de la proposition formulée par le bureau (rapport 2002 page 18, rapport 2003 page 12).

L'extension de la représentation obligatoire en matière pénale :

Le bureau maintient la proposition de modifier les règles relatives à la représentation devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation en vue d'étendre le principe de la représentation obligatoire (rapport 2000, page 23, rapport 2001, page 18, rapport 2002 page 12, rapport 2003 page 14).

B. Bilan sur les propositions de réforme relevant du domaine civil

Le Comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que du directeur des affaires civiles et du Sceau, s'est réuni le 18 février 2005 afin d'examiner les suites éventuellement données aux propositions de réforme des textes de nature législative et réglementaire en matière civile figurant dans les rapports annuels de la Cour de cassation.

L'extension de la représentation obligatoire en matière civile :

L'extension de la représentation obligatoire en matière civile, suggérée depuis plusieurs années, a été adoptée par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, complété pour les procédures relatives aux étrangers en situation irrégulière par le décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 et, en matière d'expropriation, par le décret n° 2004-1420 du 23 décembre 2004.

Procédure de résiliation d'un bail d'habitation :

La modification de l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989, formulée au rapport 2002, a été mise en oeuvre par l'article 100 de la loi du 18 janvier 2005.

Régime de la prescription :

L'article 2277 du Code civil a été complété par l'article 113 de la loi du 18 janvier 2005 précitée qui étend aux charges locatives la prescription de cinq ans et qui prévoit le parallélisme entre les actions en paiement et en restitution des loyers, fermages et charges locatives.

Demeurent à l'étude les propositions suivantes :

En matière de prescription :

- la modification des règles de prescription en matière d'assurance (rapports 1990, 1996, 1997, 2001 et 2002) : l'élaboration d'une directive européenne sur la médiation en matière civile et commerciale, qui comporte des dispositions sur la prescription conformes au voeu de modification exprimé par la Cour de cassation ;

- la modification des articles 2262 et 2270-1 du Code civil (rapport 2002 page 15) sur la généralisation à 10 ans du délai maximal de prescription des actions en toute nature ; la chancellerie a indiqué qu'elle

s'appuierait sur les travaux menés par la Cour de cassation sur la prescription.

Résolution judiciaire du contrat de travail pour inaptitude :

La modification de l'article L. 122-32-9 du Code du travail permettant l'extension de la résolution judiciaire du contrat de travail pour une inaptitude dont l'origine n'est pas professionnelle déjà suggérée (rapport 2002, page 26), requiert une concertation interministérielle qui, à ce jour, n'a pas abouti.

L'abrogation de la loi du 30 mai 1857 :

L'abrogation de la loi du 30 mai 1857 (rapport 2003, page 16) devrait être intégrée dans une loi qui opérera une mise en cohérence plus générale, après consultation du ministère des affaires étrangères.

Oralité des débats :

La modification des articles 727, 843, 871, 882 et 946 du nouveau Code de procédure civile et R 516-7 du Code du travail sur l'oralité des débats (rapport 2003) devrait trouver sa place après l'adoption d'un règlement sur la simplification des règles de procédure pour les petits litiges.

Procédure d'avis :

Est maintenue par le bureau la suggestion formulée par le Parquet général en 2003 (rapport 2003 page 14) de modifier le premier alinéa des articles 1031-1 du nouveau Code de procédure civile et 706-65 du Code de procédure pénale de la manière suivante :

Article 1031-1 premier alinéa du NCPC :

*“Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et, **à peine d'irrecevabilité de la demande**, le ministère public. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point”.*

Article 706-65 premier alinéa du Code de procédure pénale :

*“Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et, **à peine d'irrecevabilité de la demande**, le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles des parties et les conclusions du ministère public dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées.”*

B. SUGGESTIONS NOUVELLES

A. Textes dont la modification est suggérée

1. Article L. 626-6 du Code de commerce
2. Articles 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 et 376-1 al 3 du Code de la sécurité sociale
3. Article 424 du nouveau Code de procédure civile
4. Article 515 du nouveau Code de procédure civile
5. Article 978 du nouveau Code de procédure civile
6. Article 39 du décret n°91-1266 du 19 décembre 1991

B. Exposé des motifs

PREMIÈRE SUGGESTION

Modification de l'article L. 626-6 du Code de commerce

L'article 625-8 du Code de commerce permet au tribunal civil ou commercial de prononcer, dans les cas prévus aux articles L. 625-3 à L. 625-6 dudit code, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale. En application de l'article L. 626-6 du Code de commerce, le juge répressif peut également condamner à cette interdiction toute personne déclarée coupable de banqueroute.

Lorsqu'une telle interdiction de gérer est prononcée par une juridiction civile ou commerciale, l'article L. 625-10, alinéa 1^{er} du Code de commerce exige du juge qu'il en fixe la durée, laquelle doit être limitée dans le temps et ne peut être inférieure à cinq ans (Cass com 9 janvier 1996, Bull. n°9).

En revanche, en l'absence de renvoi à l'article L. 625-10 dans l'article L. 626-6, la durée de l'interdiction susceptible d'être prononcée par le juge répressif n'est pas précisée.

Dans le prolongement de la jurisprudence dégagée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, relative au régime de l'interdiction d'exercer une profession commerciale prévue par l'article 4 de la loi du 30 août 1947 (AP, 22 novembre 2002, Bull. crim. n° 2), la chambre criminelle a jugé, qu'en application de l'article 131-27 du Code pénal, la peine complémentaire d'interdiction de gérer, prévue à l'article L. 625-8 du Code de commerce, lorsqu'elle est prononcée par une juridiction répressive, est soit définitive, soit temporaire et, dans ce dernier cas, ne peut excéder une durée de cinq ans.

Elle a ainsi cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir déclaré le prévenu coupable de banqueroute, l'avait condamné à dix ans d'interdiction de gérer (Cass. crim, 8 janvier 2003, Bull. n° 3). Elle a également jugé que l'article L. 626-6 du Code de commerce n'imposait nullement que la durée de l'interdiction de gérer soit limitée (Cass. crim, 25 février 2004, Bull. n° 52).

Il serait dès lors souhaitable, dans un souci d'harmonisation, qu'à l'occasion du vote du projet de loi de sauvegarde des entreprises, l'article L. 626-6 soit modifié afin que la durée encourue de l'interdiction de gérer, prévue à l'article L. 625-8, soit la même, que cette mesure soit prononcée par le juge répressif ou par le juge civil ou commercial.

La rédaction de l'article L. 626-6 premier alinéa pourrait être ainsi modifiée : *“la juridiction répressive qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article L. 626-1 coupable de banqueroute peut en outre, dans les conditions de l'article L. 626-10, prononcer soit la faillite personnelle de celle-ci, soit l'interdiction prévue à l'article L. 625-8”*.

DEUXIÈME SUGGESTION

Articles 31 de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 et 376-1 al 3 du Code de la sécurité sociale

Dans leur rédaction actuelle le deuxième alinéa de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale et l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, qui s'en inspire, soulèvent un problème au regard du principe de la réparation intégrale du préjudice.

Ces textes conduisent, notamment en cas de partage de responsabilité, à amputer les dommages-intérêts accordés à la victime au titre du préjudice résultant de l'atteinte à l'intégrité physique, y compris pour ce qui concerne sa vie personnelle quotidienne.

Article L. 376-1, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale

Si la responsabilité du tiers est entière ou si elle est partagée avec la victime, la caisse est admise à poursuivre le remboursement des prestations mises à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément. De même, en cas d'accident suivi de mort, la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit leur demeure acquise.

Article 31 de la loi du 5 juillet 1985

Ces recours s'exercent dans les limites de la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ou, s'il y a lieu, de la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit.

C'est ainsi que, par un arrêt du 19 décembre 2003, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été conduite à censurer une cour d'appel qui avait exclu du recours du tiers payeur des indemnités qui avaient été accordées au titre de la gêne dans les actes de la vie courante et du préjudice fonctionnel d'agrément.

“Attendu que, pour fixer le préjudice de M. Gibert, l'arrêt retient, au titre des préjudices moraux extrapatrimoniaux, des sommes correspondant, d'une part, à la gêne dans les actes de la vie courante pendant l'arrêt d'activité avant la consolidation, d'autre part, au "préjudice fonctionnel d'agrément" corrélatif au déficit fonctionnel de la victime et traduisant l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence causés après la consolidation par le handicap dans les actes essentiels de la vie courante, dans les activités affectives et familiales et dans celles des activités de loisirs ;

Attendu qu'en excluant ainsi du recours du tiers payeur des indemnités réparant l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;”

L'avocat général, concluant son avis au cours des débats qui précédaient cet arrêt, suggérait qu'il soit recommandé, lors du prochain rapport annuel de la Cour de cassation, de modifier ces deux textes dans le sens des recommandations du rapport du groupe d'expert, présidé par Mme le professeur Lambert-Faivre, remis au Garde des Sceaux au mois d'octobre 2003.

Il est proposé de modifier ainsi qu'il suit les deux articles concernés :

L'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 est remplacé par les dispositions suivantes : « Les recours subrogatoires des tiers-payeurs s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent les chefs de préjudices qu'ils ont pris en charge, à l'exception, des préjudices à caractère personnel. Conformément à l'article 1252 du Code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie ; en ce cas, elle peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers-payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle. Cependant, si le tiers-payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant un poste de préjudice personnel pour la même période, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice. »

L'article 376-1 al. 3 du code de sécurité sociale est remplacé par les dispositions suivantes : « Les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge pour la période considérée, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel. Conformément à l'article 1252 du Code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales ; en ce cas, l'assuré social peut exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée.

Cependant, si le tiers-payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnifiant de manière incontestable un poste de préjudice personnel pour la même période, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice. »

TROISIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 424 du nouveau Code de procédure civile

L'article L. 623-8 du Code de commerce, issu de l'article 176 de la loi du 25 janvier 1985, dispose que lorsque le ministère public doit avoir communication des procédures de redressement judiciaire, ou de liquidation judiciaire et des causes relatives à la responsabilité des dirigeants sociaux, le pourvoi en cassation pour défaut de communication n'est ouvert qu'à lui seul.

Cette disposition est unique. L'article 425 du nouveau Code de procédure civile dispose que le ministère public doit avoir communication des affaires de filiation, de tutelle, de procédures collectives, de causes relatives à la responsabilité des dirigeants sociaux et, plus généralement, de toutes les affaires dans lesquelles la loi dispose qu'il doit faire connaître son avis. C'est ainsi que dans les contestations formées en matière de procédure d'ordre (art. 148 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985), la cour d'appel statue sur les conclusions du ministère public (art. 764 du Code de procédure civile). Il en résulte que le défaut de communication du dossier au ministère public autorise le débiteur en liquidation judiciaire à former un pourvoi contre l'arrêt qui a statué sur la contestation de l'état de collocation alors qu'il n'était recevable à intervenir dans la procédure de saisie préalable que pour contester l'ordonnance du juge-commissaire ayant fixé la mise à prix et les conditions essentielles de la vente (article L. 622-16, alinéa 1^{er}, du Code de commerce et Cass. ch. mixte 5 décembre 1997, Bull. n° 2).

Il est proposé un double élargissement de la solution posée par l'article L. 623-8 du Code de commerce en réservant au seul ministère public, en cas de défaut de communication, le recours (et non seulement le pourvoi) en toutes matières (et pas seulement en cas de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de responsabilité de dirigeant social).

Rien ne paraît en effet s'opposer à un tel élargissement, même en matière d'état des personnes, dès lors que le ministère public est seul fondé à apprécier si le défaut de communication d'une affaire l'a empêché de donner utilement son avis et que, si un recours a été formé par une partie au procès, il peut toujours y intervenir.

Il est créé un second alinéa à l'article 424 du nouveau Code de procédure civile ainsi rédigé :

“Lorsque le ministère public doit avoir communication d'une procédure, le recours pour défaut de communication n'est ouvert qu'à lui seul”.

QUATRIÈME SUGGESTION

modification de l'article 515 du nouveau Code de procédure civile

Tel que rédigé, l'article 515 du NCPC ne permet pas à la juridiction qui ordonne l'exécution provisoire d'une décision d'en étendre le champ aux dépens.

La deuxième chambre civile, par un arrêt du 31 mai 2001 (Bull. n° 107), a jugé, contrairement à la jurisprudence antérieure (notamment Civ. 2, 23 janv. 1985, Bull. n° 18), que “l'interdiction édictée par

l'article 515, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile ne vise que les seuls dépens (et que) dès lors, un premier président n'est pas tenu d'arrêter l'exécution provisoire assortissant une condamnation prononcée en application de l'article 700 de ce même Code."

Commentant cette décision à la RTD civ. 2001 (page 663), le professeur Perrot approuvait cette décision et terminait son commentaire en souhaitant que le législateur modifie l'article 515 du NCPC afin que la même solution puisse s'appliquer aux dépens.

La rédaction actuelle de l'article 515 interdit, en effet, de faire porter l'exécution provisoire sur les dépens.

Afin qu'il puisse en être autrement il conviendrait donc de supprimer la seconde phrase du second alinéa de l'article 515.

Article 515

Hors les cas où elle est de droit, l'exécution provisoire peut être ordonnée, à la demande des parties ou d'office, chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, à condition qu'elle ne soit pas interdite par la loi.

*Elle peut être ordonnée pour tout ou partie de la condamnation. **En aucun cas, elle ne peut l'être pour les frais irrépétibles et les dépens.***

Cette situation va à l'encontre de la recherche d'une plus grande effectivité de la décision rendue au premier degré, les dépens pouvant représenter des sommes importantes dont la liquidation se trouve renvoyé à la fin du processus judiciaire.

Une telle modification irait, en revanche, tout à fait dans le sens du rapport "Célérité et qualité de la justice" remis au Garde des Sceaux par le président du tribunal de grande instance de Paris le 7 septembre dernier même si cette proposition n'y figure pas explicitement.

CINQUIÈME SUGGESTION

modification de l'article 978 du nouveau Code de procédure civile

L'interruption de l'instance ne dessaisit pas le juge qui peut seulement demander au ministère public de recueillir les renseignements nécessaires à la reprise de l'instance, inviter les parties à lui faire part de leurs initiatives et radier l'affaire à défaut de diligence dans le délai qu'il fixe (art. 376 du nouveau Code de procédure civile).

L'interruption de l'instance emporte celle du délai de péremption (art. 392, alinéa 1^{er}, du même code).

Il résulte de ces dispositions que l'interruption de l'instance au cours d'un pourvoi ne peut donner lieu qu'à un retrait du rôle et que, bien que la décision attaquée soit exécutoire, nul ne peut attester de son caractère irrévocable dès lors que le pourvoi peut reprendre son cours à tout moment. Cette situation paralyse les procédures : ainsi (pourvoi n° B 98-16.447) en cas de pourvoi contre l'arrêt confirmant le jugement qui a résolu le plan de continuation de l'entreprise et prononcé la liquidation du débiteur, le décès de ce dernier en cours de pourvoi - qui interrompt l'instance - soumet à l'incertitude toutes les opérations de liquidation de l'entreprise si les héritiers ne prennent aucune initiative après le décès de leur auteur. On sait, en effet, que les actes accomplis, et les jugements, même passés en force de chose jugée, obtenus après l'interruption de l'instance, sont réputés nonavenus à moins qu'ils ne soient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue (article 372 du même

code). Une cassation de l'arrêt prononçant la liquidation judiciaire privera d'effet toutes les opérations de saisie, vente et liquidation des biens du débiteur décédé.

Or, celui ou ceux qui reprennent l'instance doivent soit reprendre le mémoire en demande de leur auteur, soit déposer un nouveau mémoire.

Il importe que la sanction qui s'attache à l'abstention de reprendre le mémoire de leur auteur ou de déposer un nouveau mémoire soit identique à celle qui s'applique au demandeur au pourvoi qui n'a pas déposé de mémoire dans les cinq mois de son pourvoi. Il est de bonne politique judiciaire que cette déchéance n'intervienne qu'à l'expiration d'un délai variant en fonction des circonstances de la cause.

Il est institué, après l'alinéa 1^{er} de l'article 978 du nouveau Code de procédure civile, un alinéa 2 ainsi rédigé :

“En cas d'interruption de l'instance, celle-ci doit être reprise, à peine de déchéance, par le dépôt d'un nouveau mémoire dans le délai fixé par le premier président ou le président de la formation à laquelle l'affaire est distribuée. Ce mémoire peut se borner à renvoyer au précédent”.

L'alinéa 2 devient l'alinéa 3 du même article.

SIXIÈME SUGGESTION

modification de l'article 39 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991

Il résulte de l'article 39 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique que différents délais - ceux des dépôts de pourvoi et de mémoire, de demande de nouvelle délibération ou de recours - courent à compter du jour de “la réception par l'intéressé de la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle”.

Or, assez souvent, les intéressés ne vont pas chercher les lettres de notification qui leur sont envoyées avec demande d'accusé de réception.

Cette situation pose des problèmes de recevabilité des demandes de nouvelles délibérations, de recours, puis le cas échéant, de pourvoi.

Il serait donc souhaitable qu'entre le deuxième et le troisième alinéa de l'article 39 soit inséré un alinéa supplémentaire, qui pourrait être ainsi rédigé : “A défaut de réception par l'intéressé de la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle, ou de la notification de la nouvelle délibération du bureau ou de la décision prise sur le recours, les délais courent à compter du mois suivant le jour de présentation de la lettre de notification à l'intéressé.”

Deuxième partie

ÉTUDES ET DOCUMENTS

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

DISCOURS PRONONCÉ
PAR MONSIEUR JEAN-LOUIS NADAL
PROCUREUR GÉNÉRAL PRÈS LA COUR DE CASSATION
lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire
le vendredi 7 janvier 2005

Monsieur le Président de la République,

Vous nous faites l'honneur de votre présence et nous vous en sommes sincèrement reconnaissants. Nous sommes heureux de recevoir le Chef de l'Etat, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, Président du Conseil supérieur de la magistrature.

Votre participation à cette audience solennelle de rentrée est pour nous une marque de considération à laquelle nous sommes extrêmement sensibles et un encouragement à accomplir notre mission pour le bien de la justice.

Monsieur le Président de l'Assemblée nationale,
Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la justice,
Madame la Ministre, secrétaire d'Etat aux droits des victimes,
Monsieur le Président, Madame, Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,
Monsieur le Vice-Président du Conseil d'Etat,
Mesdames et Messieurs les parlementaires,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil supérieur de la Magistrature,
Mesdames et Messieurs les hautes personnalités,
Mesdames et Messieurs.

Pour toute juridiction, l'audience solennelle de rentrée est un temps fort, non seulement parce qu'elle est porteuse de renouveau plus encore que de recommencement, mais aussi en raison de la qualité exceptionnelle de l'auditoire, comme en témoigne votre présence. Nous sommes très heureux de vous accueillir dans cette maison qui est aussi la vôtre et je tiens, en vous saluant très chaleureusement, à vous exprimer toute notre reconnaissance pour l'intérêt que vous prenez ainsi au fonctionnement de notre institution.

Je souhaite tout particulièrement la bienvenue à nos amis étrangers qui nous font l'honneur d'assister à cette audience : Mesdames et Messieurs les ambassadeurs ainsi que Monsieur le Premier président et Monsieur le Procureur général de la Cour suprême de cassation d'Italie qui ont bien voulu, malgré leurs lourdes charges, répondre à notre invitation.

Monsieur le Premier président,

Je partage avec vous depuis huit semaines seulement la responsabilité de la Cour de cassation. Cela m'autorise à vous renouveler l'expression de ma gratitude pour l'accueil que vous m'avez réservé, et à vous dire tout l'intérêt que j'ai trouvé à nos nombreux entretiens au cours de cette période. Je me réjouis de voir que nous sommes engagés sur le chemin de relations harmonieuses et, j'en suis convaincu, fructueuses.

Messieurs les Présidents de chambre,
Mesdames et Messieurs les Hauts conseillers, conseillers référendaires et auditeurs,
Mes chers collègues du parquet général,
Mesdames et Messieurs les fonctionnaires de cette Cour :

Je veux également vous remercier pour la qualité de votre accueil.

J'ai le privilège, très peu de temps après mon installation, de prendre à nouveau la parole devant vous dans le cadre prestigieux et chargé d'histoire de cette magnifique grand-chambre.

Je voudrais prolonger les propos par lesquels je terminais ma première intervention devant vous et qui portaient sur la mission assignée à la Cour de cassation. Mais permettez-moi au préalable de dire quelques mots sur le fonctionnement de notre Cour.

Je veux d'abord saluer la qualité exceptionnelle des manifestations qui, au cours de l'année écoulée, ont accompagné la célébration du bicentenaire du Code civil. Le colloque des 11 et 12 mars 2004, placé sous votre haut patronage, Monsieur le Président de la République, a permis, en particulier, de porter sur ce code le regard le plus complet, judiciaire et juridique bien sûr, mais aussi, historique, sociologique, philosophique et international, car ces importantes journées ont rappelé l'influence du code Napoléon sur nombre de législations étrangères.

Je veux ensuite, dans un domaine concernant plus précisément cette maison, souligner les progrès considérables réalisés en peu de temps et au terme d'un intensif travail préparatoire, afin de permettre à notre Cour de fonctionner comme on peut l'attendre d'une grande institution de ce XXI^{ème} siècle.

Je pense au développement exemplaire de l'outil informatique qui, après la mise à disposition de banques de données tout à fait remarquables, va prochainement nous permettre de travailler sur des dossiers dématérialisés, avec tout ce que cela suppose d'accessibilité et de rapidité.

Je pense aussi aux réformes qui ont nettement amélioré nos méthodes de travail, et nous sommes ici redevables à M. le Garde des Sceaux et au Parlement d'avoir su comprendre leur nécessité.

L'instauration de la procédure de non-admission a permis de concentrer les efforts des chambres sur les pourvois qui méritent d'être soutenus et constitue ainsi un progrès pour l'ensemble des justiciables.

De même, l'extension de la représentation obligatoire à la quasi-totalité des procédures civiles permet aux chambres de travailler sur les documents techniquement irréprochables des avocats aux Conseils.

Il faut d'ailleurs se réjouir de la combinaison de ces deux réformes : la représentation obligatoire donne en effet la garantie que les décisions de non-admission seront expliquées par un juriste averti.

Ces considérations me conduisent à franchir une étape supplémentaire pour renouveler la proposition ancienne — et dont je ne saurais m'attribuer le mérite — d'étendre aussi la représentation obligatoire à la matière pénale, comme vous l'aviez souhaité lors de l'audience solennelle de rentrée de 2001, Monsieur le Premier président, et comme cette Cour l'a encore suggéré dans son rapport d'activité pour l'année 2003.

* *
*

Je tiens maintenant à aborder les principes qui dirigent désormais la participation du parquet général aux travaux des chambres de cette Cour. Un très fort questionnement est né lorsque l'implacable évolution a pris le pas sur la vénérable tradition. Je crois pouvoir affirmer qu'il a perdu de son actualité. Chacun a pris acte de la mise en conformité de notre organisation avec les canons issus de la Cour de Strasbourg et, n'en

déplaise au poète, ce parquet général n'est pas illuminé par "*le soleil noir de la mélancolie*" : ni découragement, ni morosité, mais une ferme volonté d'adaptation pour assurer sans cesse au mieux le service de la justice.

Il ne m'a cependant pas échappé que la nette séparation des travaux du siège et du parquet général, ainsi que l'exigent les standards européens, a ouvert de vastes perspectives de réorganisation. Il faut dorénavant permettre au parquet général de jouer pleinement son rôle, d'exercer toutes ses prérogatives et ne pas laisser en jachère le capital de science juridique réuni en son sein.

Oui, le parquet général de la Cour de cassation ne peut être fort et avoir une réelle utilité sociale qu'en portant un regard éclairé et lucide sur l'évolution des problèmes humains et sociaux. Oui, sa politique doit être lisible. Elle doit reposer sur des ressources puisées dans des relations fortes et durables avec les institutions et les acteurs de la société civile, sur un dialogue renforcé, source de progrès, de cohérence et de légitimité.

Elle doit se forger en considération de l'appartenance de notre pays à une Europe en pleine évolution, en charge d'un espace judiciaire dépassant par définition nos frontières. Elle doit se traduire, enfin, par son impact, par sa force doctrinale.

Le parquet général doit par ailleurs assurer cet indispensable travail d'irrigation des juridictions, qui bénéficieront pleinement des travaux de la Cour de cassation.

Comment réaliser ces missions ? D'une part, il m'apparaît clairement que nous sommes entrés dans l'ère du choix, par le parquet général, des dossiers dans lesquels il estime que son avis motivé est nécessaire, compte tenu de la difficulté juridique rencontrée ou encore, éventuellement, de la question de société se profilant derrière cette difficulté, j'y reviendrai.

D'autre part, et c'est le point principal, je pense aux moyens de renforcer et nourrir en interne, dans un espace de collégialité, la réflexion que nous ne partageons plus de la même manière avec nos collègues du siège au sein des chambres. Renforcer la réflexion, c'est lui permettre non seulement de prospérer entre des avocats généraux plus disponibles mais aussi de se développer de manière plus structurée. Il m'apparaît, à cet égard, que l'éminente qualité des travaux des avocats généraux serait consolidée, bénéficierait d'un surcroît d'autorité, dans le cadre mieux identifié d'une unité dotée d'un premier avocat général correspondant à chacune des chambres de cette cour.

Je tiens, M. le Garde des Sceaux, à vous exprimer ma profonde gratitude car vous avez été sensible à cette préoccupation. Vous avez bien voulu accepter le principe de la création d'un premier avocat général pour chaque chambre de cette Cour.

Ainsi, le siège et le parquet général de cette cour seront organisés symétriquement, pour déployer leur activité au maximum de son efficacité.

Je pense aussi à la possibilité de créer des emplois d'avocats généraux référendaires. Leur rôle serait comparable à celui des conseillers référendaires dont tout le monde ici salue la compétence et reconnaît l'importance. Là encore, Monsieur le Garde des Sceaux, je tiens à vous dire toute ma reconnaissance pour l'accueil favorable que vous avez bien voulu réserver à cette proposition.

Ainsi pourrons-nous voir notre parquet général, structuré, étoffé, secondé, mieux remplir sa mission auprès des chambres dans la droite ligne des préceptes dégagés à Strasbourg. Ainsi pourrons-nous renforcer la concertation avec les avocats aux Conseils, interlocuteurs naturels et estimés de ce parquet général.

J'ai dit réflexion renforcée, collégialité améliorée, mais je n'ai dit en aucun cas réflexion contrôlée. C'est en effet la force et l'honneur de ce parquet général d'être composé de magistrats indépendants dans des conditions consacrées par une longue tradition qui leur donne la seule mission de se prononcer selon la loi et dans l'intérêt général. Et se placer en situation d'émettre un avis mieux éclairé, de vérifier que cet avis est en cohérence avec ce qui a déjà été proposé ou décidé, ce n'est pas limiter son indépendance, c'est en faire bon usage, afin qu'elle ne devienne pas, selon la formule de SALLUSTE, "*un vice qui ressemble à une vertu*".

Ces propositions ont une ampleur certaine : c'est le prix de la mise aux normes européennes, un prix relativement modeste au demeurant si l'on considère les enjeux pour l'une des plus importantes cours suprêmes du Continent, conduite à modifier en profondeur une méthode de travail bi-séculaire.

* *
*

Permettez-moi maintenant de revenir sur la mission assignée par la loi à la Cour de cassation pour ce qui concerne l'essentiel de son activité, l'application du droit : appliquer le droit, dire le droit ... On a coutume de dire, avec Portalis, que la loi est faite pour l'homme et non l'homme pour la loi. Mais cette idée pleine de justesse biblique, demeure d'une portée pratique limitée, car quel est cet homme mythique dont parle l'adage ? Nous savons que loin d'être tout d'un bloc, il est multiple, complexe et changeant.

La loi, du moins celle qui se trouve en question dans nos institutions judiciaires, est mouvante, évolutive ; elle est ce "*flexible droit*" si savamment étudié par le regretté doyen Jean CARBONNIER. C'est ainsi qu'elle bouscule ceux qui croient toujours aux vertus de l'ordre ancien quand elle tend à s'adapter aux temps nouveaux : le droit ne peut se concevoir comme un amoncellement de règles abstraites, autonomes et isolées, détachées de la réalité des hommes et de la société.

Il importe ici que le juge soit à l'écoute de son temps, attentif au changement, pour être en mesure de procéder à la nécessaire adaptation du droit : ne pas devancer des évolutions que l'on croit percevoir au risque de se fourvoyer, mais, pour autant, ne pas être en retard. Cette mission, il est vrai, demeure pour l'essentiel l'apanage du législateur. Il arrive que le juge l'y invite par des arrêts que la doctrine qualifie parfois de provocateurs. Saluons la méthode par laquelle la Cour de cassation a su adapter le régime de la responsabilité civile aux progrès de la technique en appliquant des dispositions du code civil rédigées pour l'essentiel en un temps où l'idée même de locomotion automobile n'existait que dans les plans de quelques visionnaires.

C'est dire que si le juge peut proposer ou provoquer le changement de la règle, il est aussi de sa mission de l'adapter et même de la créer. Nul aujourd'hui ne conteste ce rôle de la Cour de cassation, nul ne doute que la jurisprudence est source de droit. Au demeurant, ce ne fut pas tant une conquête qu'une invitation du Parlement, puisque c'est en 1837, je le rappelle, que fut supprimé le référé législatif par lequel il était possible de demander au législateur lui-même d'interpréter la loi.

Ainsi, au fil du temps, le juge est devenu bien plus que "*cet être inanimé qui ne peut modérer ni la force ni la rigueur de la loi*" décrit par Montesquieu, pas plus qu'il n'est resté la "*sentinelle chargée de la conservation de la loi*", comme l'y incitait De Sèze. De sentinelle, il est devenu éclaireur, "*veilleur sur l'horizon de la Justice*", déchiffreur des évolutions de la société et de ses moeurs.

En 1900, BALLOT-BEAUPRE, Premier président de la Cour de cassation qui avait aussi lu Portalis s'adressait en ces termes aux magistrats : "*Appliquons la loi d'après ses termes mêmes, lorsqu'elle est clairement impérative ; sinon, interprétons-la libéralement, humainement ; rendons, avec l'indépendance des consciences honnêtes, une justice, à la fois impartiale, égale pour tous, secourable, dans la mesure du possible, aux faibles et aux humbles*". L'auteur de ces mots fit application lui-même de ses propres préceptes. C'est ici-même que le 12 juillet 1906, ce haut magistrat, présidant les chambres réunies de la

Cour de cassation, déclarait solennellement “*rien ne reste debout*” de l’accusation contre le condamné de l’Ile-du-Diable qu’il rétablissait dans son honneur.

Cette décision fut selon les mots du procureur général BEAUDOIN, “*le triomphe de la vérité et de la justice (...) méconnues par suite de l’infirmité de l’esprit humain (...)*”. Mais surtout, cette décision proclamait avant l’heure les principes essentiels de la publicité des débats, du contradictoire, du secret des délibérés, de la loyauté de la preuve, autant de principes bafoués par la juridiction de jugement. Ne voyait-on pas ainsi émerger, à l’aube du XX^{ème} siècle, les principes fondamentaux régissant le procès équitable au sens de l’article 6 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme ?

* *
*

Au cours de l’année 2004, à diverses reprises et dans différents domaines, la Cour de cassation a pleinement satisfait à cette exigence d’adaptation du droit.

Elle s’est ainsi attachée à donner la portée la plus large à la définition du crime contre l’humanité, lorsque son assemblée plénière a confirmé, en juin 2004, l’évolution jurisprudentielle entreprise voici plus d’une décennie. Cet arrêt de juin 2004, douloureux rappel

des heures les plus noires de notre pays, est aussi une importante contribution de la Cour de cassation à la nécessaire construction d’un ordre et d’un droit pénal international, à l’édification d’une justice internationale, dont l’actualité nous démontre hélas la nécessité.

Dans le domaine de la protection des droits de l’enfant, cette Cour a procédé à une interprétation libérale et humaine des règles relatives aux prestations familiales en considérant, en avril 2004, que les prestations en faveur des enfants étrangers vivant en France avec leurs parents en situation régulière étaient exigibles du seul fait de leur séjour régulier en France. C’est ici une logique humanitaire qui a été suivie, fondée sur l’affirmation du principe intangible du droit à la vie dans des conditions décentes, du droit à la nourriture et aux soins nécessaires à la santé. Cette décision forge en termes juridiques les impératifs modernes et les exigences actuelles de la sauvegarde des droits des enfants.

Et puisqu’il est question de conditions décentes, faut-il se réjouir ou se désoler que la Cour ait dû, par un arrêt récent, du 15 décembre dernier, se prononcer sur la définition “du logement décent”, en jugeant qu’un logement ne disposant pas de l’eau courante ne répondait pas aux exigences de la loi ?

* *
*

Il serait trop long bien sûr de faire la liste de l’ensemble des décisions de la Cour de cassation qui ont marqué l’année judiciaire 2004. Mais ces quelques exemples montrent que les domaines dans lesquels la Cour est conduite à appliquer un droit vivant, non figé, ne sont pas purement théoriques et ne se limitent pas à des débats juridiques n’intéressant que les seuls spécialistes. Il s’agit bien souvent de sujets essentiels touchant les citoyens au plus près. Tel a été le cas de la décision de la chambre mixte de la Cour de cassation du mois de novembre dernier portant sur la nature des contrats dit “d’assurance-vie”, et dont l’éventuelle requalification en donation présentait un enjeu considérable non seulement pour la gestion de multiples établissements financiers mais aussi pour le patrimoine de nombreux ménages.

Je crois important de rappeler que cette décision a été prise après consultation officielle par le parquet général, des services administratifs et des organismes professionnels non parties à la procédure mais directement intéressés par sa solution, et dont les avis écrits ont été communiqués à la Cour. Ainsi le parquet général a joué ce rôle capital, souvent évoqué, de “fenêtre ouverte” sur l’extérieur.

Nous voyons que, sauf à prendre le risque d'un immobilisme stérile ou d'un profond décalage avec la vie, l'interprétation du droit ne peut se faire dans l'ignorance du contexte. Je confirme que je tiens pour essentielle cette mission du parquet général consistant à éclairer le juge, à lui apporter des éléments, certes extérieurs au dossier, mais indispensables à sa compréhension. C'est, je l'ai déjà dit, l'honneur du parquet général d'être au carrefour des institutions, des corps constitués, des organismes professionnels, d'être cette passerelle indispensable entre le juge et la société. Dire le droit en l'adaptant à l'évolution de la société, rapprocher le citoyen de la règle de droit : il s'agit là d'une action pédagogique indispensable qui relève de la mission première du juge.

Il ne suffit pas que la justice soit rendue. Il importe aussi, autant que faire se peut, qu'elle soit acceptée, car elle ne peut être, comme l'écrivait SALEILLE pour le dénoncer, "*une tyrannie du dehors*". Faire accepter la Justice, c'est non seulement la rendre humainement, dans le respect des exigences et des principes qui s'imposent au juge, mais c'est aussi l'expliquer, pour que l'autorité de la loi ne soit pas rejetée : rendre la Justice, c'est consolider le lien social. C'est encore à l'un de nos illustres prédécesseurs que j'emprunterai cette dernière formule pour décrire ce que peut être l'idéal du juge : "*faire aimer la République*".

**DISCOURS PRONONCÉ
PAR MONSIEUR GUY CANIVET
PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION
lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire
Le vendredi 7 janvier 2005**

“De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir, elles sont la source des mœurs...et la garantie de toute paix publique et particulière”.

Ainsi, dans le mythique discours préliminaire du Code civil, s'exprime Portalis, dont la pensée, étonnamment moderne, mérite d'être aujourd'hui encore méditée :

“[Les lois civiles] atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout, elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté.”

Il fut souvent cité au cours de 2004 qui, on le sait, fut l'année du Bicentenaire du Code civil.

Grâce à l'éclat que vous leur avez donné, Monsieur le Président de la République, par votre présence et votre parole, en Sorbonne, le 11 mars dernier, devant la communauté juridique internationale, les manifestations du Bicentenaire ont eu un formidable retentissement tant en France qu'à l'étranger.

Elles se poursuivirent, ici, tout au long de l'année, à l'Institut, au Conseil d'Etat, dans les Assemblées, les universités, les juridictions, les enceintes professionnelles et les sociétés savantes, par d'innombrables et importantes manifestations : colloques, expositions, communications virtuelles, traitèrent de l'histoire, de la sociologie, de l'idéologie, de la littérature, de la technique législative, de la pratique du Code civil, de sa modernité, de son destin, de ses réformes, de la codification interne et européenne...

Tout aussi intenses furent les célébrations organisées, sur les cinq continents, dans de nombreux pays, à quelque système qu'ils appartiennent, droit civil ou Common Law, par vous-même, Monsieur le Ministre de la justice et votre Service des affaires européennes et internationales, en relation active avec le Ministère des affaires étrangères et nos postes diplomatiques, manifestations auxquelles furent associés les grandes universités, les instituts de diffusion de la culture juridique française, les magistrats, les professions juridiques et judiciaires... Parfaitement ordonnées, elles ont exprimé la volonté des pouvoirs publics de valoriser notre droit, montré l'unité et le dynamisme de notre classe juridique, permis de mesurer le rayonnement du Code, son influence, sa compétitivité sur le marché très disputé des codifications modernes, la place des juristes français dans la mondialisation du droit et l'efficacité de notre système juridique.

En bref, derrière l'Etat qui en fut l'instigateur, s'est propagé un mouvement considérable, presque un phénomène de société, une saine émulation, un sursaut des juristes de France, en communion étroite et heureuse avec ceux de la communauté francophone et des systèmes juridiques d'inspiration française.

La fête qui s'achève fut longue, belle et pleine d'enthousiasme. Qu'en reste-t-il, à l'heure où s'éloigne la musique et s'éteignent les lumières ? N'avons-nous mis en scène qu'un monument du passé, dans un son et lumière époustouflant mais sans lendemain ? N'avons-nous provisoirement ranimé qu'un droit

déclinant ? En avons-nous, au contraire, révélé la force, la vivacité, la dynamique, l'actualité ? Avons-nous stimulé l'impulsion et la détermination de ceux qui le pratiquent, le font vivre et l'exportent ? Avons-nous finalement su trouver dans les leçons du Code civil matière à fortifier notre système juridique actuel ?

Comme toujours la réalité n'est pas univoque, elle fixe des certitudes mais provoque des inquiétudes : des certitudes sur la vitalité de notre droit et la pertinence de notre système, des inquiétudes sur son influence internationale dans un contexte conflictuel d'eupéanisation du droit et de mondialisation de la pratique juridique.

*
* *

Il est certain - l'élan national, politique, universitaire, professionnel, citoyen l'a montré -, que dans notre propre communauté, le Code civil est vivant. Il représente pour les Français, tout à la fois, le ciment de l'unité nationale, le repère de la citoyenneté, le moteur de l'intégration, l'âme de la cohésion sociale, la protection contre les risques de la vie collective, le support de l'activité économique, la référence de la pratique juridique... Dès l'origine, il fut conçu par ses rédacteurs comme *“un corps de règles destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent à la même société”*.

Aujourd'hui encore, il est l'instrument qui fonde nos choix de société. C'est en cela, que, comme vous l'avez rappelé, Monsieur le Président, le doyen Jean Carbonnier vit dans le Code civil la véritable Constitution de la France. *“Matériellement, sociologiquement - écrit-il, il a bien le sens d'une constitution, car en lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution et continue à se constituer de nos jours...”*.

Le Code civil exprime les aspirations de la Révolution dans des principes juridiques qui se confondent avec les valeurs de la République. Il l'a fait de la laïcité, inspirant la tradition républicaine jusque dans ses expressions les plus récentes ; il l'a fait des trois valeurs qui constituent la devise de la République, la liberté, l'égalité et la fraternité. Et ce qui est vrai du Code de 1804 l'est plus encore aujourd'hui, en raison de l'amélioration progressive du droit des personnes et, à une époque proche de nous, du développement des politiques d'intégration, de lutte contre les exclusions et discriminations de toute nature, des politiques de solidarité dans leur expression la plus aboutie - en tragique résonance en ces jours de douleur - celle qui lie les peuples et les générations, par le concept de développement durable bientôt compris dans notre Constitution.

Tout cela fut brillamment mis en scène, en particulier dans la magnifique exposition organisée par l'Assemblée nationale et la Cour de cassation sur le thème *“Des lois qui nous rassemblent”*. A l'intention d'un public large, cette exposition a illustré la présence constante de ce Code, entré par l'histoire dans nos mentalités, qui a inspiré et encadré pendant deux siècles l'action du législateur et celle du juge. Elle a montré la place du Code dans l'évolution continue d'un droit qui, aujourd'hui encore, régit la vie quotidienne des citoyens, de la naissance à la mort, dans tous les aspects de la vie familiale, économique et sociale.

*
* *

Cette manifestation symbolique, fruit de l'association du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire, met en lumière une seconde vérité. Le système de mise en oeuvre du droit imaginé par les auteurs du Code civil reste encore parfaitement opérationnel : une règle générale fixée par la loi, appliquée et, en cas de besoin, interprétée par un juge. Telle est la philosophie des rapports de la loi et de la jurisprudence sur laquelle est fondée la méthode civiliste.

Ainsi, dans le système du Code civil, la loi, déclaration solennelle de la volonté du peuple souverain, prend effet par l'action du juge investi de la mission de l'appliquer en l'interprétant et en l'adaptant aux réalités sociales particulières ; cela est merveilleusement exprimé par le discours préliminaire :

“Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées...”

“Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il doit être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une”.

Nier la fonction supplétive, intégratrice et adaptatrice du juge, la dénaturer, la caricaturer, en dénoncer de prétendus excès en l'opposant à la suprématie de la loi revient à compromettre l'un des mécanismes les plus forts et les plus durables de notre science juridique. Il est plus positif et aussi plus conforme à nos institutions, comme le fait Portalis, de situer le juge et le législateur dans une relation de maturité, complémentaire, dialogique et sereine, fixant les rôles de chacun tout en subordonnant le juge à une obligation de loyauté à l'égard de la loi. Dans les systèmes de droit codifié, il n'y a pas plus de justice sans loi que de justice sans juge.

Deux siècles plus tard, persiste cet indispensable dialogue entre le législateur et le juge pour la pérennisation de notre système de droit. De sorte que l'ordre juridique français n'est ni abandonné à une application mécanique de la loi ni soumis à l'arbitraire du juge. Il repose sur une collaboration équilibrée entre l'une et l'autre.

“...chez toutes les nations policées, - dit encore Portalis - on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de décisions... qui s'épure journalièrement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui est constamment regardé comme le vrai supplément de la législation”.

Tels sont, dans la complémentarité entre la loi et la jurisprudence, l'originalité et le génie du système juridique français, à la fois soucieux de permanence, de stabilité et de sécurité, mais évolutif, apte à s'adapter aux situations nouvelles et à gérer la complexité.

Au fil du temps, c'est un modèle qui a permis d'intégrer, sans désordre, des normes créées hors du Code. Quels que soient les mouvements qui l'agitent, le droit issu de la codification ne peut, en effet, s'affranchir de l'exigence de cohérence qui relève de son essence même ; il ne peut se penser, à l'intérieur de notre univers social, que sous la forme d'un ensemble organisé de règles, mutuellement compatibles. Toute antinomie, toute contradiction, serait l'échec du droit, de ce fait même atteint dans son autorité. Jamais définitivement acquise, cette mise en cohérence est une quête permanente qui est l'oeuvre du juge.

Dans l'espace, c'est aussi un modèle qui a favorisé l'adaptation du droit national aux sources internationales auxquelles s'est lié ou rallié notre pays. L'éclatement des lieux de création du droit, provenant désormais de multiples sources internes et internationales, rend cette harmonisation d'autant plus nécessaire que se multiplient les risques de contradiction. Il revient naturellement à la pratique juridictionnelle de discerner les incompatibilités et, de ce fait, avant que n'intervienne éventuellement la correction légale, de procéder d'abord à l'ajustement des normes.

C'est donc, encore, cette relation étroite et constructive du juge et du législateur qui fait que l'édifice du droit est toujours debout. Loin de saper les fondements de l'ordre juridique et d'évincer le pouvoir de la

loi, la jurisprudence tend donc à la reconstruction permanente d'un nouvel ordre à partir d'un pluralisme et d'une diversité voulus et assumés des sources de droit.

Grâce à cette souplesse, à cette fluidité, le système français a évolué sans rupture de la période classique à l'époque moderne puis, à ce que certains discernent aujourd'hui comme la post-modernité du droit. Ce sont ces qualités qui lui ont permis de s'accommoder à l'ère industrielle, comme au progrès social, à l'innovation scientifique, comme au développement des droits de l'homme puis, dernièrement encore, d'absorber la révolution numérique.

*
* *

Mais aussi pertinent soit-il, le système français de droit codifié ne restera vivant qu'à la condition d'être stimulé par un mouvement constant d'actualisation.

Le défi vient d'abord de l'Europe ; c'est désormais dans le contexte de l'Union que se pose la question de la recodification du droit civil. Depuis plusieurs années, le Parlement et la Commission invoquent la nécessité d'unifier le droit civil et spécialement celui des contrats. Comme on s'en doute, le programme destiné à y conduire provoque, tout spécialement en France, d'intenses discussions.

Bien évidemment, il ne s'agit pas de se figer dans des positions passéistes. Il est clair que le temps des citadelles nationales que furent les grands codes du XIX^{ème} siècle, n'est plus, et que l'heure est venue de se pencher sur l'europanisation du droit privé. Même juridique, l'ultra-nationalisme comme l'ultra-souverainisme sont irréalistes au sein de l'Union et notre propre tradition ne peut être érigée en sanctuaire. Pour autant, une démarche purement technocratique de codification a minima détournerait du vrai débat qu'est le choix démocratique des valeurs que les peuples d'Europe veulent intégrer dans le droit privé de demain.

“Les lois ne sont pas des actes de puissance, - lit-on encore sous la plume de Portalis - ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes faits pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère et aux habitudes, à la situation des peuples pour lesquels elles sont faites...”....

“Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas...”.

Peut-on mieux dire que le droit est culture et que l'édification d'un Code civil structure durablement la société ? Ce fut le génie de Napoléon de le comprendre !

*
* *

Mais alors que s'exaltent ces nouvelles perspectives, le droit français est, dans l'ordre mondial, brutalement rappelé à l'impératif d'efficience par des écoles américaines d'analyse économique des facteurs de développement. Postulant le rôle déterminant de la qualité des lois et règlements régissant la vie des affaires sur la croissance économique, ces études, à partir de l'observation de nombreux systèmes de droit, proposent de démontrer que les réglementations les plus lourdes produisent les plus mauvais résultats parce qu'elles sont généralement associées à une inefficacité des institutions publiques, à de longs retards de décisions, à des coûts élevés des formalités administratives, à l'inefficacité des procédures judiciaires, à plus de chômage et de corruption, à une moindre productivité et à l'assèchement des investissements. A partir des critères qui en sont déduits, sont défavorablement cotés et classés les systèmes inspirés du modèle français.

Comme vous l'avez prévu et puissamment organisé, Monsieur le Ministre de la justice, ces analyses, qui atteignent l'ensemble de la communauté juridique d'expression française, ne peuvent être acceptées sans examen et rester sans réplique, mais, comme vous l'avez aussi annoncé, elles nous imposent, en même temps, un programme ambitieux de modernisation de notre appareil légal et juridictionnel.

Du point de vue de la lourdeur réglementaire, juristes, praticiens et pouvoirs publics français n'avaient pas attendu ces études étrangères pour en dénoncer les excès et engager une remise en ordre du dispositif juridique, afin de remédier, dans le cadre de la Réforme de l'Etat, aux dysfonctionnements de l'inflation normative. Dans sa décision du 16 novembre 1999, le Conseil constitutionnel appuie ce programme en considérant qu'il s'agit là d'un objectif à valeur constitutionnelle. C'est ce qu'a vigoureusement souligné, cette semaine, le président du Conseil constitutionnel.

“Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaiblissent les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation”, rappelle encore opportunément le discours préliminaire.

Dans le domaine juridictionnel, directement interpellé par la critique économique, se pose en tout cas la question de l'emploi rationnel des ressources publiques et privées affectées à la justice au regard de sa qualité. Certes, le fonctionnement de la justice ne peut être apprécié au seul critère de productivité mais il n'est pas non plus insensible à l'efficacité économique.

Il est vrai que l'organisation des juridictions et leurs procédures ne peuvent être instrumentalisées au service des relations d'affaires les plus primaires et cotées selon des normes sommaires. L'évaluation d'un système juridictionnel suppose évidemment que soient d'abord définis les objectifs et valeurs qu'une société évoluée demande au juge et au procès. En Europe, ces principes sont, pour l'essentiel, contenus dans les garanties du procès équitable fixées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et précisées par la jurisprudence de la Cour européenne. Or, cette jurisprudence elle-même n'ignore pas le rapport de proportionnalité qu'il doit y avoir entre les fins idéales d'une justice démocratique et les moyens limités dont dispose la collectivité.

C'est dire que la nécessité d'évaluer notre système judiciaire au moyen d'indicateurs crédibles est aujourd'hui impérieuse. Elle l'est au regard de la récente réforme des finances publiques, elle l'est pour tenir compte des exigences justifiées - et clairement exprimées cette année encore - de l'opinion publique, elle l'est pour assumer l'obligation de crédibiliser notre appareil juridictionnel en Europe, elle l'est, enfin, pour justifier de sa compétitivité mondiale. Notre justice ne peut rester plus longtemps à l'abri, ni de la logique économique ni de sa soumission à des repères objectifs de qualité. Magistrats autant que professionnels du droit doivent en être conscients, la performance et le crédit de notre système de justice ne sont plus seulement des questions domestiques, ce sont des enjeux internationaux dont dépendent tout à la fois notre économie, à laquelle l'activité juridique prend désormais une part importante, notre place dans l'espace judiciaire européen et notre influence dans le monde.

Dans ce contexte exigeant, comme vous en avez ouvert la voie, Monsieur le Ministre de la justice, la réponse ne peut consister que dans la mise en oeuvre d'un projet visible et convaincant d'évaluation critique où chacun accepte de se remettre en cause.

Précisément, parce que le juste est un idéal, plus qu'aux autres services publics, l'exigence de la qualité et de l'efficacité s'impose à l'institution judiciaire, à ses juges, à ses procureurs et à ses auxiliaires. En rien, le monde de la justice civile n'est soustrait à la Réforme de l'Etat.

*
* *

A travers les multiples manifestations auxquelles elles ont donné lieu dans de nombreux pays, les célébrations du bicentenaire du Code civil ont mis en lumière l'attachement fort à la culture juridique française. Nous avons ressenti cela comme un courant de vive et amicale sympathie en même temps que comme une marque de confiance, un encouragement à être plus présent dans le concert mondial des droits. Assurément, la mémoire collective et le poids de l'histoire sont des facteurs essentiels de l'influence internationale actuelle de notre droit civil. Mais, pour cette raison même, il risque d'être perçu comme un monument du passé. Aussi beau et imposant soit-il, le temple serait-il vide, et la tradition civiliste française une religion perdue ?

Ce ne serait pourtant pas faire preuve d'un nationalisme excessif ni d'autosatisfaction que de penser que l'oeuvre bicentenaire, mais considérablement rajeunie au cours du demi-siècle passé, peut être le support d'une renaissance de notre pensée juridique. Sans aucun doute, la réforme progressive, par grandes institutions, entreprise depuis plusieurs dizaines d'années, est à poursuivre. C'est cette volonté de modernisation que vous avez rappelée, Monsieur le Président de la République, c'est celle qu'a exprimée le Gouvernement, par Monsieur le Premier Ministre et par vous-même, Monsieur le Ministre de la justice, en ouvrant un large programme de réformes du Code. Ont ainsi été solennellement installés les processus de réécriture indispensable du droit des sûretés et de celui des obligations, domaines essentiels de la pratique des affaires. Récemment, vous avez annoncé, Monsieur le Garde des Sceaux, l'engagement d'une réflexion sur l'introduction de la fiducie, une des institutions les plus caractéristiques du Common Law, dans notre droit civil. Tout est donc en place pour que le courant rénovateur puisse s'exprimer en replaçant le droit codifié français à l'avant-garde de la modernité.

Assurément, l'esprit d'innovation impose une approche différente de la re-formulation du droit. L'évolution actuelle qui tend à la convergence, notamment à l'échelle européenne, ouvre à cet égard de nouvelles perspectives. La circulation de la pensée du droit est à double sens. D'un côté, elle tend à l'harmonisation mais, loin de se faire à partir d'un modèle unique, le rapprochement intervient par comparaison entre tous les systèmes existants, où chacun n'est jugé, emprunté ou imité que selon ses mérites. La nouvelle pensée juridique doit être comparatiste.

Or, aujourd'hui, les mérites d'un système de droit s'apprécient à ses aptitudes à permettre la production et la circulation de la richesse, à favoriser le développement économique et l'intégration sociale et à assurer la sécurité juridique. L'esprit de réforme doit donc mobiliser toutes les ressources de l'économie, de la sociologie, de la philosophie, des sciences du langage et de la communication. La nouvelle pensée juridique doit être inter-disciplinaire.

Les juristes français ne doivent pas craindre une telle évolution. Ainsi que le note avec clairvoyance un de nos grands comparatistes, la « globalisation de la pensée juridique » est l'occasion de redonner au droit français - et à son Code civil, qui en est le cœur - la place qui leur revient dans la vie juridique internationale. *« Ce droit, et ce Code », - dit-il - « seront d'autant plus reconnus que les juristes français en feront mieux connaître l'originalité, les valeurs et les fondements actuels à l'étranger »*. Un tel mouvement semble se dessiner, comme si les célébrations de cette année avaient rompu la crainte de la confrontation avec les droits ou les juristes des autres pays et vaincu la tendance au repli sur soi. La nouvelle pensée juridique doit puiser ses sources dans la tradition nationale mais la situer parmi d'autres sans arrogance ni complexe.

Si elle mobilise ces forces neuves, attentives au monde à partir de la tradition française, l'accélération du mouvement de réforme est une nouvelle chance pour l'avenir de notre Code civil.

Mais aujourd'hui, la France est en Europe et l'Europe est un formidable creuset de création d'un droit nouveau pour l'ensemble du vieux continent, une puissante machine à intégrer les droits de chacun des Etats membres. Le modèle de l'avenir n'est-il pas celui qui jaillira de la rencontre du Common Law anglais et des droits du continent ? Mais plus que ce rapprochement technique, plus qu'un nouveau droit, une nouvelle culture juridique est en gestation en Europe. Elle sera plus que la somme de nos traditions

respectives, car le courant politique européen engendre de nouvelles valeurs, des valeurs de liberté, de solidarité, de progrès social, tout en imposant le concept original d'un nouvel Etat de droit.

Sans aucun doute, un nouvel humanisme juridique est né ; il est à l'échelle d'un espace de droit, grand comme un continent et réunissant 25 Etats porteurs de multiples et anciennes traditions mais unis par des valeurs communes exprimées dans une Charte, bientôt dans une Constitution. Il nous faut apprendre à penser avec lui.

Puisque Portalis nous a accompagné tout au long de cette année et de ce discours, c'est tout naturellement avec lui que j'achèverai ces fugitives observations sur une année juridique et judiciaire chargée en événements contrastés.

“Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover”.

Ce que dit autrement le poète qui invite à maîtriser l'espace et l'avenir en ouvrant *“La grande Voie triomphale au travers de la Terre réconciliée pour que l'homme soustrait au hasard s'y avance”* (Paul Claudel).

*
* *

Au moment d'achever cette audience, je m'associe aux remerciements exprimés par Monsieur le Procureur Général.

En vous assurant, Monsieur le Président de la République, de la gratitude des membres de cette Cour pour l'intérêt que vous leur portez par votre fidèle présence à ses audiences solennelles, je voudrais, devant vous, souligner le travail qu'ils ont accompli au cours de cette année et qui nous permet, à nouveau, de publier les indicateurs favorables que vous avez sous les yeux.

Ces propos s'adressent aussi à vous Monsieur le Président de l'Assemblée nationale, à Monsieur le Ministre, à Madame le Secrétaire d'Etat, et à toutes les hautes personnalités qui nous ont accompagnés dans l'ouverture de cette année judiciaire.

Je salue enfin nos collègues de la Cour suprême de cassation d'Italie, M. Nicola Marvulli, premier président et M. Francesco Favara, procureur général, ainsi que ceux qui les entourent, en visite parmi nous pour consacrer les liens étroits de coopération qui existent désormais entre toutes les cours suprêmes ou de cassation des Etats de l'Union européenne notamment dans le cadre du Réseau constitué, ici même, au mois de mars dernier.

L'audience est levée.

1. Études sur le thème de la vérité

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

AVANT-PROPOS

Yves CHARTIER
Président de la Commission du Rapport

Au cours des quatre dernières années, le rapport annuel, axé plus spécialement sur un thème donné, a porté successivement sur la protection de la personne (2000), les libertés (2001), la responsabilité (2002) et l'égalité (2003). Le sujet ici retenu est celui de la vérité. Il est simple dans le principe si l'on s'en tient à l'évidence que sans la recherche de la vérité, il n'est pas de justice, et toutes les valeurs que celle-ci sous-tend, tous les principes sur lesquels elle repose, s'effondrent. De ce point de vue, la vérité transcende tous les domaines du droit. Le lien entre la vérité et la justice est aussi ancien que le droit existe ; il s'oppose aux rapports entre les hommes fondés sur la force. Le psalmiste faisait déjà le rapprochement, évoquant un Seigneur clément et miséricordieux (ps.110) : "Les oeuvres de ses mains sont vérité et justice".

Dans son discours de rentrée, reproduit plus haut, le procureur général Nadal a rappelé les propos du procureur général Baudouin à l'occasion de l'arrêt des Chambres réunies du 12 juillet 1906, rendu dans l'affaire Dreyfus : cette décision fut, dit-il, "le triomphe de la vérité et de la justice", qu'il avait naturellement associées. Dans notre droit, le lien est si essentiel que la présomption de vérité s'attache à la chose jugée : *res judicata pro veritate habetur* ; le jugement des hommes doit être tenu pour vrai. Mais en même temps il ne s'agit que d'une présomption. Que l'article 1350 du Code civil doive faire de cette règle une présomption légale souligne bien les limites des rapports entre la vérité et la justice : la présomption est empreinte en même temps de force (en ce qu'elle s'impose aux juges et aux hommes) et d'humilité (en ce qu'elle ne résulte que de la loi). Ces limites tiennent, s'agissant des faits - en matière civile comme en matière pénale - pour partie aux difficultés de preuve. Sur ce terrain même, la vérité n'a pas nécessairement le même sens selon l'angle sous lequel on l'envisage. Un auteur (A. Etchegoyen, *Vérité ou libertés, La justice expliquée aux adultes*, éd. Fayard, p. 61 et s.) a ainsi opposé, en droit pénal, la "vérité à découvrir", qui serait celle des magistrats, et "la vérité judiciaire à construire", qui serait celle des avocats. Sans avoir ici à se prononcer sur cette thèse, on en retiendra du moins l'idée, difficilement contestable, que la vérité, même de la preuve, ne se laisse pas facilement appréhender, qu'elle n'est pas nécessairement la même pour tous, selon l'éclairage différent sous lequel chacun la voit.

La difficulté est encore plus grande si, par-delà les faits, on s'interroge sur l'existence d'une vérité du droit, d'une vérité juridique. Vue sous cet angle, la vérité, à laquelle sont liées des notions multiples comme la bonne foi, la confiance, la sagesse, l'équité, la loyauté, la recherche du bien, peut apparaître davantage comme un idéal que comme une norme qui pourrait fonder la décision du juge. La vérité du juriste ne peut au surplus reposer sur une vue abstraite, idéale, du monde. Le rôle du juge, qui est d'appliquer la loi, fait qu'il se trouve confronté à une vérité qui lui est d'abord imposée, celle du législateur qui a sa conception de la société et du bien des citoyens, et est en mesure de prescrire ce qu'il croit être vrai. Dans la marge de liberté qui est laissée à l'interprétation du juge, la recherche de la vérité n'est pas elle-même sans soulever des questions : ce qui est tenu pour vrai à un moment donné ne l'est pas nécessairement pour toujours ; le juge, comme le citoyen, sait que la vérité est relative, contingente. Il se crée un dialogue permanent entre un absolu, un idéal, et les exigences qui naissent de l'application concrète de la règle de droit à des situations données.

La place faite à la vérité dans l'application du droit est d'autant plus difficile à déterminer qu'il n'existe de définition incontestable, ni de la notion même de vérité, ni de son contenu. On conçoit donc que la loi s'abstienne de la définir, alors même qu'elle la prend, de façon d'ailleurs exceptionnelle, directement en considération sous des vocables divers, mais d'ambition souvent plus modeste, comme par exemple la vraisemblance, ou l'évidence. On ne peut au demeurant en faire grief au législateur. N'a-t-on pas observé (G. Cornu, rapport de synthèse du Congrès de l'Association Capitaine de 1987, éd. Economica,

p. 2) que “la sagesse (du Droit) est... de ne pas la définir, à l'idée que les notions élémentaires, comme l'être ou la vérité justement, sont indéfinissables” ?

Dans ses rapports avec la vérité, le rôle du juge est au surplus variable. Si l'on peut poser pour principe qu'il est de la faire triompher, la règle n'est pas générale. Il est en effet des vérités qui lui échappent, où la vérité se cache derrière le secret, où elle relève du domaine privé et en quelque sorte appartient à des personnes qui ne sont pas tenues de la révéler, si bien qu'elle doit rester en dehors du débat, comme, par exemple, dans ce qui relève de l'intimité de la vie privée, ou bien, dans les rapports du médecin avec son client, du secret médical. Le juge peut aussi être confronté à des vérités qui se contredisent (comme le peuvent en matière de filiation la vérité biologique et la vérité sociologique), des vérités qui n'ont pas la même valeur, et qu'il peut ainsi avoir à soupeser. Si, de plus, la recherche et la découverte de la vérité permettent de faire triompher le droit, que, de ce point de vue, la vérité est au cœur de la décision du juge, elle peut aussi se trouver en conflit avec d'autres valeurs que celui-ci est lui-même chargé de garantir, comme le sont les libertés ou l'intimité de la vie privée. Le juge ne prétend au demeurant pas nécessairement à la vérité dès lors que, par application de l'article 4 du Code civil, il ne peut “refuser d'user de son pouvoir de décider” lors même qu'il devrait laisser une place au doute (Civ. 3ème, 16 avril 1970, Bull. n° 249).

La difficulté même du sujet interdit toute prétention à proposer des solutions toutes faites, comme à prétendre à une recherche exhaustive. Mais son importance justifiait de s'y arrêter. Un certain nombre d'études s'interrogent donc à un titre ou à un autre sur le rôle que tient la vérité dans tel ou tel domaine du droit.

De prime abord, on remarquera le titre même de l'étude du premier avocat général de Gouttes : “Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales...”. Vérité et effectivité : c'est bien marquer le lien entre ces deux notions, dont la recherche se rattache au “but poursuivi”, la recherche de la vérité venant ici à l'appui du raisonnement qui dicte la solution.

La vérité judiciaire, qui suppose l'établissement de la réalité des faits par le juge, est plus spécialement l'objet, au moins pour partie -car elle ne se sépare jamais totalement de la vérité juridique, qui impose au juge une exacte application de la règle de droit- des études du président Dintilhac et de Mme Crédeville en matière civile, et, en matière pénale, de celle de Mme Menotti sur la vérité du fait diffamatoire.

Etudiant la vérité de la chose jugée, M. Dintilhac relève que celle-ci ne possède pas la propriété de ce qui constitue l'essence de ce qui est vrai et qu'elle n'est pas facile à cerner. En délimitant les contours à la lumière de la jurisprudence, il distingue naturellement la vérité de la chose jugée au civil sur le civil, et la vérité de la chose jugée au pénal sur le civil. On remarquera les distinctions subtiles que la jurisprudence a été appelée à faire, notamment au civil entre les motifs décisifs et les motifs décisifs, et, pour ces derniers, selon qu'il s'agit ou non d'opposer une fin de non recevoir à une nouvelle demande. Dans la troisième partie de son étude, relative à l'autorité spécifique des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, l'auteur montre notamment comment peuvent, s'agissant de celles-là, coexister deux vérités judiciaires puisque la Convention n'a prévu aucun mécanisme pour annuler l'autorité de la chose jugée d'une décision interne. Et de conclure que “la chose jugée n'est pas la vérité mais une vérité”. Vue qu'il convient de rapprocher de la citation rassurante de Gény selon laquelle dans leur très grande majorité, les décisions de justice sont une fidèle expression de la vérité.

L'étude de Mme Crédeville sur “vérité et loyauté des preuves” souligne bien, à propos de deux arrêts des 3 juin et 7 octobre 2004 de la 2^{ème} Chambre civile, les conflits auxquels peut donner lieu la recherche de la vérité des faits, le point étant de savoir, spécialement quand elle se heurte à l'intimité de la vie privée, si l'ingérence dans la vie privée qui est en soi illicite peut être justifiée quand elle tend à cette recherche. L'auteur montre comment, au-delà de la forme - l'autorisation d'une mesure par le juge - se

pose la question de fond, car “si seule une autorisation judiciaire peut légitimer une immixtion dans la vie privée, elle ne suffit pas pour autant à conférer dans l’absolu un caractère de licéité à l’atteinte à la vie privée”. La recherche de la vérité se trouve donc limitée à des moyens licites, l’auteur concluant en particulier que le seul fait de procéder à l’enregistrement d’une communication téléphonique doit être regardé comme contraire au principe de loyauté devant présider à l’administration de la preuve.

Mais c’est sans doute en matière de vérité du fait diffamatoire, analysée par Mme Menotti, que se rencontrent les plus grandes difficultés, tant de fond que de procédure, pour l’établir. S’interrogeant sur la preuve que le prévenu doit apporter face à une poursuite pour diffamation, l’auteur évoque en effet “un parcours semé d’embûches expliquant sans doute que ce moyen n’est couronné de succès que dans un nombre extrêmement réduit de cas”. On touche ici à un domaine particulièrement sensible, où la preuve de la vérité est confrontée à d’autres considérations, comme peut en particulier l’être un honneur apparemment offensé. Ainsi, selon les matières, lors même que domine toujours la préoccupation de la vérité, un équilibre doit-il s’établir en fonction de tous les intérêts en cause.

Cette constatation n’est pas étrangère non plus à la vérité juridique, définie par Mme Colette Gabet comme “le résultat de la mise en œuvre des règles de droit”, sur laquelle elle se penche dans son étude sur “la vérité, l’apparence et la rétroactivité en matière immobilière”. A propos de la nullité d’un acte, l’auteur relève que si l’annulation doit en principe conduire à l’anéantissement rétroactif des effets qu’il a pu déjà produire, ainsi que l’a rappelé une Chambre mixte par un arrêt du 9 juillet 2004, “cela ne signifie pas pour autant que (la vérité juridique) est vérité absolue et qu’elle ne doive pas connaître quelques assouplissements, quelques exceptions pour que le juridique continue à être au service du juste”. Ainsi, autre vérité, le juge tend-il, sur certains points, et parce que “la bonne foi participe d’une justice corrective”, à “faire prévaloir la réalité des faits, soit en écartant les conséquences de la rétroactivité au profit de certaines apparences, soit en atténuant les conséquences de l’annulation par le mécanisme de la responsabilité”.

Si la recherche de la vérité peut ainsi se voir imposer des limites légitimes, c’est en revanche une recherche d’une vérité totale, accomplie, que révèle l’étude du président Sargos à propos de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l’entreprise. L’auteur, après avoir rappelé que depuis plus de trente ans la Chambre sociale se livre à un travail de recherche de la vérité de cette communauté dans sa réalité économique, sociale, sociologique, nous montre en effet comment à partir de “l’invention” de l’unité économique et sociale, la Cour de cassation, dans ce qui a d’ailleurs pour une large part pris la forme d’un dialogue avec le législateur - lequel est intervenu à plusieurs reprises - a procédé à une recherche et un approfondissement de cette vérité non seulement quant à son existence, en émancipant l’unité économique et sociale de son cadre purement électif, mais aussi dans son expression. Ce qui est peut-être le plus remarquable est que la préoccupation de la vérité rend ici finalement l’application du droit non seulement meilleure, mais plus simple, puisque “dès lors qu’en fait existe une communauté de travail atteignant les seuils légaux, cette communauté doit être reconnue dans sa vérité et les institutions représentatives qu’elle génère mises en place”.

C’est dans ce qui constitue, par nature, un domaine d’élection de la recherche de la vérité, que se situe l’étude de Mesdames Pascal et Trapero sur la vérité biologique et la filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation. A sa lecture, apparaît ici le lien qui existe naturellement entre la science et le droit, entre la vérité scientifique et la vérité juridique. Particulièrement importante est en effet l’observation des auteurs que, indépendamment de l’évolution des moeurs à laquelle il est également fait référence, les progrès des connaissances en biologie (étude des groupes tissulaires HLA, examen comparé de l’ADN) ont contribué à faire évoluer le droit vers une filiation fondée sur la réalité biologique. Et l’étude montre à cet égard la portée de l’affirmation, exprimée dans un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du 28 mars 2000, et rappelée en son début, que “l’expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s’il existe un motif légitime de ne pas l’ordonner”, revenant ainsi sur une jurisprudence traditionnelle et encore affirmée peu de temps auparavant, que la décision d’ordonner ou non une mesure d’instruction relevait de l’appréciation souveraine des juges du fond. On lira avec un vif intérêt les conséquences que

la Cour de cassation a tirées depuis quatre années de cette affirmation dans les différentes hypothèses où se pose un problème de filiation, spécialement en matière de contestation de reconnaissance et d'action en recherche de paternité, ce qui, dans ce dernier domaine, a même conduit, par un arrêt du 12 mai 2004, à ne plus exiger d'adminicules pour rapporter la preuve de la paternité en permettant la preuve directe par l'expertise. Et s'il existe des motifs légitimes de ne pas ordonner l'expertise, motifs analysés dans l'étude, ils n'apparaissent pas remettre en cause la force de cette vérité dont leurs auteurs laissent à penser que s'étant imposée au juge, elle s'imposera de la même façon au législateur à l'occasion de la réforme de la législation sur la filiation.

Mais la vérité n'est pas toute la justice. Il existe ainsi une vérité qui n'appartient qu'aux parties, et qu'elles ne sont pas tenues de lui livrer. Dans son étude, Mme Menotti rappelle par exemple la jurisprudence de la Chambre criminelle selon laquelle la preuve des faits diffamatoires doit être invoquée par le prévenu, le juge ne pouvant l'examiner d'office. Mais surtout, on l'a dit, la vérité peut aussi relever du secret. Et, à cet égard, l'étude de Mme Collomp montre bien, à propos de l'exemple du secret bancaire, l'importance que celui-ci peut revêtir, et l'efficacité avec laquelle, quand il est en jeu, la jurisprudence de la Cour de cassation lui donne la portée qui convient.

Sans avoir l'ambition de rendre compte de la richesse des articles qui suivent, ces quelques remarques n'ont d'autre prétention que de vouloir souligner l'intérêt et la diversité d'un sujet qui est à l'évidence au cœur du débat judiciaire. Elles ne doivent naturellement pas occulter le fait que, comme chaque année, le rapport comporte également d'autres études qui, sans lien entre elles, traitent chacune d'un thème qui méritait par son actualité de retenir spécialement l'attention.

LE SECRET BANCAIRE

Evelyne COLLOMP
Conseiller à la Cour de cassation

Pendant assez longtemps, aucun texte ne prévoyait expressément le secret bancaire et s'il était admis que le banquier était astreint à un devoir de discrétion, on s'interrogeait pour savoir si ce secret devait être sanctionné pénalement ; la loi bancaire du 24 janvier 1984 a levé toute ambiguïté, son article 57 renvoyant aux peines prévues par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ("toute personne qui, à un titre quelconque, participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal"), consacrant ainsi le principe selon lequel il ne s'agit pas d'une simple obligation déontologique mais bien d'une obligation légale dont le mépris est sanctionné pénalement sans préjudice de l'application de sanctions civiles et/ou disciplinaires. Le Code monétaire et financier n'a rien modifié, l'article L 511-33 renvoyant à l'article L 571-4 du même Code lequel renvoie lui-même aux peines prévues par les textes précités du Code pénal ; le secret bancaire est d'ordre public et ne peut être levé à l'égard des tiers, sauf pour ceux qui l'enfreindraient à engager leur responsabilité pénale, que dans certains cas bien déterminés et précisés par la loi (notamment sur demande du juge pénal, de la commission bancaire, de la Banque de France...) car il est à la fois un moyen de protection de la personne du client, de défense du secret des affaires, et il renforce la confiance dans le système bancaire français ; même assorti de dérogations, il reste donc essentiel et son respect s'impose en dehors des cas où la loi y fait formellement exception, notamment dans les procédures civiles ou commerciales ; aussi bien ce principe est-il susceptible d'entrer en conflit avec les règles relatives au droit de la preuve, les articles 10 du Code civil et 11 du nouveau Code de procédure civile instituant un devoir de collaboration à la justice, "d'obligation civique" ainsi que la qualifie Mme Frison-Roche (Jurisclasseur de procédure, fascicule 620) et c'est alors au juge, souvent saisi en référé, sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, à l'occasion de l'ouverture d'une procédure collective ou dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre des banques, qu'il revient de décider si, sans tel ou tel cas, l'empêchement invoqué par la partie pour s'opposer à la production sollicitée est bien légitime au sens des textes précités.

Chaque fois que l'occasion lui en a été donnée, la Chambre commerciale s'est efforcée, ces dernières années, de circonscrire aussi précisément que possible le périmètre de ce secret bancaire, aussi bien quant aux personnes concernées que quant aux informations couvertes par celui-ci.

S'agissant des personnes concernées, elle s'est d'abord attachée à préciser la notion de tiers, rappelant aux juges du fond, au hasard des espèces, que seul le client de l'établissement de crédit, et plus généralement les "ayants droit" au secret, c'est à dire ceux qui sont directement concernés par celui-ci, sont habiles à y renoncer ; c'est par application de ces règles qu'il a ainsi été jugé que le banquier ne pouvait pas opposer le secret bancaire au représentant légal de la personne morale (à condition toutefois qu'il soit en fonction, à voir sur ce point l'arrêt du 16 janvier 2001, Petites Affiches du 15 mars 2001, p. 7) mais qu'il devait au contraire l'invoquer à l'encontre de l'associé et que de même, s'il n'avait pas à l'opposer à l'administrateur (arrêt du 11 avril 1995, D 1996, p. 573, Rev dr bancaire 1995, n° 49 p. 94 et n° 50 p. 145¹) lorsque celui-ci agit au nom de la société, il était fondé en revanche à s'en prévaloir envers le commissaire à l'exécution du plan qui agit au nom des créanciers (Com. 10 décembre 2002, Bull. n°

¹ Dans cette espèce, comme dans l'espèce présente, le représentant des créanciers et l'administrateur au redressement judiciaire d'une société avaient demandé, dans la perspective d'une action en responsabilité, au président du tribunal d'ordonner en référé que leur soit remis le dossier interne afférent à un concours dont avait bénéficié leur administrée et avaient obtenu satisfaction ; le pourvoi a été rejeté au motif, essentiel, que l'action avait été engagée par l'administrateur, pendant la période d'observation, alors qu'il avait reçu les pleins pouvoirs de gestion (et pas seulement une mission de surveillance ou d'assistance) ce dont il résultait qu'il agissait au nom du client qui lui-même pouvait renoncer au secret.

194) et c'est encore ce même motif qui a justifié de censurer le juge civil qui avait cru pouvoir admettre la Caisse Nationale d'Assurance Maladie à exiger du banquier la communication de l'identité de la personne ayant, après le décès de son assuré, continué à faire fonctionner le compte où elle avait continué à verser les prestations vieillesse (23 avril 2003, non publié) oubliant ainsi que le secret bancaire s'étend aussi aux mandataires du client et à toute personne autorisée à effectuer des opérations au nom de ce dernier et qu'il ne cesse pas avec le décès de celui-ci non plus qu'avec la résiliation du contrat l'ayant lié à l'établissement de crédit.

Le même souci de protection explique encore la jurisprudence qui s'est développée quant aux informations couvertes par le secret bancaire ; il est constant que ces informations sont celles qui sont parvenues à la connaissance du banquier au titre de sa profession et qui ont un caractère confidentiel et que revêtent ce caractère notamment des renseignements chiffrés (solde des comptes, montant des prêts consentis à un client) ou précis (opérations réalisées sur ces comptes, identité des mandataires ou des cautions...) ; de ce fait la question s'est notamment posée de savoir s'il était ou non possible d'ordonner la communication du verso des chèques, où, à la différence du recto, figurent nécessairement des indications relatives au bénéficiaire ou du moins à son identité bancaire ; la Chambre commerciale a été amenée à prendre parti sur ce point dans un arrêt du 8 juillet 2003 (Bull. n° 119) ; jusque là la jurisprudence ayant statué sur le sujet était peu abondante et très divisée (voir sur ce point le commentaire de "JPD" au Quotidien juridique du 18 juillet 1995 sous l'arrêt du 13 juin précédent), certaines décisions admettant qu'il n'existait pas de secret opposable au bénéficiaire (ou à ses héritiers, continuateurs de sa personne), d'autres décidant du contraire ; la chambre commerciale ne s'était, pour sa part, jamais prononcée sur cette question précise ; si, dans un arrêt du 19 juin 1990 (Bull. n° 179), elle avait bien jugé implicitement qu'il n'y avait pas de secret opposable aux bénéficiaires de celui-ci, l'arrêt n'évoquait que la communication de "divers documents" sans préciser s'il s'agissait de chèques, qui posent un problème spécifique ; quant à l'arrêt ci-dessus évoqué du 13 juin 1995, il concernait la communication du verso d'un chèque à des tiers ou du moins à des ayants droit qui ne revendiquaient pas la qualité de continuateurs de la personne du défunt, situation bien différente de celle posée et pour laquelle la solution ne faisait guère de doute ; quant à la doctrine, elle était, elle aussi, très partagée, certains auteurs, favorables au respect du secret (M. Vasseur, M. Rives-Lange..) faisant état du fait que le tireur n'avait pas à connaître les indications qui figurent au dos du chèque, qu'il s'agisse du nom du banquier du bénéficiaire, de celui des endossataires ou de celui du présentateur si le chèque a été émis au porteur et qu'en cas de falsification, il appartenait au tireur de saisir le juge pénal, d'autres (Messieurs Cabrillac et Teyssié, Messieurs Gavaldà et Stoufflet) soutenant en sens inverse que d'une façon générale, le secret bancaire ne joue pas entre les parties à une même opération et qu'ayant précisément cette qualité, les porteurs successifs d'un chèque, parce qu'ils ont accepté de participer au circuit d'un titre à ordre, sont censés avoir accepté d'être connus de ceux qui auront à payer le titre et du promoteur de ce circuit et ajoutant qu'interdire au tireur de connaître l'intégralité des mentions apposées sur le chèque est contraire à deux règles primordiales du droit du chèque : celle qui veut que le tiré ne soit libéré que s'il a payé un chèque régulier, celle qui veut que le banquier présentateur engage sa responsabilité délictuelle à l'égard du titulaire du compte s'il n'a pas vérifié la régularité du chèque, ce qui postule que le chèque ait été présenté par une personne habilitée à le faire par une mention d'endossement et donc que le titulaire du compte puisse contrôler lui-même cet élément ; en dépit de ces arguments solidement charpentés, la Chambre commerciale ne s'est pas laissée convaincre, confortée, il est vrai, par l'avis sollicité officiellement, de la Chambre criminelle sur la pertinence de la seconde branche qui posait une question spécifique de droit pénal et à laquelle, il n'a finalement pas été utile de répondre et a tranché en faveur du secret consacrant le droit, pour le banquier, de refuser la production du verso d'un chèque qu'il a été amené à payer.

Allant dans le même sens restrictif, la Chambre a encore rappelé que même s'il peut être présumé avoir renoncé au secret bancaire chaque fois qu'un litige l'oppose à l'établissement de crédit, son bénéficiaire n'est pas pour autant fondé à obtenir de ce dernier la communication de n'importe quelle information, notamment si celles-ci mettent en cause des tiers et, qu'à l'inverse, il ne peut reprocher au banquier de ne pas lui avoir révélé un événement relatif à ses propres comptes si une autre règle interférant avec la précédente, mais tout aussi impérative, l'en empêche légitimement ; deux espèces dont la Chambr

a eu à connaître illustrent ce propos : la première (Com, 25 janvier 2005 à paraître) posait la question de savoir si, dans la perspective d'actions en responsabilité à engager contre un vendeur constructeur d'immeuble en état futur d'achèvement n'ayant pas respecté ses obligations, un syndicat de copropriété était fondé à exiger du banquier, ayant délivré une garantie intrinsèque d'achèvement, qu'il produise comme il le demandait "le décompte des factures et les justificatifs des encaissements et décaissements concernant l'opération litigieuse"; la cour d'appel de Fort de France avait cru pouvoir écarter le moyen tiré du secret bancaire opposé par l'établissement de crédit et lui avait ordonné de démontrer que le crédit confirmé avait été délivré conformément aux engagements souscrits et de fournir, sous astreinte les "documents en sa possession permettant d'établir la destination donnée aux fonds perçus par le promoteur pour construire la résidence inachevée" en retenant que "le secret bancaire n'est pas opposable par le banquier lorsque la demande est dirigée contre lui", ce qui était effectivement bien le cas en l'espèce ; la difficulté n'était pas entièrement inédite, la Chambre commerciale ayant déjà eu à en connaître en 1990, alors que, dans le cadre d'une action en responsabilité engagée par les créanciers d'une société en procédure collective contre la banque à laquelle il était reproché d'avoir soutenu une activité déficitaire, l'expert comptable désigné avait obtenu que soit enjoint par ordonnance à la banque de lui communiquer certains documents ; celle-ci avait sollicité la rétractation de cette décision et un pourvoi avait été formé par la banque contre l'arrêt de la cour d'appel ayant rejeté cette prétention. Par l'arrêt déjà mentionné du 19 juin 1990, ce pourvoi avait été rejeté et les juges du fond approuvés d'avoir jugé que le secret n'était pas opposable dès lors que la demande de communication était dirigée contre la banque, non pas en tant que tiers confident, mais en celle de partie au procès en responsabilité intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué ; cet arrêt avait suscité des réactions contrastées, dans la mesure, notamment, où il n'opposait pas la banque à son client mais aux créanciers de celui-ci et n'était pas, de ce fait, sans poser quelques interrogations (à voir Messieurs Credot et Gerard, Revue de Droit Bancaire 1991, n° 27, p. 198 et la note de M. le Professeur Vasseur au Dalloz 1992, somm, p.32) ; il est vrai que lorsque le banquier est opposé dans une instance à une personne autre que son client, il peut paraître logique, si ce dernier n'a autorisé aucune levée du secret bancaire, de considérer qu'aucun document couvert par le secret ne pourra être invoqué de sorte qu'il serait impossible d'imposer à l'établissement de crédit une communication de pièces ; mais n'est-ce pas alors pour le banquier, partie, une arme de défense trop facile et, de ce fait, contestable ? Et pourtant admettre la communication de pièces à des tiers parce que ceux-ci ont assigné le banquier en paiement serait alors un moyen facile pour contourner le secret bancaire ; la solution pouvait donc prêter à discussion d'autant que la difficulté principale relative à l'étendue du secret bancaire était, dans l'espèce ayant conduit à l'arrêt de janvier 2005, liée à une autre, relative, celle-là, à la nature des obligations de l'établissement de crédit qui a délivré des "crédits confirmés" au sens du Code de la construction et de l'habitation ; la Chambre commerciale a tenté de réaliser un juste équilibre entre ces différents intérêts ; elle a jugé que si, d'une manière générale, les tiers ne doivent pas être admis, à la faveur des procès qu'ils croient bon d'initier, à obtenir du banquier des informations couvertes par le secret bancaire et susceptibles de mettre en cause d'autres clients de la banque, néanmoins, ces mêmes tiers pouvaient être autorisés à exiger de la banque qu'elle justifie à tout le moins du respect de ses obligations propres et, dans le cas particulier qui lui était soumis, établisse, mais c'est là une limite qui ne pouvait être franchie en l'absence de convention particulière, avoir effectivement mis à disposition le crédit confirmé qu'elle s'était engagée à fournir et que les acquéreurs ont, nous le savons, le droit de voir maintenir jusqu'à l'achèvement de l'immeuble ; dans la seconde espèce (Com, 10 décembre 2003, Bull. n° 201), le problème posé était, en sens inverse, celui de savoir si le client était fondé à reprocher à son banquier de ne pas lui avoir révélé que son compte avait fait l'objet d'une mesure de blocage sur ordre d'un juge d'instruction ; il a été, à cette occasion, rappelé que le banquier n'avait évidemment pas à révéler, même à son client, une information parvenue à sa connaissance dans le cadre de sa profession et revêtue par la loi d'un caractère confidentiel, telles celles couvertes par le secret de l'instruction ; ce souci de bien circonscrire les obligations du banquier explique encore un arrêt rendu le 18 février 2004 (Bull. n° 33) à propos de l'exception législative prévue par l'article 259-3 du Code civil : des époux avaient été titulaires, avant leur divorce, d'un compte joint à la Société générale sur lequel avait été tiré, le 14 janvier 1987, un chèque de 725.000 francs débité 2 jours plus tard et le jugement ayant, en 1995, ordonné les opérations de compte liquidation et partage de la communauté ayant existé entre ces ex-époux, avait décidé que cette somme faisait partie de cette communauté et qu'elle devait être restituée

par le mari. Ce dernier, qui avait relevé appel de cette décision, ayant contesté avoir été l'auteur du chèque litigieux, la question de l'identification du bénéficiaire s'était posée ; n'ayant pas pu obtenir de leur propre banquier les renseignements nécessaires, les époux avaient saisi le Conseiller de la mise en état pour qu'il enjoigne au CIC, banquier présentateur, de communiquer les renseignements demandés ; le magistrat avait accueilli la demande et enjoint au CIC de communiquer l'identité, l'adresse, les coordonnées et les références bancaires du bénéficiaire du chèque litigieux sous astreinte ; le CIC avait alors saisi le Conseiller d'une demande de rétractation de cette décision en faisant valoir qu'il avait plusieurs clients répondant à l'identité du bénéficiaire et qu'il lui était impossible, sans violer le secret bancaire, de révéler les coordonnées bancaires, l'état civil et l'adresse de ses clients mais cette demande avait été rejetée, notamment, au motif que l'article 259-3 du Code civil autorisait le juge à faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé ; ce faisant la cour d'appel avait oublié que ce texte qui dispose que "le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé" ne peut s'appliquer, conformément à sa lettre qu'il convient, pour les raisons déjà évoquées, d'appliquer restrictivement, qu'aux débiteurs des époux ou à ceux qui détiennent des valeurs pour leur compte alors qu'en l'espèce le CIC n'était pas le banquier des époux mais celui du bénéficiaire du chèque litigieux, qu'il n'était pas davantage leur débiteur, ce que personne n'avait jamais prétendu et qu'il ne détenait les valeurs dont il était dépositaire que pour le compte de sa propre cliente et non pour celui des tireurs du chèque.

Il ressort ainsi nettement de l'ensemble de cette jurisprudence que le secret bancaire constitue bien, pour les parties, un motif légitime de se soustraire à l'obligation imposée par l'article 10 alinéa 2 du Code civil, ce qui, somme toute, est pure logique car, ainsi que le fait observer le Professeur Thierry Bonneau "Dans la mesure où la justice civile comme le secret bancaire concernent des intérêts privés, il n'y a aucune raison de faire céder le second devant la première....".

VÉRITÉ ET LOYAUTÉ DES PREUVES

Anne-Elisabeth CREDEVILLE
Conseiller à la Cour de cassation

Dans deux arrêts rendus par la deuxième chambre civile, l'un le **3 juin 2004 (pourvoi n° 02-19.886)**, l'autre, le **7 octobre 2004, (pourvoi n° 03-12.653)** ont été rappelés les critères que la loyauté doit revêtir quand elle préside à l'administration de la preuve et concourt à la recherche de la vérité.

Dans la première affaire, rendue le **3 juin 2004**, un époux divorcé avait recouru aux services d'un détective privé afin d'étayer sa demande en suppression d'une prestation compensatoire et il lui avait confié la mission de rechercher les éléments du train de vie de son ex-épouse. Cette dernière estimant avoir subi une immixtion dans sa vie privée l'a assigné pour obtenir des dommages et intérêts en application de l'article 9 du Code civil. La seule juridiction amenée à statuer dans ce litige, un tribunal d'instance, a rejeté les prétentions de la victime en retenant que l'ingérence dans la vie privée n'était pas contestée puisque pendant des mois elle avait été épiée, surveillée et suivie mais que, la mission de surveillance étant circonstanciée, puisqu'il s'agissait d'obtenir des éléments de fait permettant de réviser la prestation compensatoire, et, limitée, en ce qu'elle a consisté à réunir des informations accessibles à tous issues le plus souvent de la simple observation de faits et gestes, ne concernant qu'une éventuelle vie commune et le train de vie de l'intéressée, la mesure était admissible.

Ce qui était à déterminer était le point de savoir si l'ingérence dans la vie privée qui est en soi illicite était justifiée, qui doit l'emporter entre le respect de la vie privée et la recherche de la vérité ? Il y a lieu à cet égard de distinguer selon la forme et selon le fond : la forme employée justifie-t-elle l'atteinte à la vie privée ou au moins la prive-t-elle de son caractère arbitraire, comme le soutenait le moyen, ou bien, le but de cette recherche, son caractère objectif, justifie-t-il cette atteinte ?

Bien que la présente espèce dépasse le cadre de la procédure de divorce, il y a lieu de se référer aux modes de preuve admissibles en matière de réduction de prestation compensatoire.

Selon la forme : le respect de la forme, en l'occurrence, l'autorisation judiciaire, suffit-elle à enlever son caractère arbitraire à l'atteinte constatée à la vie privée ?

Le principe est contenu dans l'article 9 du nouveau Code de procédure civile : ***il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.***

D'après l'article 259 du Code civil, ***les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu.***

Cependant selon les dispositions de l'article 259-2 du Code civil, ***les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée*** : c'est ainsi que le constat d'huissier en vue de préconstituer la preuve de la violation de l'obligation de fidélité par un époux au domicile de la personne coauteur de sa faute ne saurait constituer une atteinte illicite à l'intimité de la vie privée¹, le président du tribunal de grande instance, qui tient des articles 145 et 812 du nouveau Code de procédure civile le pouvoir d'autoriser sur requête toutes mesures propres à préconstituer une preuve lorsque les circonstances exigent que la décision ne soit pas prise contradictoirement, peut autoriser un constat de concubinage en vue de permettre à une épouse de faire valoir le droit à la fidélité de son mari qu'elle tient de l'article 212 du Code civil et dès lors un tel constat ne porte pas en soi atteinte illicite à la vie privée du mari.

¹ - Civ 2, 5 juin 1985, B. n° 111

Dans le cadre de cet article il ne suffit pas pour que le constat soit écarté, qu'il y ait atteinte à l'intimité de la vie privée, celle-ci est incontestable mais légalement autorisée ; il est nécessaire que celle-ci soit illicite. Or dès lors que le constat est autorisé par le juge en quoi l'atteinte serait-elle illicite ? En réalité c'est au niveau de la décision de ce juge que se situe la question qui est celle de savoir si, compte tenu des circonstances, l'atteinte à l'intimité de la vie privée est abusive ou non, question qui relève de la subjectivité des conceptions personnelles de chacun : par exemple, un rapport de police privée ne peut constituer la preuve des faits qu'il relate, alors que ses auteurs agissent en vertu d'un mandat salarié donné par l'époux qui le produit et dont les conditions d'exécution, inconnues du tribunal, ne lui permettent pas d'exercer son contrôle sur la force probante qui s'y attacherait².

Selon la chambre sociale la preuve obtenue par moyens illicites n'est pas admissible et les moyens illicites sont ceux qui sont utilisés à l'insu de celui contre lequel la preuve est administrée.

A cet égard constitue un mode de preuve illicite l'enregistrement par l'employeur quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à l'insu des salariés pendant le temps de travail³. L'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats⁴ ; si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés⁵. Aucun élément de preuve ne peut être tiré de l'audition d'un enregistrement de la parole opéré à l'insu de la personne visée ou de celle à laquelle on l'oppose.

Caractérise une immixtion illicite dans la vie privée d'une personne le fait de la faire épier, surveiller et suivre⁶.

L'inventaire de ces textes et des jurisprudences qui ont permis d'en établir la portée indique qu'un contrôle sur les moyens permet de rendre licite ce qui ne le serait pas sans le cadre judiciaire qui peut être donné à l'enquête ; si les constats d'huissier ordonnés par ordonnance rendue sur requête sont des preuves admissibles c'est qu'ils ont été judiciairement autorisés ; mais si seule une autorisation judiciaire peut légitimer une immixtion dans la vie privée⁷, elle ne suffit pas pour autant à conférer dans l'absolu un caractère de licéité à l'atteinte à la vie privée.

Au fond c'est l'argument téléologique⁸, la fin justifie les moyens : pour vérifier la licéité de l'opération, il faut se placer avant le moment où la preuve est administrée pour apprécier l'atteinte à la vie privée au travers de la forme employée et pas à celui postérieur où elle est recueillie ; à cet égard le juge d'instance qui met en balance l'atteinte à la vie privée avec la recherche de la vérité, pas la Vérité avec V mais une vérité subjective qui est à l'appui d'intérêts privés a en effet statué par des motifs inopérant eu égard au problème soulevé, l'atteinte à la vie privée, n'est pas niée mais cette confrontation avec des principes disproportionnés ne saurait fonder la décision ou plutôt ce n'est pas de cette proportion-là qu'il s'agit.

²- TGI de Lyon 10 octobre 1972 Gaz. Pal. 1972.2..880.note R.S.

³- Soc. 20 novembre 1991 D. 1992, 73, concl. Chauvy

⁴- Soc. 4 février 1998, B. n° 64

⁵- Soc. 22 mai 1995, B. n° 164 : dès lors c'est à bon droit qu'une cour d'appel ayant relevé que l'employeur avait fait suivre par un détective privé un salarié, donc à l'insu de celui-ci, a décidé que les comptes rendus de filature constituaient un moyen de preuve illicite.

⁶- Civ 1 25 janvier 2000, B. n° 26 : le fait de faire épier, surveiller et suivre une personne jusqu'à son domicile privé constitue une immixtion illicite dans la vie privée.

⁷- Civ 1 6 mars 1996, B. n° 124 : *est illicite toute immixtion arbitraire dans la vie privée d'autrui. Il en est ainsi des investigations conduites sur les conditions dans lesquelles une personne occupe un logement aux fins d'établir une attestation dans un litige opposant cette personne à un tiers.*

⁸- Soc. 26 novembre 2002, B. n° 352 : *il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L 120-2 du Code du travail qu'une filature organisée par l'employeur pour surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur.*

En effet d'autres moyens existaient qui permettaient à celui qui a décidé d'agir en justice et qui est le demandeur de se préconstituer des preuves pour obtenir la réduction de la prestation compensatoire et l'on rejoint ainsi le contexte dans lequel les atteintes à la vie privée sont licites : c'est le domaine dans lequel on ne peut pas obtenir les preuves par d'autres moyens et l'on songe d'abord au constat d'adultère ; or dans le cas soumis à la deuxième chambre il ne peut être soutenu que le recours à une police privée est un moyen de preuve admissible et l'on ne peut encourager le fait d'y recourir sans craindre en même temps ce qu'il serait s'il était utilisé à la place de simples témoignages ou enquêtes ou documents qui suffisent largement à remplir le rôle de faits juridiques ; un concierge peut témoigner de la situation de concubinage de quelqu'un sans qu'il soit utile d'épier les faits et gestes de cette personne pendant des mois : l'atteinte à la vie privée qui en résulte immanquablement paraît totalement disproportionnée avec les données du litige et c'est cette proportion qu'a entendu contrôler la deuxième chambre en censurant la décision du juge d'instance qui avait constaté que la personne qui n'était plus dans aucun lien avec celle qu'elle faisait "épier, suivre et surveiller", qui a constaté cette immixtion dans la vie privée, l'avait estimée justifiée par le litige en cours, dans la continuité des deux précédents de la première chambre des 6 mars 1996 et 25 janvier 2000 ainsi que de ceux rendus par la chambre sociale où l'employeur n'a pas plus de droits qu'un ancien époux ...ou l'inverse !

L'affaire du **7 octobre 2004** a permis de répondre à la question de savoir si l'enregistrement d'une conversation téléphonique effectuée à l'insu de l'un des interlocuteurs était une preuve admissible.

Une femme avait reçu d'un ami une somme d'argent d'un montant de 250.000 francs, que les héritières de ce dernier lui ont réclamée en justice au motif que cette somme aurait été prêtée et non donnée ; pour preuve, elles avaient versé aux débats une cassette contenant l'enregistrement de propos relatifs à des difficultés financières. Les juges du fond estimant que le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications était opposable aux tiers mais pas à leur auteur qui avait pu enregistrer une conversation qu'il avait eue personnellement, ni à ses héritiers qui en sont l'émanation, sa production ne portait pas atteinte à la vie privée de son interlocuteur dès lors qu'aucun fait relevant de la sphère de son intimité n'était relevé et donc que la production de la cassette était un moyen de preuve recevable.

En ce qui concerne la situation patrimoniale et le point de savoir si le contenu empêche de considérer le contenant comme illicite, force est de constater que cette situation ne relève pas de l'intimité de sa vie privée : en effet, par trois arrêts⁹, la Cour de cassation a décidé que la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité d'une personne physique ne portait pas atteinte à l'intimité de sa vie privée.

Or l'enregistrement téléphonique litigieux ne fait pas apparaître les éléments constitutifs du patrimoine puisqu'il y est seulement fait allusion à des difficultés financières qui concernent davantage la vie professionnelle que la vie privée ("vous devez savoir que les affaires en ce moment ne sont vraiment pas trop bonnes").

Qu'il ait été fait état en justice de propos relatifs à des difficultés financières ne suffirait pas, à lui seul, à porter atteinte au respect dû à la vie privée, ainsi que cela résulte de la jurisprudence relative à la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial et de la seule situation de fortune.

Mais le mode de preuve était-il licite ?

Selon la loi n° 91-6646 du 10 juillet 1991, article 1er, *le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci.* La violation de ce secret constitue une incrimination pénale sanctionnée par l'article 226-1 du Code pénal qui punit d'un an d'emprisonnement et de 300.000 francs d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui 1° en

⁹- Civ I 20 novembre 1990, B. n° 257, Civ I 28 mai 1991, B. n° 173, Civ I 20 octobre 1993, B. n° 295 : *le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé.*

captant, enregistrant ou transmettant sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel.

L'examen de la jurisprudence, essentiellement celle de la chambre criminelle, permet de percevoir une orientation dans le sens de la restriction de l'autorisation de procéder à des écoutes mais l'incrimination visée par l'article 226-1 prévoit qu'il soit volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie d'autrui ; force est de constater que dans l'espèce qui était soumise à la deuxième chambre, la preuve n'était pas apportée que cette atteinte avait été portée volontairement.

Restait à savoir si le seul fait d'utiliser à l'insu d'une personne un procédé d'enregistrement tel que des écoutes téléphoniques était illicite ; la chambre sociale s'est prononcée qui a décidé le 20 novembre 1991 (B. n° 519) que *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.*

En l'espèce où l'un des protagonistes est à l'origine de l'enregistrement la question apparaissait quelque peu différente dans la mesure où les deux personnes se connaissaient ; il n'en reste pas moins qu'il s'agissait aussi d'un enregistrement et surtout que cet enregistrement avait été réalisé à l'insu de l'une des deux.

L'obtention de la cassette contenant l'enregistrement effectué a été loyale puisqu'elle a été versée aux débats et soumise à un débat contradictoire ; son contenu ne contenait pas d'atteinte à la vie privée ; mais ces éléments ne suffisent pas à déclarer valide le moyen de preuve consistant en l'enregistrement d'une communication téléphonique : le seul fait de procéder à un enregistrement à l'insu de la personne concernée doit être regardé comme contraire au principe de loyauté devant présider à l'administration de la preuve, comme l'a déjà jugé à maintes reprises la chambre sociale¹⁰ et l'a repris à son compte la deuxième chambre alors chargée du contentieux relatif au respect du droit à la vie privée, pour laquelle, sans loyauté, la preuve ne serait pas licite.

¹⁰ - **Soc. 20 novembre 1991, B. n° 519** : *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.*

Soc. 4 février 1998, B. n° 64 : *viole l'article 9 du NCPC la cour d'appel qui en considérant que seules certaines parties du rapport établi par un enquêteur privé chargé de suivre un salarié à son insu sont illicites et que d'autres doivent être considérées comme une attestation émanant d'un sachant, se fonde exclusivement sur ces derniers pour retenir l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement alors que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats.*

LA VÉRITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

Jean-Pierre DINTILHAC
Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Est “chose jugée” ce qui est prononcé par une décision judiciaire, que celle-ci soit ou non susceptible de faire l’objet d’une voie de recours.

Ainsi apparaît-il que la chose jugée ne peut être tenue pour vérité absolue, et d’ailleurs, dans la plupart des cas, elle peut être soumise à l’épreuve d’un nouvel examen par d’autres juges susceptibles aussi bien de confirmer que d’infirmar la première décision.

Il n’en demeure pas moins que la chose jugée revêt, dans une certaine limite, un caractère judiciairement incontestable : si une demande identique à celle qui a abouti à une précédente décision venait à être renouvelée, elle se heurterait à une fin de non-recevoir par l’effet de la présomption légale de vérité qui lui est attachée.

Cette “autorité de la chose jugée” a d’autant plus de poids qu’à compter du 1^{er} janvier 2005, date d’entrée en vigueur du décret du 20 août 2004 qui a modifié l’article 125 du nouveau Code de procédure civile, elle pourra être relevée d’office par le juge.

Si l’on se réfère aux différents sens du mot vérité, on voit, par conséquent, que la vérité de la chose jugée ne possède pas la propriété de ce qui constitue l’essence de ce qui est vrai.

La vérité de la chose jugée répondrait plutôt à la définition qu’en donne Aristote, à savoir “*la propriété d’un jugement affirmant que ce qui est est ou que ce qui n’est pas n’est pas.*”

Mais on pourrait aussi se référer à Leibniz, pour lequel il n’est de vérités que par nécessité et celles-ci sont donc, de ce fait, nécessairement contingentes.

Si elle est relative par nature, la vérité de la chose jugée a une portée différente selon qu’elle est invoquée pour s’opposer à une nouvelle demande ou pour fonder une action, c’est-à-dire selon qu’elle revêt une forme active ou passive.

Sa portée doit également être examinée de façon distincte lorsque, à l’occasion d’un procès civil, la chose précédemment jugée l’a été par une juridiction civile, par une juridiction pénale ou encore par la Cour européenne des droits de l’homme ou par la Cour de justice des Communautés européennes.

En outre, marquée par une forte présomption de vérité entre les seules parties, la chose jugée est généralement sans portée vis-à-vis des tiers.

La vérité de la chose jugée n’est donc pas facile à cerner. Faite, selon Montesquieu, pour assurer la paix sociale et la tranquillité des familles, “*la chose jugée sous tous ses aspects n’assure pas toujours la tranquillité d’esprit et la paix intérieure des magistrats de la Cour de cassation*”, ainsi que le relevait, en fin connaisseur et avec humour, le Président Jean Buffet lors de la deuxième rencontre Université-Cour de cassation organisée le 24 janvier 2004 dans les locaux de la 2^e chambre civile.

I. La vérité de la chose jugée au civil sur le civil

Après épuisement des voies de recours, la nécessité d’assurer la sécurité et la stabilité des situations juridiques impose aux parties au procès, comme vérité, ce qui a été jugé.

Certains arrêts de la Cour de cassation ont même énoncé, par une formule qui exprime bien que les procès doivent avoir un terme, alors pourtant que la justice des hommes est faillible, que “*le principe de l’autorité de la chose jugée est général et absolu et s’attache même aux décisions erronées*” (3^e Ch. civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96 11-399 et Ch. soc. 19 mars 1998, Bull. n°158) ou encore que cette autorité “*s’attache aux jugements qui n’ont fait l’objet d’aucun recours, quels que soient les vices dont ils sont affectés.*” (Ch. com., 14 novembre 1989, Bull. n° 289, 2^e Ch. civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-17.069).

Sur les conditions qui doivent être réunies pour que l’autorité de la chose jugée bénéficie de la présomption de vérité, une double querelle anime les auteurs qui s’emparent, non sans délectation, des nuances effectivement perceptibles entre certains arrêts de la Cour de cassation.

Il y a ceux qui refusent de considérer les motifs, seul le contenu du dispositif étant susceptible de bénéficier de l’autorité de la chose jugée, alors que d’autres ne répugneraient pas à ce que les motifs éclairent, voire même complètent un dispositif lapidaire.

La querelle de l’explicite et de l’implicite constitue une seconde pomme de discorde.

A. Dispositif et motifs

Tout jugement étant composé de motifs et d’un dispositif, il faut en premier lieu s’interroger sur le point de savoir où réside l’autorité de la chose jugée.

Question controversée, car si les chambres civiles énoncent constamment que “*les motifs d’une décision, constituent-ils le soutien du dispositif, n’ont pas l’autorité de la chose jugée*” (2^e Ch. civ, 12 février 2004, Bull. n° 55), les choses ne sont cependant pas si simples. Ainsi, quelle autorité de chose jugée peut-on reconnaître à un jugement qui se borne, dans son dispositif, à débouter une partie de sa prétention ou à la déclarer irrecevable ? On peut également se demander si cette jurisprudence n’est pas contradictoire avec celle qui autorise à se reporter aux motifs pour éclairer le sens et la portée du dispositif (2^e Ch. civ., 19 novembre 1997, Bull. n° 279).

Plus généralement, n’est-il pas illogique de ne donner aucune autorité aux constatations du juge qui concernent les éléments de la contestation ?

Voulant mettre un terme à une jurisprudence qui imposait d’aller rechercher le contenu de la décision tant dans les motifs que dans le dispositif, les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile ont opté pour une solution apparemment limpide en rédigeant les articles 480 et 482 qui énoncent que seules sont revêtues de l’autorité de la chose jugée les énonciations du dispositif.

Malgré la clarté de cette rédaction, la jurisprudence, confrontée à l’épreuve des situations concrètes souvent difficiles à enfermer dans une formulation juridique forcément abstraite et réductrice, a opéré une distinction entre les motifs décisifs et les motifs décisifs.

1. Les motifs décisifs

Ils se caractérisent par le fait qu’ils sont à la fois motifs et décisions, si ce n’est que le dispositif ne reprend pas la décision qu’ils formulent. Qu’il s’agisse d’un oubli ou d’une omission volontaire, les chambres civiles de la Cour de cassation ont maintenant une position identique : elles refusent à ces motifs toute autorité de chose jugée.

La 2^e chambre civile, par un récent arrêt du 22 janvier 2004 (Bull. n° 14) a encore confirmé cette position par un “chapeau” identique à celui de nombreux précédents : “*Attendu que l’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet d’un jugement et a été tranché dans son dispositif*”. Elle

a censuré à cette occasion l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu que "*par des motifs décisifs*" une autre juridiction avait précédemment statué sur l'un des points du litige.

2. Les motifs décisifs

Au contraire, les motifs décisifs, en ce qu'ils ne sont que "*le soutien nécessaire du dispositif*", sont regardés de manière différente.

Cependant, une distinction doit être opérée :

- s'il s'agit d'opposer une fin de non-recevoir à une nouvelle demande, les motifs sont naturellement importants puisqu'ils permettent, notamment à travers l'exposé des prétentions, de vérifier s'il y a bien identité des parties, d'objet et de cause. Il est alors légitime de faire appel aux motifs décisifs ;

- il en va par contre différemment lorsqu'il s'agit de se fonder, à l'occasion d'un procès, sur ce qui a été précédemment jugé comme ayant "*force de vérité légale*", pour reprendre la formule utilisée par M. le professeur Normand dans son éclairante intervention lors de la rencontre Université-Cour de cassation, évoquée ci-dessus, dont les travaux doivent prochainement faire l'objet d'un numéro spécial du bulletin d'information de la Cour de cassation.

L'autorité positive de la chose jugée est alors limitée aux seules énonciations du dispositif, solution retenue par toutes les chambres civiles (2^e Ch. civ., 10 juillet 2003, Bull. n° 238).

B. L'explicite et l'implicite

Si la sécurité juridique commande le respect de l'autorité de la chose jugée, ce qui a été jugé peut faire l'objet d'interprétations différentes selon que l'on se réfère à ce qui a été jugé explicitement ou à ce qui l'a été implicitement.

Intervenant dans le cadre de la Rencontre déjà évoquée, Me Vincent Delaporte, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, qui traitait de "*L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande*", relevait que le jugement ne prétend pas être une vérité absolue puisque son contenu n'est vérité que "*par déclaration de la loi.*"

Or la loi, en l'espèce l'article 1351 du Code civil, exige, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être invoquée ou opposée, la triple identité de la demande, de la cause et des parties, ces dernières devant agir en la même qualité.

La question de la cause est une première source de difficultés : mentionnée dans le Code civil, elle n'a pas été reprise dans le nouveau Code de procédure civile dont les articles 4 et 5, textes qui composent la section intitulée "*l'objet du litige*", ne mentionnent que l'objet, les prétentions et les demandes.

L'étendue de la chose jugée, au regard de la cause, avait, il est vrai, été qualifiée par le professeur Henry Motulsky, dans une chronique publiée au Dalloz en 1968 et intitulée "*Pour une délimitation plus précise de la chose jugée en matière civile*", de l'une des notions les plus absconses de la procédure civile.

L'analyse de la jurisprudence conduit à marquer une certaine hésitation selon que le juge est à nouveau saisi en raison d'une situation nouvelle ou sur un fondement juridique différent.

Lorsque la situation a évolué et que la décision antérieure se trouve avoir été prise sur un fondement juridique qui s'est modifié postérieurement, la jurisprudence est unanime à considérer que l'autorité de la chose jugée ne peut plus être opposée. Il en va différemment, par contre, lorsque c'est la demande qui est présentée au juge à partir d'éléments de fait nouveaux ou en la fondant sur un angle juridique différent.

1. La vérité de la chose jugée confrontée à des éléments préexistants mais révélés ultérieurement

Dès lors que l'une des parties vient à découvrir, postérieurement à un jugement devenu irrévocable, des éléments préexistants, qui auraient été de nature à modifier l'issue du procès dans un sens qui lui aurait été favorable, on comprend qu'elle tente de faire juger à nouveau l'affaire ou qu'elle tente un recours en révision.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'oppose cependant fermement à toute démarche en ce sens, que ce soit en opposant l'autorité de la chose jugée ou en rejetant le recours en révision.

A ainsi été jugé, le 14 février 1979 par la 2^e chambre civile (Bull. n° 44), que la production de nouveaux moyens de preuve n'empêchait pas que l'exception de chose jugée soit utilement invoquée.

La même chambre, par un arrêt du 21 mars 1979 (Bull. n° 92) a également jugé que le recours en révision n'était recevable que si son auteur n'avait pas pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée. Elle censurait ainsi l'arrêt d'une cour d'appel qui avait accueilli un tel recours au motif qu'une pièce avait été dissimulée par l'adversaire, en constatant que l'auteur du document soustrait aux débats n'avait pas fait état de son contenu durant l'instance.

Cette rigueur s'applique y compris lorsque le premier jugement avait employé la formule "*en l'état*" à laquelle la Cour de cassation refuse, lorsque le jugement a statué au fond, d'attacher une quelconque restriction quant à l'autorité de la chose jugée (2^e Ch. civ. 10 décembre 1998, Bull. n° 295).

Ce refus d'admettre une nouvelle action en cas de découverte de nouveaux éléments de preuve, au nom de la sécurité juridique, de la paix sociale et pour prévenir la saturation de l'institution judiciaire déjà passablement encombrée, illustre combien cette "*vérité de la chose jugée*" est une vérité bien particulière qui tient non à une certitude quant au caractère véridique des éléments sur lesquels repose la décision, mais à la volonté de mettre un terme à la contestation et au refus d'ouvrir à nouveau des débats à partir d'éléments qui existaient lors de l'examen qui précédait la décision, alors même que l'une des parties n'en aurait pas eu connaissance.

B. Lorsque la demande est identique mais repose sur un fondement juridique nouveau

C'est ici que la Cour de cassation a marqué une certaine hésitation et que sa doctrine semble demeurer encore incertaine.

Si un arrêt d'Assemblée plénière du 3 juin 1994 a admis qu'une partie puisse présenter une demande nouvelle sur un fondement juridique différent, deux arrêts ultérieurs ont pris une distance avec cette position.

En premier lieu, la 1^{re} chambre civile, le 28 mars 1995 (Bull. n° 139), a jugé qu'une décision judiciaire qui condamnait une personne à s'acquitter d'une dette en exécution d'un contrat interdisait à cette personne de remettre en cause la force obligatoire de ce même contrat en invoquant de nouveaux moyens de défense qu'elle avait omis de proposer au cours de la procédure.

Plus récemment, la 2^e chambre civile, par un arrêt du 4 mars 2004 (Bull. n° 84), a jugé qu'une cour d'appel, qui avait constaté que, dans une procédure antérieure comme dans celle pendante devant elle, une partie entendait obtenir le remboursement de sommes prêtées et que sa demande avait été rejetée par une précédente décision, avait retenu à bon droit que cette partie, qui invoquait dans la seconde instance le mandat, la gestion d'affaires, la garantie personnelle, le cautionnement, le pacte de "constitut", la

répétition de l'indu ou l'enrichissement sans cause, ne développait que des moyens nouveaux et que sa demande nouvelle se heurtait, par conséquent, à l'autorité de la chose jugée.

Ainsi, à la conception "étroite" retenue par l'Assemblée plénière le 3 juin 1994, il apparaît que se trouve opposée, par une résistance interne, une conception "large" qui pourrait conduire à la réunion d'une nouvelle Assemblée plénière susceptible d'infirmer ou de confirmer la précédente décision de 1994.

II. La vérité de la chose jugée au pénal sur le civil

Ce principe fondamental, qui a pour conséquence la règle posée par l'article 4, alinéa 2 du Code de procédure pénale selon laquelle le juge civil doit surseoir à statuer lorsque le juge pénal est saisi, présente la particularité de n'être énoncé par aucun texte et de procéder du seul raisonnement de la jurisprudence alors en identité de vue avec la doctrine.

C'est en effet la Cour de cassation qui lui a donné une portée particulièrement forte par un arrêt Quertier, rendu par la chambre civile le 7 mars 1855, en interdisant au juge civil de remettre en question ce qui a été jugé sur l'existence d'un fait formant la base commune de l'action publique et de l'action civile, sur sa qualification et sur la culpabilité de celui à qui ce fait a été imputé.

Ce principe n'a cessé depuis lors d'être repris et la chambre commerciale devait même ajouter, en rendant l'arrêt précité du 14 novembre 1989, que l'autorité de la chose jugée s'imposait à la juridiction civile quand bien même le jugement pénal, passé en force de chose jugée, comporterait une appréciation erronée.

Bien que la doctrine se soit ensuite partagée sur le fondement de ce principe, celui-ci n'avait guère été contesté jusqu'à ce que le développement de la prise en compte des principes énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment le principe de la contradiction, conduise à remettre en cause cette belle unanimité. Est-il en effet acceptable qu'une victime puisse se voir opposer, devant un juge civil, un jugement pénal qui procède d'un débat auquel elle n'a pas été partie ?

A la différence de l'autorité de la chose jugée du civil sur le civil, ce qui été jugé au pénal s'impose, en effet, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait identité des parties.

Cette différence est inhérente à ce qui distingue le procès civil, chose des parties, et le procès pénal, qui procède le plus souvent de l'engagement de l'action publique par le ministère public et au cours duquel la partie civile n'intervient pas toujours.

La loi du 10 juillet 2000, relative à la responsabilité au titre des délits non intentionnels, a contribué à ébranler cette jurisprudence immuable depuis l'arrêt Quertier et a conduit la 1^{re} chambre civile à remettre en cause l'unité des fautes pénales et civiles (Civ. 1, 30 janvier 2001, Bull. n° 152).

À propos d'une action en reconnaissance de la faute inexcusable, à la suite d'un accident du travail, un arrêt de la 2^e chambre civile du 16 septembre 2003 (Bull. n° 263) a également, en se référant à l'article 4-1 du Code de procédure pénale issu de la loi évoquée ci-dessus, jugé que ce texte dissociant la faute civile de la faute pénale non intentionnelle, la juridiction de sécurité sociale n'était pas soumise à l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de la juridiction répressive.

Commentant cet arrêt au Recueil Dalloz 2004 (jurisprudence page 721), le professeur Philippe Bonfils s'interrogeait sur sa portée susceptible, selon lui, "*d'annoncer la disparition de l'autorité du criminel sur le civil.*"

Cette évolution pourrait se poursuivre si l'on se réfère aux analyses de droit comparé, dont il résulte que de nombreux droits étrangers ignorent l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Ainsi, l'article 53 du Code suisse des obligations affirme l'indépendance du juge civil qui n'est pas lié par un acquittement pénal et peut décider, malgré cet acquittement, qu'une faute justifiant réparation a été commise.

Le rapport de la commission "Célérité et qualité de la justice" remis au garde des Sceaux le 5 septembre 2004 par le président du tribunal de grande instance de Paris, Jean-Claude Magendie, s'inscrit dans cette perspective en proposant d'abroger l'article 4, alinéa 2, du Code de procédure pénale qui énonce la règle exprimée par la maxime selon laquelle *le criminel tient le civil en l'état*.

Cette vérité de la chose jugée au pénal est également susceptible d'évoluer compte tenu des nouvelles possibilités de remise en cause de la chose irrévocablement jugée par le juge pénal.

Dès l'adoption du Code d'instruction criminelle, en 1808, le pourvoi dans l'intérêt de la loi a permis de faire annuler une décision manifestement contraire à la loi, mais, toutefois, "*sans que les parties puissent s'en prévaloir ni s'opposer à l'exécution de la décision annulée*" (article 621 du Code de procédure pénale), ce qui illustre la force de la chose définitivement jugée au pénal.

Voie de recours extraordinaire, la procédure de révision des décisions pénales permet quant à elle de modifier le sens de la décision "erga omnes", et l'annulation de la décision, sans renvoi à de nouveaux débats, ne laisse rien subsister de la condamnation initiale, ce dont il résulte qu'elle ne peut plus être invoquée devant le juge civil.

La question se pose alors de savoir si une décision civile irrévocable, qui aurait été rendue sur le fondement de l'autorité d'une décision pénale ultérieurement annulée à l'issue d'un recours en révision, pourrait elle-même faire l'objet d'un recours en révision sur le fondement de l'article 593 du nouveau Code de procédure civile.

Aucune des causes d'ouverture du recours en révision énoncées par l'article 595 du nouveau Code de procédure civile n'envisageant cette situation, peut-être faudrait-il rechercher la solution en engageant un pourvoi fondé sur la contrariété de jugement dans les termes de l'article 618 du nouveau Code de procédure civile. Le pourvoi dirigé contre deux décisions contradictoires dont l'une émane du juge pénal et l'autre du juge civil est, en effet, recevable lorsqu'aucune des deux n'est susceptible d'un recours ordinaire et que leur caractère contradictoire équivaudrait à un déni de justice (Ass. Plén. 29 novembre 1996, Bull. n° 8).

Une situation identique serait également susceptible de se présenter depuis l'adoption de la loi du 15 juin 2000, qui a instauré une possibilité de réexamen d'une décision pénale après qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme eut jugé qu'une personne avait été reconnue coupable d'une infraction par une juridiction pénale française sans qu'aient été respectées les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels.

Si donc ce qui a été jugé au pénal doit être tenu pour vrai par le juge civil, cette vérité n'est pas tout à fait immuable et sa remise en cause ne peut être sans conséquence sur le jugement civil qui s'était fondé sur cette vérité.

Il demeure cependant un domaine où l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose nécessairement au juge civil, c'est celui que traite l'article 312 du nouveau Code de procédure civile. Si une décision de relaxe rendue par la juridiction pénale sur des poursuites pour faux concernant un document versé aux débats au cours d'un procès civil, aux motifs que l'accusation n'est pas suffisamment établie, n'interdit pas aux juges statuant au civil d'estimer que la preuve de l'authenticité du document

n'est pas apportée, à l'inverse la décision du juge répressif constatant la sincérité ou la fausseté du document s'impose au civil.

Au regard de tous ces éléments, le terme "autorité" apparaît donc mieux adapté que celui de "vérité" pour ce qui concerne l'incidence de la chose jugée au pénal sur le civil, même si cette autorité résulte d'une présomption de vérité, laquelle est d'ailleurs fort heureusement, dans la grande majorité des cas, effectivement conforme à la vérité.

III. La vérité résultant de l'autorité spécifique des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des communautés européennes

A. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont un caractère spécifique quand à l'autorité de la chose jugée.

L'article 53 de la Convention énonce que "*les hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties*" et les arrêts de la Cour ont force obligatoire puisqu'ils sont définitifs, ainsi que le précise l'article 52 de la Convention.

Mais, dans l'ordre interne, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont une autorité de la chose jugée spécifique puisque, bien que l'État, partie au litige, ait l'obligation de se conformer à la décision de la Cour, le particulier qui a obtenu satisfaction ne peut s'en prévaloir devant une juridiction nationale.

Il en résulte que, la Convention n'ayant prévu aucun mécanisme pour annuler l'autorité de la chose jugée d'une décision de justice interne, celle-ci survit alors même qu'elle se trouve contredite par un arrêt de la Cour européenne.

C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 3 février 1993 (Bull. n° 57) dans une affaire Kemmache, a énoncé que les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme n'ont aucune incidence directe en droit interne sur la décision des juridictions nationales.

Deux vérités judiciaires sont donc susceptibles de coexister : celle qui procède de la décision d'une juridiction nationale, laquelle est directement exécutoire, et l'autorité de la chose jugée par la Cour européenne qui peut ne se traduire, conformément à l'article 50 de la Convention, que par une "*satisfaction équitable*".

Cette coexistence de deux vérités judiciaires ne correspond toutefois qu'à l'analyse statique de l'incidence de la décision de la Cour européenne sur la décision nationale soumise à son contrôle, laquelle lui est nécessairement antérieure par application du principe d'épuisement préalable des voies de recours.

Si l'on adopte une vision dynamique, l'examen de l'évolution de la jurisprudence nationale française conduit à constater, tout au contraire, que ce qui est jugé par la Cour européenne s'impose avec le temps aux juridictions françaises. Dans la hiérarchie des normes, et compte tenu du fait qu'il s'agit de décisions qui se fondent sur les dispositions d'une Convention internationale, les arrêts de cette Cour se placent non seulement au-dessus de la jurisprudence interne, mais également au-dessus de la loi nationale.

En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, ci-dessus évoquée, il est possible à un requérant qui a obtenu une décision favorable devant la Cour européenne des droits de l'homme de

saisir la Commission chargée du réexamen des décisions pénales prononcées en violation des dispositions de la Convention, qui a été spécialement créée à cet effet.

B. Les décisions de la Cour de justice des communautés européennes

La particularité de cette juridiction tient à ce qu'elle est susceptible de rendre trois catégories de décisions dont chacune se distingue quant à sa portée.

1°) En premier lieu la Cour, en application de l'article 230 du Traité, peut rendre des décisions d'annulation qui ont pour conséquence de rendre nul et non avenu l'acte contesté de l'État membre dont il émane. Ces décisions ont alors une autorité absolue de chose jugée et elles s'imposent en droit interne.

2°) La deuxième catégorie de décision est constituée par celles qui sont rendues sur les recours en manquement, c'est-à-dire celles qui visent à obliger un État soit à créer une norme de droit interne, soit, au contraire, à abroger un dispositif de droit interne pour se conformer au droit communautaire.

Dans l'un et l'autre cas les décisions qui déclarent qu'il y a manquement possèdent autorité de chose jugée absolue et elles doivent donc être considérées par les juridictions nationales de l'Union comme la vérité juridique.

3°) Enfin, conformément à l'article 234 du Traité, les juridictions nationales peuvent poser à la Cour de justice des communautés européennes des questions préjudicielles, que ce soit en interprétation ou en appréciation de validité.

Les décisions de la Cour ainsi rendues par le juge communautaire ont une autorité de chose jugée absolue lorsqu'elles concluent à la non-validité de l'acte qui fait l'objet de la question préjudicielle.

Il en va de même des arrêts rendus sur les questions préjudicielles portant sur l'interprétation : il appartient à la juridiction nationale d'appliquer les règles du droit communautaire, telles qu'interprétées par la Cour, à l'affaire dont elle est saisie (arrêt du 23 octobre 2003, Patricia Inizan et Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, C-56/01).

_____ Il faut noter que si l'interprétation donnée s'impose comme vérité juridique à la juridiction nationale dont émane la question préjudicielle, cette interprétation présente la particularité de ne pas lier le juge communautaire qui pourrait s'en écarter à l'occasion d'un contentieux dont il viendrait à être ultérieurement saisi.

Pour conclure

Si l'on devait le faire en quelques mots seulement, on pourrait dire que la chose jugée n'est pas **la** vérité mais **une** vérité en ce que, par la vertu du Code civil et du nouveau Code de procédure civile, ce qui a été jugé, dans les limites et les circonstances ci-dessus décrites, est revêtu d'une autorité qui lui confère la force de la vérité par présomption de la loi.

Présomption de vérité, cette vérité de la chose jugée justifie, au nom de l'autorité dont elle est investie, que soient mises à exécution les décisions contenues dans le dispositif et interdit de saisir à nouveau le juge dans les mêmes termes.

Cette vérité ne peut plus être contestée sauf par un recours en révision que les termes de l'article 595 du nouveau Code de procédure civile n'ouvrent qu'avec circonspection et uniquement au titre de l'une des quatre causes qu'il énumère.

Aussi restreint soit-il, ce recours en révision illustre bien cependant, par sa seule existence, que le contenu d'un jugement passé en force de chose jugée n'est qu'une vérité relative, contingente et étrangère à toute idée de vérité absolue.

Mais, après tout, n'est-ce pas le propre de toute vérité de se confronter à ses propres contingences qui procèdent des impératifs de sécurité et de stabilité qui fondent son existence ?

Règle de droit public destinée à mettre un terme à toutes les poursuites, ainsi que le relevait Faustin-Hélie dans son *Traité d'instruction criminelle*, l'adage *res judicata pro veritate habetur* est destiné, selon le canon 1642, à assurer la stabilité du droit.

Il faut aussi considérer que si l'autorité de la chose jugée a été introduite par le législateur de 1804, en s'inspirant de Pothier, comme une présomption légale de vérité, c'est non seulement pour assurer la stabilité des rapports juridiques et mettre fin aux contestations mais aussi, ainsi que l'observait le Doyen Gény dans son traité intitulé *Science et technique en droit privé positif*, parce que, dans leur très grande majorité, les décisions de justice sont une fidèle expression de la vérité.

On ne doit cependant pas perdre de vue que la chose jugée ne peut traduire la vérité qu'autant que les parties en litige, sous le contrôle actif du juge, se sont attachées, tout au long du procès, à respecter avec loyauté le principe de la contradiction qui constitue l'élément fondamental du procès équitable.

LA VÉRITÉ, L'APPARENCE ET LA RÉTROACTIVITÉ EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

Colette GABET
Conseiller à la Cour de cassation

Dans le contentieux de l'immeuble dont connaît la troisième chambre de la Cour de cassation, la question de la vérité et de l'apparence se pose avec une acuité particulière, notamment pour les conséquences qu'il convient de tirer des actions en nullité des contrats portant sur des immeubles.

Le Code civil bicentenaire ne contient pas de théorie générale de la nullité : il évoque la notion de nullité en précisant dans l'article 1304 que l'action en nullité ou en rescision, sauf disposition contraire, dure cinq ans. L'article 1184 énonce que *“la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses en même état que si l'obligation n'avait pas existé”*. Pour la vente, il est précisé que *“dans le cas des articles 1641 et 1643 (les vices cachés) l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par expert”* et l'article 1654 énonce brièvement que *“si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente”*.

Le XIX^e siècle a été, en doctrine, celui de la recherche de la nature de la nullité.

Depuis le XX^e siècle, la question est celle des effets de la nullité. Il convient à cet égard d'assimiler à la nullité, la rescision, qui n'est plus utilisée que dans l'hypothèse d'une lésion, sorte de nullité exceptionnelle. En effet, la distinction nullité-rescision est le fruit de l'histoire : la nullité était prononcée par les Parlements, tribunaux ordinaires, alors que la rescision l'était par la Chancellerie, qui délivrait des lettres de rescision. Cette distinction n'a plus d'intérêt aujourd'hui.

En ce qui concerne la résolution, si elle est distincte de la nullité dans son objectif et les conditions de sa mise en oeuvre, puisqu'elle suppose un contrat valablement formé mais pas ou mal exécuté, elle n'en diffère pas dans ses effets et, pas plus que la nullité, elle n'a fait l'objet de dispositions générales dans le Code civil.

Les matières non organisées de façon précise par le Code civil laissent au juge une certaine liberté et c'est à travers le concept de la rétroactivité que les effets de la nullité ont été recherchés et analysés, concept qui permet de faire disparaître l'apparence : ce n'est, en effet, qu'en apparence que l'acte a développé ses effets et cette apparence doit disparaître pour que soit restaurée, la vérité juridique (I).

Mais tout ce qui a pu se réaliser, se construire à partir du contrat annulé au profit d'une des parties ou des tiers de bonne foi doit-il disparaître ? Ne faut-il pas tempérer la sévérité du mécanisme de la rétroactivité de l'annulation pour faire prévaloir la réalité des faits, soit en écartant les conséquences de la rétroactivité au profit de certaines apparences, soit en atténuant les conséquences de l'annulation par le mécanisme de la responsabilité (II) ?

L'ambition n'est pas ici, bien évidemment, d'élaborer une théorie générale de la rétroactivité, pas plus que de l'apparence et de la bonne foi, mais seulement de rechercher comment ces concepts, particulièrement en matière immobilière, sont utilisés dans les dernières années pour parvenir à ce que le droit rejoigne la vérité et assure la sécurité juridique.

I La rétroactivité, instrument de la vérité juridique

Le droit offre une extraordinaire variété de cas de rétroactivité dont l'étude détaillée conduirait des nullités du mariage à l'effet déclaratif du partage, de l'adjudication sur folle enchère aux nullités des sociétés, de la nullité des obligations à la rescision pour lésion.

L'annulation ou la résolution du contrat conduit à l'anéantissement rétroactif de celui-ci. Il doit y avoir retour à la situation initiale et l'anéantissement rétroactif implique que chacun retrouve ce qui était avant le contrat : les actes ou paiement que le contrat avait induit doivent disparaître y compris ceux qui font intervenir des tiers. La décision doit effacer l'ensemble des traces que le contrat a permis de créer.

En ce domaine, le principe de la rétroactivité rejoint pleinement l'idée développée par Demogue, celle d'une fiction qui a une utilité pédagogique en ce qu' "*elle permet de fixer l'idée abstraite par une image, de concentrer autour d'une idée centrale les résultats adoptés*"¹.

La disparition du contrat non encore exécuté ne pose à l'évidence aucun problème. Rare est le cas devant les tribunaux. Généralement, les conséquences de l'annulation ou de la résolution d'un contrat sont délicates et complexes parce qu'avant son annulation ou sa résolution, le contrat a déjà produit des effets durant une période plus ou moins longue.

Trois questions majeures, en droit immobilier, affectent la situation d'annulation et rendent difficile le triomphe de la vérité non seulement juridique mais aussi économique qui est celle que recherchent souvent les plaideurs :

- l'une des prestations ne peut plus être exécutée (A)
- la chose à restituer peut avoir subi une plus ou une moins value (B)
- enfin, elle peut avoir procuré une jouissance (C).

Par l'annulation, la vérité juridique conduit à remonter le cours du contrat mais la vérité économique n'impose-t-elle pas de remonter aussi le cours du temps comme l'évoque Yves Marie Serinet² ?

A L'impossibilité de restituer tenant à la nature de la prestation

Elle se présente dans les contrats à exécution successive tel que le contrat de travail, le contrat de bail, notamment. L'employeur ne peut restituer le travail fourni ni le locataire la jouissance du bien qui étaient la contrepartie du salaire ou du loyer. En réalité c'est la nature de la prestation qui rend la restitution délicate, que le contrat soit à exécution instantanée ou successive : il s'agit d'une obligation de faire qui, une fois réalisée, est souvent irréductible à toute restitution.

La jurisprudence admet depuis longtemps que le salarié a droit à une indemnité pour compenser les services dont a profité l'employeur³.

La troisième chambre civile retient pour l'annulation d'un bail que le propriétaire a droit à une indemnité au titre de la jouissance. Elle l'admet plus récemment en matière d'annulation de contrat de crédit-bail⁴.

¹- Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, Ed. La mémoire du droit, p. 243.

²- Y.M. Serinet, JCP. ed.G, 2004, p.195.

³- Soc. 3 octobre 1980, Bull. V, n° 704, D.1982.68. note Agostini, Soc. 7 novembre 1995, Dr. trav. 1995. comm. 477, JCP 1996. ed.G II. n° 22 626. note B. Petit et M. Picq.

⁴- Civ. 3°, 31 janvier 2001, pourvoi 96-11.483, RJDA 11/01, n° 1077, en matière de bail d'habitation, Civ. 3, 3 juillet 2002, RJDA 2002, n° 971 (locaux occupés par le futur acquéreur pendant le cours des négociations), Civ. 3°, 23 juin 2004, Bull. III, n°125, Civ.3°, 17 novembre 2004, pourvoi 03.10622.

Toujours en conséquence de l'annulation, la troisième chambre prononce l'annulation de la décision fixant les indemnités d'expropriation lorsque l'arrêt de cessibilité a lui-même été annulé par une décision administrative irrévocable⁵. La restitution devient également impossible lorsque l'objet du contrat est une chose consomptible : une indemnité est également admise⁶. Elle l'est aussi lorsque la chose a disparu ou a été détériorée de manière fortuite : le propriétaire qui est censé l'avoir toujours été doit supporter les risques sans aucun droit à indemnité.

L'impossibilité de restituer peut encore résulter du fait que l'objet de la restitution n'est plus entre les mains du cocontractant : l'immeuble dont la vente est annulée a été cédé à un tiers⁷. La troisième chambre civile, élargissant le champ des restitutions, a considéré, dans le cas de résolution d'une vente d'immeuble, que le vendeur devait rembourser à l'acquéreur le montant de la taxe foncière versée à l'Etat⁸. De la même manière, à la suite de la résolution d'une vente immobilière, une société d'HLM a été tenue de reverser aux acquéreurs le montant des aides personnalisées au logement dont ils étaient bénéficiaires⁹.

2. Plus ou moins value de l'objet de la restitution

Il est enseigné classiquement qu'en vertu du principe du nominalisme monétaire, c'est le prix perçu qui doit être restitué, outre les intérêts, à compter de la demande en justice. Le principe de la restitution intégrale devrait conduire à faire courir les intérêts dès le versement du prix. Mais si tous les intérêts devaient être restitués, tous les fruits ne devraient-ils pas l'être aussi ? Ce n'est pas la solution généralement retenue par la jurisprudence qui décide que les intérêts sont dus à compter de l'assignation¹⁰. Toutefois certaines décisions retiennent le jour de la vente si le vendeur était de mauvaise foi, ou bien accordent des dommages et intérêts¹¹.

Mais la valeur du bien peut être modifiée au fil du temps par l'action de l'acheteur qui l'a amélioré ou au contraire détérioré. La question s'est posée avec acuité en matière d'annulation de cessions de sociétés et la chambre commerciale a posé très clairement le principe selon lequel le vendeur avait droit à la plus value¹².

Lorsque le bien a été détérioré, la partie débitrice de la restitution doit, en principe, en indemniser son cocontractant mais c'est une question de responsabilité et non de restitution. Si l'acheteur a effectué des frais pour la conservation de la chose il doit en être remboursé¹³. De la même manière la jurisprudence retient que le vendeur doit être indemnisé au titre des dégradations subies par la chose restituée et notamment de son usure¹⁴.

⁵- Civ.3°, 17 février 2004, pourvois 92-70.444, 92-70.445, 92-70.446 et 91-70.344, Civ. 3°, 2 mars 2004, pourvoi 96-70.026. Civ. 3°, 30 mars 2004, pourvoi 01-70.077.

⁶- Civ. 1°, 12 décembre 1979, JCP 1980, II. 19464, Note Prévault, D. 1980, IR.390, Obs. Martine.

⁷- Civ. 1°, 6 décembre 1967, Bull.I, n°358. RTD Civ. 1968, p. 798, Obs. J.Chavallier.

⁸- Civ. 3°, 26 janvier 1994, Contrats.conc.consom.,1994, n° 133, obs. Leveneur.

⁹- Civ. 3°, 2 mars 1994, Contrats, conc.consom.. 1994, n° 133, obs. Leveneur.

¹⁰- Civ. 3°, 10 octobre 2001, RJDA, 2001, n°1400, 7 juillet 2004, pourvois 01-17.446 et 01-17.619.

¹¹- Civ. 1°, 4 octobre 1988, Bull. I, n°273, D., somm., p.231, Obs.Aubert, 16 avril 1996, Bull.I, n° 188. L'arrêt accorde les intérêts à compter de la vente à titre de dommages et intérêts.

¹²- Cass.com., 29 mars 1994, Bull. IV, n°137. Bull.Joly, 1994, p. 183, obs Couret.

¹³- Civ. 3°, 12 janvier 1994, Bull. III, n°5.

¹⁴- Civ. 1°, 6 juillet 2000, Contrat.conc.consom., 2000, comm.176, note Leveneur, 22 novembre 1988, Bull. I, n°334, 2 juin 1987, Defrénois, 1988, p. 373, note Aubert.

Les décisions rendues en ces différents domaines ne précisent pas toujours leur fondement qui paraît rester hésitant : application du principe de la rétroactivité, sanction de la mauvaise foi, notion d'équilibre entre les prestations restituées ou bien encore réparation d'un préjudice.

On peut rapprocher de ces situations, celle du crédit-bail immobilier, lors de la mise en oeuvre de la clause de résiliation anticipée : il est nécessaire que le crédit-preneur qui envisage une résiliation anticipée soit en mesure de comparer le poids économique des options qui s'offrent à lui : le versement de l'indemnité de résiliation anticipée et le coût d'exécution du contrat jusqu'à son terme. Faut-il faire prévaloir la vérité économique en actualisant les loyers restant à courir ou bien maintenir la vérité juridique, celle que les parties ont voulu dans le contrat, en retenant la valeur nominale des loyers ?

La troisième chambre civile a pris position dans un arrêt du 30 juin 2004¹⁵ : si les parties n'ont pas prévu d'actualisation dans le contrat, elle retient la valeur nominale des loyers restant à courir par application de l'article 1895 du Code civil qui, en matière de prêt, impose le principe du nominalisme monétaire et du principe de la liberté contractuelle.

3. L'indemnisation de l'usage de la chose

La question se pose essentiellement lors de la vente d'une chose et tout particulièrement s'agissant de la vente d'un immeuble. La doctrine, peu abondante, est partagée. Certains auteurs sont favorables à cette indemnisation¹⁶ sans être unanimes sur le fondement à donner. D'autres y sont défavorables¹⁷ et considèrent que l'utilisation du bien est hors du champ des restitutions : si le bailleur est tenu d'une obligation de faire, le vendeur n'a contracté aucune obligation relative à la jouissance, il n'est tenu d'aucune délivrance. Si l'on admet l'indemnisation, il est certain que les juges doivent se livrer à des recherches délicates pour déterminer le profit que les parties ont pu tirer de la chose.

En jurisprudence, la première chambre civile était défavorable à une telle indemnisation¹⁸ en retenant une stricte application du principe de la rétroactivité. La troisième chambre civile acceptait au contraire de fixer une indemnisation au titre de la jouissance dont l'acquéreur a pu profiter sur le fondement de l'action en répétition de l'indu¹⁹. La chambre commerciale, après hésitation, a retenu la solution consacrée par la première chambre²⁰.

Finalement, la question a été soumise à la chambre mixte (réunissant la première chambre, la troisième chambre et la chambre commerciale) qui, par un arrêt du 9 juillet 2004²¹ rejette toute indemnisation au titre de la jouissance par application stricte du principe de l'effet rétroactif de

¹⁵- Civ.3°, 30 juin 2004, Bull. III, n° 141, pourvoi 02-16.863.

¹⁶- M. Malaurie, Les restitutions en droit civil, Thèse Paris II, Cujas, 1991, Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 9° éd., Domat, Montchrestien. 2001.

¹⁷- J. Ghestin, C.Jamin et M. Billiau, Traité de droit civil, les effets du contrat, 3° éd., LGDJ. 2001, n° 531, E. Poisson-Drocourt, D., 1983, chr. 85.

¹⁸- Civ. 1°, 11 mars 2003, Bull. I, n° 74, RTD Civ. 2003, p. 501, obs. Mestre et Fages, RJDA 10/03, n° 934, D. 2003, J., p.2522, obs. Serinet, 2 juin 1987, Bull.I, n° 183, 7 avril 1998, Bull. I, n° 142, RTDCiv. 1998, p. 905. Voir cependant un arrêt du 5 mai 2004, Bull. I, n° 127 qui fait entrer dans le champ des restitutions consécutives à la résolution, l'indemnité d'éviction versée par l'acquéreur au locataire commercial en contre partie du congé délivré.

¹⁹- Civ. 3°, 12 janvier 1988, Bull. III, n° 7, Defrénois 1988, article 33 337, n° 99, obs. Vermelle, 26 janvier 1994, RTDciv. 1994, p. 860, obs. Mestre, 12 mars 2003, Bull. III, n° 63, D., 2003, J, p. 2522, obs. Serinet.

²⁰- Cass.com. 11 mai 1976, Bull.IV, n° 162 Defrénois 1977. article 31 343, n° 8. obs. J.L.Aubert, 19 mai 1998, Bull.IV, n° 160, D. 1999, J, p.406, note Ribeyrol-Subrenat, RTDCiv., 1999. p. 105, obs. Mestre, JCP G., 1999, II, 10 194, note A. Kam.

²¹- Chambre mixte, 9 juillet 2004, D. 2004, p. 2175, note C. Tuailon, JCP G, 2004, p. 1959, note Y.M.,Serinet, Defrénois 2004. p. 1402. note R .Libchaber.

l'annulation de la vente, au visa de l'article 1234 du Code civil et censure l'arrêt de la cour d'appel, sur la première branche du moyen, dans les termes suivants :

“ qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble, la cour d'appel a violé le texte sus-visé”.

Nous reviendrons ultérieurement sur la cassation également intervenue sur la seconde branche, au visa de l'article 1382 du Code civil, mais la position de la Cour de cassation est très claire lorsque la demande de restitution est fondée sur le droit des contrats : l'effet rétroactif n'autorise pas l'indemnisation de la jouissance dont l'acquéreur a pu profiter avant l'annulation du contrat.

La chambre mixte a tranché : la nullité a un effet rétroactif absolu. Rien n'est dû puisque la situation n'a jamais existé. Le droit l'emporte sur le fait, la vérité juridique sur la réalité. La situation de fait créée par le contrat annulé n'est pas, sur le fondement de la nullité, prise en considération parce que l'effet rétroactif du contrat ne le permet pas. La rétroactivité ne peut effacer que les obligations du contrat et rien de plus, sorte de *“contrat à l'envers”* selon l'expression de M. Malaurie ou de *“contrat renversé”* selon celle du Doyen Carbonnier. Pour reprendre une image déjà évoquée, la rétroactivité permet de remonter le cours du contrat, pas le cours du temps.

Il est important de relever qu'en utilisant l'expression *“indemnité correspondant à la seule occupation”*, l'arrêt réserve la faculté de prendre en considération la détérioration de la chose.

2. La bonne foi, tempérament à la vérité juridique

La vérité juridique, qui est le résultat de la mise en oeuvre des règles de droit, est érigée en postulat par ce qu'elle a été élaborée pour répondre au mieux à l'ensemble des situations de fait semblables, à partir d'une réflexion sur les objectifs poursuivis par un système juridique donné. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle est vérité absolue et qu'elle ne doive pas connaître quelques assouplissements, quelques exceptions pour que le juridique continue à être au service du juste. La bonne foi participe d'une justice corrective.

La bonne foi comporte deux aspects : d'une part, la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière et, d'autre part, le comportement loyal (ou à tout le moins normal) que requiert notamment l'exécution d'une obligation. La première acception est psychologique : le sujet de droit ignore l'obstacle qui empêche de donner plein effet à une situation juridique. Cette notion se retrouve à travers la théorie de l'apparence : ainsi dans le mariage putatif ou la situation du possesseur de bonne foi. La seconde notion se caractérise par le principe du respect des engagements souscrits qui implique un comportement loyal.

Bonne foi et loyauté sont de plus en plus sollicitées dans notre droit contemporain des contrats, que ce soit en droit interne ou en droit international. Ainsi la Cour de justice des communautés européennes retient que des obstacles à la libre circulation à l'intérieur du territoire communautaire puissent être dressés pour répondre *“aux exigences impératives tenant notamment... à la loyauté des transactions commerciales”* ²².

²². CJCE, 20 février 1979, Cassis de Dijon, Rec. 649.

La bonne foi fait partie des notions “floues” qu’utilisent parfois le juge pour tempérer la rigueur de la règle générale²³ comme la notion de connexité, l’urgence ou la force majeure. Le droit a besoin d’un certain nombre de soupapes de sûreté permettant d’éviter les excès d’une technique trop méticuleuse. Comme toutes ces notions, elle ne fait l’objet d’aucune définition précise et la jurisprudence ne cherche guère à en déterminer le contenu : elle affirme leur existence pour fonder l’entorse faite à l’application stricte de la règle générale et pour parvenir à maintenir un juste équilibre entre la réalité des faits et la vérité juridique.

Si l’article 1134 du Code civil a posé en son second alinéa le principe selon lequel les conventions “doivent être exécutées de bonne foi”, la doctrine donne à cette notion de plus en plus d’applications : après l’avoir retenue dans l’obligation de sécurité, elle réapparaît avec force dans le domaine de l’annulation et des restitutions.

Dans le droit immobilier, déjà consacrée par le Code civil, en ce qui concerne le sort des fruits (A), la bonne foi trouve une place de plus en plus grande en jurisprudence et permet soit d’écarter certaines conséquences de l’effet rétroactif de l’annulation, à partir de la théorie de l’apparence (B) soit d’en atténuer les effets sur le fondement général du principe de la responsabilité (C).

1. Bonne foi et chose frugifère

La vocation naturelle des fruits est d’être consommés. Le plus souvent ils ne peuvent être conservés, aussi l’article 549 du Code civil énonce-t-il que le possesseur de bonne foi fait siens les fruits et il n’en doit restitution qu’à compter de la demande en justice²⁴.

Toutefois, un arrêt de la troisième chambre civile a condamné un acquéreur à restituer tous les fruits perçus depuis la vente en retenant - en dehors de toute considération de bonne ou de mauvaise foi - que la restitution est la conséquence légale de la résolution²⁵.

2. Bonne foi et apparence

La jurisprudence limite parfois les conséquences de l’effet rétroactif de l’annulation en faisant appel à la théorie de l’apparence, afin de protéger les tiers au contrat annulé qui devraient, logiquement, en supporter les conséquences. Le fait l’emporte sur le principe juridique. La théorie de l’apparence n’est que “l’outil juridique” pour corriger les effets de l’effet rétroactif de l’annulation strictement appliqué, un tempérament à la logique du droit positif. En effet, la rétroactivité de la nullité peut gravement porter préjudice aux droits des tiers, entendu comme les ayants cause particulier qui tiennent leurs droits de l’une des parties à l’acte nul puisque les droits qu’ils ont acquis sont rétroactivement anéantis comme ceux des contractants. Or, bien souvent, les tiers ne peuvent déceler la cause de nullité d’un contrat antérieur et le recours du tiers contre son auteur est souvent illusoire.

Si en matière mobilière, le tiers est protégé par le principe posé par l’article 2279 du Code civil, il est dans une situation beaucoup plus fragile, en matière immobilière, et la publication obligatoire du jugement prononçant la nullité n’est pas un remède suffisant dès lors qu’elle laisse sans protection ceux qui ont traité antérieurement.

²³. A. Breton, Des effets civils de la bonne foi, Rev.crit.leg. et Jur., 1926.

J. Jaubert, Des effets civils de la bonne foi, thèse Paris, 1935.

Lyon Caen, De l’évolution de la notion de bonne foi, RTDCiv., 1946, p.75.

Gorphe, Les effets civils de la bonne foi, thèse Paris, 1928.

R. Vouin, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse Bordeaux 1959.

C. Gabet, La connexité dans le droit des obligations, thèse Paris I, 1977.

²⁴. Civ. 3^e, 28 juin 1983, Bull. III, n° 148.

²⁵. Civ. 3^e, 22 juillet 1992, Bull. III, n° 263.

Dans un arrêt ancien du 2 novembre 1959²⁶ la première chambre avait maintenu le bail consenti par une personne autre que le véritable propriétaire en retenant que le preneur avait conclu le bail de bonne foi et sous l'empire de l'erreur commune.

En matière d'hypothèque la théorie de l'apparence est invoquée mais avec un succès mélangé parce qu'un équilibre doit être trouvé entre la protection du véritable propriétaire et les nécessités du crédit. On le sait, pour pouvoir consentir une hypothèque, il faut être propriétaire de l'immeuble ou titulaire du droit réel immobilier qui doit être grevé. L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle .

Cependant la jurisprudence admet, par exception à ce principe, la validité de l'hypothèque consentie par un propriétaire apparent au profit d'un créancier ayant traité de bonne foi et sous l'emprise de l'erreur commune²⁷. Les tiers de bonne foi qui agissent sous l'emprise de l'erreur commune ne tiennent leur droit ni du propriétaire apparent ni du propriétaire véritable ; ils sont investis par l'effet de la loi. La nullité du titre du propriétaire apparent serait-elle d'ordre public, est sans influence sur la validité des constitutions d'hypothèque par lui consenties dès lors que la cause de la nullité est demeurée et devait nécessairement être ignorée de tous.

Plus récemment, par un arrêt du 24 septembre 2003²⁸ la troisième chambre civile a écarté tant l'apparence que la bonne foi pour refuser de retenir la validité d'une hypothèque conventionnelle consentie par un conjoint divorcé sur un bien donné par son ex-épouse, donation automatiquement révoquée du fait du divorce prononcé ultérieurement, aux torts exclusifs du mari, en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé l'existence d'une erreur légitime. Il était en l'espèce difficile de retenir la théorie de l'apparence en l'absence d'une erreur légitime caractérisée.

En matière de publicité foncière l'examen de la jurisprudence révèle qu'il ne suffit pas de se contenter de l'apparence formelle, au premier degré, en retenant que les conditions de la publicité légale sont suffisantes pour valider la sûreté publiée en premier au détriment d'un acte conclu antérieurement mais non encore publié. La jurisprudence exige une apparence substantielle, tenant compte du comportement de celui qui l'invoque : il ne suffit pas que celui qui se prévaut de l'impossibilité d'un transfert de propriété établisse l'antériorité de sa publication, il faut encore qu'il ait été trompé par la situation de droit apparente résultant de la publicité foncière, il faut qu'il soit de bonne foi²⁹.

La vente de la chose d'autrui est nulle mais l'apparence peut faire échec à l'action en revendication du véritable propriétaire. La vente est tenue pour valable si les acquéreurs ont traité avec celui qu'une erreur commune et légitime leur a imposé de considérer comme habilité à vendre³⁰.

Si l'apparence connaît en jurisprudence une grande faveur en matière de mandat apparent au point que l'exception apportée à l'article 1998 du Code civil poussent certains auteurs à en décliner la règle sous la forme d'un brocard "*En fait de mandat, croyance légitime vaut titre*", la jurisprudence de la troisième chambre en écarte désormais l'application, dans le domaine de la copropriété, au nom de la sécurité juridique, lorsque le mandat d'un syndic est annulé et décide que les assemblées générales convoquées par ce syndic sans pouvoir sont nulles³¹. L'effet de l'annulation est endigué dans son ampleur, qui, le plus souvent ne profitait qu'aux copropriétaires de mauvaise foi.

²⁶- Civ. 1^o, 2 novembre 1959, Bull. I, n° 448, JCP ed.G., 1960, II, 11 456, RTD Civ. 1969, p.327. Obs. Carbonnier, Civ.3^o, 3 janvier 1969, Bull. III, n°10.

²⁷- Civ. 1^o, 3 avril 1963, D., 1964, p. 306, note Calais-Aulois, S., 1964, I, note A. Plancqueel, JCP, éd.G 1964, II, 13502, note J. Mazeaud, Civ. 1^o, 29 novembre 1988, JCP 1989, II. 21 339, Defrénois 1989, p. 927, obs. Champenois.

²⁸- Civ. 3^o, 24 septembre 2003, Bull. III, n° 162, Defrefois, n° 04/04, p. 305, Obs. S. Piedelièvre.

²⁹- Civ. 3^o, 30 janvier 1975, JCP 75, ed..G., II, 18 001, note Dagot, 24.09.2003, précité note 28.

³⁰- Civ, 3^o, 22 mars 1968, Bull. III, n° 123. P.Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, RTD civ., 1954, p. 1.

³¹- Civ. 3^o, 7 juillet 1999, Bull. III, n° 163, 30 octobre 2001, Bull. III, n° 112.

Un arrêt du 6 octobre 2004³² casse une décision qui avait retenu que l'annulation en 1998 d'une assemblée générale de 1995 confirmant le mandat du syndic privait rétroactivement de valeur la confirmation de sa nomination par une assemblée générale de 1996 convoquée par un syndic non régulièrement désigné. La cassation est prononcée au visa de l'article 42 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 qui prévoit que les actions qui ont pour objet de contester les décisions des assemblées générales doivent, à peine de déchéance, être introduites par les copropriétaires opposants ou défaillants dans un délai de deux mois à compter de la notification qui leur en est faite, à la diligence du syndic.

3. Bonne foi et responsabilité

Il ne s'agit pas d'évoquer ici une orientation déjà ancienne de la jurisprudence cherchant à sanctionner le contractant de mauvaise foi, qui participait à la conclusion d'un contrat illicite ou immoral et entendait se prévaloir de sa propre immoralité pour obtenir l'annulation du contrat et la restitution de ce qu'il avait réglé en exécution du contrat nul. Les décisions anciennes faisaient alors appel à la règle *nemo auditur propriam turpitem allegans* non pour faire obstacle à la nullité mais pour justifier le refus de restitution. Mais interdire l'action en répétition sous prétexte d'indignité du demandeur, n'est-ce pas refuser d'aller jusqu'au bout de la sanction de l'irrégularité commise et valider pratiquement un contrat contraire à la loi ou à la morale dès lors qu'il a été exécuté ?

La jurisprudence récente fait appel à la notion de bonne foi et de responsabilité pour compléter les effets de l'annulation d'un contrat et prendre en considération le préjudice en quelque sorte "indirect" qui peut en découler. La première chambre civile a rappelé cette solution dans un arrêt du 18 octobre 1994³³ alors qu'elle annulait un contrat sur le fondement de l'article 1116 du Code civil.

L'arrêt de la chambre mixte du 9 juillet 2004³⁴ en sa seconde branche, affirme très clairement le principe au visa de l'article 1382 du Code civil et censure la cour d'appel qui avait retenu que les acquéreurs étaient tenus d'une indemnité correspondant à l'avantage qu'ils avaient retiré de la chose entre la date de la vente et celle de son annulation pour dol des vendeurs, dans les termes suivants :

“Qu'en statuant ainsi, alors que la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé, la cour d'appel a violé le texte sus-visé”.

La formule est large puisqu'elle vise le préjudice subi en raison de la conclusion du contrat annulé et pas seulement le dommage découlant de l'annulation du contrat. Mais seul peut recevoir indemnisation celui qui est de bonne foi face à un contractant de mauvaise foi, ce qui exclut évidemment toute indemnisation, au titre de la jouissance notamment, lorsque les deux parties sont de mauvaise foi... ou également de bonne foi ?

Cette décision se rapproche de la solution donnée par le Code civil pour les fruits perçus. Le fait d'utiliser personnellement la chose n'est pas différent de celui de percevoir les fruits de la chose.

Ces quelques éléments permettent, pour conclure, un constat. Pour tous les juristes, il est certain que le droit des biens et notamment de l'immeuble, contraste avec les autres matières : il n'a jamais été renouvelé en profondeur depuis le Code civil. Mais les immeubles ne sont plus, comme ils l'ont été longtemps, figés dans un patrimoine transmis de génération en génération. Ils sont l'objet de fréquentes mutations ou transformations, ils permettent des usages et des opérations variés : la location- vente, la copropriété, le crédit bail ... Ils sont dès lors l'objet de contrats, parfois soumis à des règles spéciales mais aussi très largement à la théorie générale des contrats et donc sensibles à l'évolution du droit des contrats

³²- Civ.3°, 6 octobre 2004, pourvoi 03.13-133.

³³- Civ. 1°, 18 octobre 1994, Bull.I, n° 293.

³⁴- op.cit., note 20.

et de la responsabilité comme aux variations économiques. Pareillement, en ce domaine comme dans tous les autres, s'intensifie le besoin de sécurité juridique.

Plus que jamais, la matière immobilière participe à l'évolution et à la réflexion contemporaine touchant le droit du contrat comme elle s'en enrichit.

**VÉRITÉ ET EFFECTIVITÉ DANS L'ACCÈS AUX PRESTATIONS FAMILIALES
POUR LES ENFANTS ETRANGERS
ENTRÉS EN FRANCE AVEC LEURS PARENTS**

- A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004 (n° W 02.30-157) -

Régis de GOUTTES
Premier Avocat Général

Les enfants étrangers entrés et vivant en France avec leurs parents étrangers ont-ils droit au bénéfice des prestations familiales du seul fait qu'ils sont entrés avec leurs parents régulièrement sur le territoire français ou faut-il qu'ils justifient préalablement de la délivrance d'un certificat médical de l'Office National d'Immigration ?

Cette question a fait l'objet d'un important arrêt de principe de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 16 avril 2004, qui s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence déjà bien tracée par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

L'Assemblée plénière était saisie du pourvoi formé par la Direction Régionale des Affaires Sanitaires et Sociales de la Loire (DRASS) contre un arrêt de la cour d'appel de Poitiers du 4 décembre 2001, rendu sur renvoi après cassation, qui avait refusé de s'incliner devant un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 31 octobre 2000.

La DRASS faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers d'avoir accueilli la demande de la mère de deux enfants mineurs étrangers, de nationalité congolaise, entrés et vivant en France avec elle, pour lesquels était sollicité le bénéfice des prestations familiales sans avoir à attendre la délivrance du certificat de contrôle médical de l'Office National d'Immigration - ou Office des Migrations Internationales (OMI) -

Dans son arrêt du 16 avril 2004, l'Assemblée Plénière a répondu :

“Attendu que, selon les articles L 512-1 et L 512-2 du Code de la sécurité sociale, les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales ; que la cour d'appel, qui a constaté qu'il n'était pas contesté que Mme Lingouala résidait régulièrement en France depuis le 27 septembre 1991 avec ses deux enfants, en a exactement déduit, par une interprétation des textes précités, conforme aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les prestations familiales étaient dues à compter du 1er mars 1993”.

Sous son apparente technicité juridique, la question posée cachait un enjeu important et un conflit entre deux logiques ou impératifs apparemment opposés :

- d'un côté, l'impératif du contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire français, mais aussi le souci de ne pas alourdir à l'excès les dépenses sociales par la prise en charge supplémentaire de nouveaux bénéficiaires (s'agissant surtout, comme en l'espèce, de l'attribution de prestations sociales non contributives), dans un contexte où tant la maîtrise des flux migratoires que le déficit de la sécurité sociale sont devenus une préoccupation centrale de l'Etat. Cette première logique est celle d'un Etat soucieux d'affirmer sa souveraineté dans la maîtrise de l'immigration et des dépenses sociales. Elle participe d'un “principe de réalité”, exprimé par une formule maintes fois répétée : notre pays ne peut pas prendre en charge toute la misère du monde...

- de l'autre côté, l'impératif de protection des droits des enfants, qui doivent pouvoir accéder, quelle que soit leur nationalité, à des conditions de vie décentes, à la nourriture, aux soins nécessaires à leur santé et à leur bien-être, à fortiori s'il s'agit de mineurs étrangers qui ne sont pas entrés irrégulièrement en France. Cette seconde logique, d'inspiration humanitaire, refuse de subordonner l'octroi des prestations familiales aux règles sur la police des étrangers et s'attache à l'intérêt des mineurs et aux droits sociaux de l'enfant, tels qu'ils sont proclamés par de nombreux textes internationaux.

Cette dialectique, ce conflit entre les deux impératifs en jeu, sous-tend, à vrai dire, toute l'évolution récente de notre droit en la matière, qu'il s'agisse du droit national ou du droit international et européen.

Il est intéressant, dès lors, de rappeler le contexte qui a conduit à la décision de l'Assemblée plénière, en examinant :

- . d'une part, le débat en droit interne français ;
- . d'autre part, le débat en droit international et européen.

I. Le débat en droit interne français

Les textes invoqués en l'espèce étaient les articles L 512-1, L 512-2, D 511-1 et D 511-2 du Code de la sécurité sociale.

Il faut rappeler notamment que, selon l'article L 512-1, "toute personne française ou étrangère résidant en France, ayant à sa charge un ou plusieurs enfants résidant en France, bénéficie pour ces enfants des prestations familiales dans les conditions prévues par le présent livre sous réserve que ce ou ces derniers ne soient pas bénéficiaires, à titre personnel, d'une ou plusieurs prestations familiales, de l'allocation de logement social ou de l'aide personnalisée au logement".

Quant à l'article D 511-2 (Décret du 27 avril 1987) du Code de la sécurité sociale, il précise que "La régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers que le bénéficiaire a à charge et au titre desquels il demande des prestations familiales est justifiée par la production d'un des titres de séjour ou documents prévus à l'article D 511-1, à défaut par la production d'un des documents suivants :

- extrait d'acte de naissance en France ;
- certificat de contrôle médical, délivré par l'office national d'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial et comportant le nom de l'enfant".

Sur la base de ces textes, deux thèses ont opposé la DRASS des Pays de la Loire et les parents des deux enfants mineurs étrangers.

A. La thèse des parents des mineurs étrangers

A l'appui de leur demande de prestations familiales en faveur de leurs enfants pour la période antérieure à la délivrance du certificat de contrôle médical de l'OMI, les parents des deux mineurs, dont le point de vue avait été approuvé par les cours d'appel d'Angers et de Poitiers, faisaient essentiellement valoir :

- le particularisme de la situation de leurs deux enfants en cause,
- qui rendait inapplicable à leur égard les dispositions du Code de la sécurité sociale invoquées.

1. Le particularisme de la situation des deux enfants en cause

Il résultait de l'arrêt critiqué et de la procédure que les deux enfants mineurs, nés à Brazzaville (Congo) en 1981 et 1984, étaient entrés non clandestinement en France le 27 septembre 1991 avec leur mère, entrée elle-même régulièrement en France avec une carte de séjour temporaire, visée sur son passeport, avant de bénéficier ensuite d'une carte de résident.

La mère des deux mineurs avait sollicité le bénéfice des prestations familiales à compter du 1er mars 1993, date à laquelle elle-même et son époux avaient été pris en charge par la Caisse d'allocations familiales de Cholet.

Cette caisse d'allocations familiales avait réclamé alors à Mme Lingouala le certificat de contrôle médical de l'OMI justifiant de la régularité de l'entrée et du séjour de leurs enfants, et elle n'avait accordé le bénéfice des allocations familiales pour ces enfants qu'à compter du 1er février 1995, une fois présenté le certificat médical délivré par l'OMI le 13 janvier 1995, en considérant que les enfants ne remplissaient pas avant le 13 janvier 1995 les conditions fixées par les articles L 512-2, D 511-1 et D 511-2 du Code de la sécurité sociale.

C'est cette décision qu'ont contesté précisément les parents des deux mineurs, qui ont considéré que la situation particulière de leurs enfants ne permettait pas de leur appliquer les articles précités du Code de la sécurité sociale.

2. L'inapplicabilité des dispositions invoquées aux deux enfants en cause

Les parents des deux mineurs, comme les cours d'appel d'Angers et de Poitiers, ont rappelé qu'aux termes de l'article D 511-2 du Code de la sécurité sociale, à défaut de la production d'un des titres de séjour ou documents énumérés à l'article D 511-1, la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers est justifiée, à titre subsidiaire :

- soit par l'extrait d'acte de naissance en France ;

- soit par le certificat de contrôle médical, délivré par l'office national d'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial et comportant le nom de l'enfant.

Or, selon eux, aucun de ces documents ne pouvait concerner leurs deux enfants :

a) en 1er lieu, la production de l'un des titres de séjour ou documents énumérés à l'article D-511-1 était impossible, puisque, selon la pratique administrative habituelle, il n'est pas délivré de titre de séjour aux mineurs de moins de 16 ans ;

b) en 2ème lieu, les deux enfants mineurs n'étaient pas nés sur le territoire français et ne pouvaient donc pas produire un extrait d'acte de naissance en France ;

c) en 3ème lieu, ces enfants n'étaient pas venus en France dans le cadre d'une procédure de regroupement familial, mais étaient entrés régulièrement avec leur mère, le 27 septembre 1991, et ils résidaient en France avec leurs parents depuis le début de leur séjour.

d) en 4ème lieu, du fait de la rédaction imprécise et ambiguë des articles D 511-1 et D 511-2 du Code de la sécurité sociale, dont la compatibilité avec le principe posé par l'article L 512-1 du même code paraît d'ailleurs faire problème, ces enfants étrangers risquaient ainsi de se retrouver dans une situation de non droit et de se voir privés depuis leur arrivée des prestations familiales, puisqu'ils ne disposaient pas d'autres documents pour justifier de la régularité de leur séjour - à la différence de ce dont peuvent

disposer les étrangers majeurs ¹ - . Or il serait anormal que les lacunes de la loi ou du décret puissent nuire aux enfants, surtout dans le domaine de la protection sociale.

Dans ces conditions, c'était à tort, de l'avis des parents des deux mineurs, que la DRASS avait estimé que les articles L 512-1, L 512-2 et D 511-2 exigeaient la production du certificat de contrôle médical "en toutes hypothèses", même pour des enfants entrés régulièrement en France avec leur mère et se trouvant en situation régulière sur le territoire français depuis leur arrivée.

Au demeurant, faisaient-ils observer, un arrêt de cassation de la chambre sociale du 31 octobre 2000 a dit lui-même que la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers "peut" être justifiée par la production d'un certificat de contrôle médical, ce qui laisse entendre qu'elle pourrait l'être par un autre moyen.

A titre subsidiaire enfin, à supposer même que la production du certificat de contrôle médical de l'OMI ait été nécessaire dans un pareil cas, il était ajouté que ce certificat n'aurait pour effet que d'attester de la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers, et non pas de fixer la date d'ouverture du droit aux prestations familiales : telle a été la position adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 4 avril 1996 ², qui a précisé qu'il appartient aux juges de rechercher si les enfants étrangers ne satisfont pas aux conditions de régularité de l'entrée et du séjour avant la délivrance du certificat de contrôle médical ³.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il était soutenu que la situation des deux enfants n'entrait pas dans les prévisions des articles D 511-2 et D 511-1 du Code de la sécurité sociale, dont la rédaction révélait à cet égard une lacune ou, à tout le moins, une ambiguïté regrettable.

L'interprétation des parents des deux mineurs apparaissait d'ailleurs la plus en harmonie avec le principe posé par l'article L 512-1 du Code de la sécurité sociale et avec l'impératif de protection des droits des enfants, en s'inscrivant de surcroît dans l'esprit du Préambule de notre Constitution, qui "garantit à tous, notamment à l'enfant, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs", ainsi que de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, qui a posé le principe selon lequel nationaux et étrangers doivent avoir les mêmes droits sociaux dès lors qu'ils sont dans la même situation ⁴.

B. La thèse de la direction régionale des affaires sanitaires et sociales

Deux ordres d'arguments ont été mis en avant à l'appui de la thèse de la DRASS, les uns de nature juridique, les autres tenant à la politique migratoire et sociale.

1. Les arguments de nature juridique

La caisse d'allocations familiales et la DRASS ont fondé l'essentiel de leur argumentation sur deux textes :

- l'article D 511-2 du Code de la sécurité sociale, aux termes duquel, à défaut de l'un des documents prévus à l'article D 511-1, la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers au titre desquels le bénéficiaire demande les prestations familiales ne peut être justifiée que par la production, soit

¹ Cf. : cass. soc. 19 décembre 2002 "Brahim c/ CPAM du Val de Marne".

² Cf. : cass. soc. 4 avril 1996 - Bul. V, n° 142.

³ Cf. : dans le même sens : cass. 2° ch. civ., 9 décembre 2003 - n° 02.30.401.

⁴ Cf. : - Conseil Constitutionnel, décisions des 22 janvier 1990 (89.269 DC, Dr. soc. 1990, 352, Chron. X. Pretot) et 13 août 1993 (n° 93-325 DC - JORF 18 août 1993 p. 11.722) :
- Conseil d'Etat, arrêt du 30 juin 1989, "Bas c/ Levy".

d'un extrait de naissance en France (inapplicable en l'espèce), soit du certificat de contrôle médical délivré par l'office national d'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial.

- l'article L 552-1 du Code de la sécurité sociale, selon lequel les prestations familiales sont dues à partir du premier jour du mois civil suivant celui au cours duquel les conditions d'ouverture du droit sont réunies, ce qui explique qu'en l'espèce, les conditions n'ont été remplies qu'en janvier 1995, date de la délivrance du certificat de contrôle médical de l'OMI pour les deux enfants congolais.

L'application littérale de ces textes a conduit la DRASS à affirmer qu'il ne suffisait pas, pour bénéficier des prestations familiales, que les enfants soient entrés en France et qu'ils y aient séjourné sous couvert des titres de leurs parents. Conformément à l'article L 512-2, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale, s'agissant d'enfants étrangers, c'est le certificat de contrôle médical de l'OMI qui était, à défaut de l'un des autres titres mentionnés, la condition d'ouverture du droit aux prestations familiales. C'est pourquoi la Caisse d'allocations familiales aurait demandé elle-même à la mère des deux mineurs de se faire délivrer au préalable le certificat de contrôle médical pour ses enfants.

A l'appui de cette thèse de la DRASS, était cité un arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1998 (pourvoi n° 97-12.327), qui a dit que les enfants entrés en France avec leur mère, de nationalité libanaise, et ne justifiant la régularité de leur séjour que par la détention d'une autorisation administrative délivrée par une sous-préfecture, ne pouvaient pas bénéficier des prestations familiales, dans la mesure où ils ne disposaient pas du certificat de contrôle médical délivré par l'OMI, comme le prévoit l'article D 511-2 du Code de la sécurité sociale.

2. Les arguments liés à la politique migratoire et sociale

Selon les observations du Ministère des Affaires Sociales (Direction de la Population et des Migrations), l'exigence de la délivrance du certificat de contrôle médical de l'OMI pour l'obtention des prestations familiales à l'égard de tous les enfants étrangers se justifierait par la nécessité de respecter la procédure de regroupement familial. C'est, en effet, cette procédure qui permet à l'Etat d'exercer un minimum de contrôle sur l'entrée en France des familles des ressortissants étrangers résidant sur le territoire national. Cela implique que ces étrangers sollicitent l'autorisation de faire venir leur famille - conjoints et enfants - alors que celle-ci réside encore dans son pays d'origine. La régularité de leur entrée est donc fondée sur l'accord préfectoral de regroupement familial, et l'autorisation de séjour à ce titre est matérialisée par le certificat délivré par l'OMI à l'issue de l'examen médical. Lorsque l'enfant étranger n'est pas lui-même muni d'un des titres de séjour cités par l'article D 511-1 du Code de la sécurité sociale et qu'il n'est pas né en France, son entrée ne pourra être considérée comme régulière qu'à la condition qu'il produise le certificat médical en question, le regroupement familial constituant la procédure de droit commun que doivent suivre les étrangers résidant en France pour faire venir leur famille.

De l'avis du Ministère des Affaires Sociales, l'interprétation suggérée par les parents des deux enfants serait, par conséquent, contraire au texte et aboutirait à vider de son sens la procédure de regroupement familial, en permettant l'entrée de familles étrangères en dehors de ses règles.

II. Le débat en droit international et européen

Les normes internationales ont vocation à intervenir en la matière à différents titres, qu'il s'agisse des normes internationales à caractère général, des normes de l'Union européenne et, surtout, de celles de la Convention européenne des droits de l'homme, sans parler des Accords bilatéraux franco-congolais sur la circulation des personnes qui n'ont pas été mis dans le débat en l'espèce.

A. Les normes internationales générales

Le droit à la protection sociale pour tous, en particulier pour les enfants, est consacré aujourd'hui par de très nombreux textes ou instruments internationaux auxquels la France a adhéré. Il suffit d'en rappeler les principaux :

1°) En 1er lieu, la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par une Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948, proclame :

- dans son article 22 : "Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ..." ;

- dans son article 25 : "Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux, ainsi que pour les services sociaux nécessaires ... La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales ..."

2°) En 2ème lieu, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ratifié par la France le 4 novembre 1980, contient lui-même plusieurs dispositions pertinentes, en particulier les articles 9, 10 § 1, 10 § 3 et 11 §1.

Il résulte notamment de ces dispositions que "les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales" (article 9), "qu'une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société (article 10 § 1) et que "des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres ..." (article 10 § 3).

3°) En 3ème lieu, la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée par la France le 7 août 1990, comprend - outre l'interdiction de toute discrimination à l'égard des enfants rappelée à l'article 2 -, un certain nombre d'articles touchant aux droits sociaux des enfants (articles 3-1, 3-2, 24-1, 26).

Ainsi, selon l'article 24-1 de cette Convention, "les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation ...", tandis que l'article 26 précise que "les Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale".

4°) En 4ème lieu, la Convention n° 118 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) du 6 juin 1962, à laquelle la France est partie, consacre l'égalité de traitement des nationaux et des non nationaux en matière de sécurité sociale.

5°) En 5ème lieu, la Charte sociale européenne de 1961 et la Charte sociale révisée, adoptées par le Conseil de l'Europe et auxquelles la France a adhéré, énoncent également des principes de protection sociale à l'égard de la famille et des enfants dans ses paragraphes 16 et 17 (outre le principe général de non-discrimination inscrit dans son article E, partie V).

6) En 6ème lieu, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée au Sommet de Nice du 7 décembre 2000 et incluse dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, interdit elle-même toute discrimination fondée sur la nationalité (article 21 § 2) et consacre deux paragraphes de son article 24 aux droits de l'enfant, en particulier le paragraphe 1 aux termes duquel "les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être".

B. Les normes de l'union européenne

Le droit communautaire garantit le principe de l'égalité en matière de prestations sociales pour les ressortissants communautaires⁵ et même pour les ressortissants non communautaires provenant des pays ayant établi un accord avec la Communauté⁶.

Mais les ressortissants des pays tiers, quant à eux, n'entrent pas directement dans le champ d'application personnel du Règlement CE n° 1408/71⁷; malgré l'interprétation extensive de ce Règlement qui résulte de certains arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes⁸, ils ne peuvent invoquer l'égalité en matière de sécurité sociale que sous certaines conditions : il faut qu'il existe un élément personnel de rattachement à un Etat membre, un titre de séjour régulier et une circulation ou un déplacement à l'intérieur de la Communauté⁹. Or cette dernière condition ne paraît pas réunie dans le cas des parents des deux mineurs congolais en cause.

Cependant, la question se pose aujourd'hui de savoir si une extension du bénéfice des prestations sociales au profit des étrangers des pays tiers ne devra pas être progressivement consacrée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes par l'effet du principe d'égalité ou de non discrimination, qui appartient aux "principes fondamentaux du droit communautaire" et aux "principes généraux du droit"¹⁰, et surtout par l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, devenues source de la légalité communautaire, ce qui entraîne l'inclusion des droits protégés par la Convention européenne dans les droits fondamentaux dont la Cour de Justice du Luxembourg assure le respect¹¹.

Il suffit de rappeler, à cet égard, que depuis le Traité d'Amsterdam, le nouvel article 6§1 et 2 du TUE dispose que l'Union européenne est fondée sur le principe du "respect des droits de l'homme" et que

⁵ Cf. : Règlement CE n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

Voir aussi :

- article 12 du Traité CE (ex-6, ancien 7), qui interdit en toute matière du domaine de ses applications "toute discrimination exercée en raison de la nationalité", sauf dans les cas particuliers qu'il prévoit ;

- article 39 du Traité, qui institue la libre circulation des travailleurs et dispose, en son paragraphe 2, qu'elle implique "l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail" ;

- article 42 (ex-51) du Traité CE, qui charge le Conseil d'adopter, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs ;

- Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, et Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

- Cf. également : l'étude de M. Prodomos Mavridis et les références citées par cet article : "La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne..." 2002 p. 634 et suiv.

⁶ Cf. : Arrêts de la CJCE du 31 janvier 1991 ("Kziber", c.18/90), du 10 septembre 1996 ("Taflan-Met", c.277/94), du 4 mai 1999 ("Sürül", c.262/96), du 20 mars 2001 ("Fahmi et Esmoris", c.33/99).

- Directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003, modifiant le régime du regroupement familial.

⁷ Cf. : Arrêts de la CJCE du 5 août 1984 ("Meade", 238/83), du 14 novembre 1990 ("Buhari Haji", c. 105/89), du 16 décembre 1992 ("Koua Poirrez", c.206/91), du 25 octobre 2001 ("Ruhr", c.189/00) et du 11 octobre 2001 ("Khalil", c.95/99).

⁸ Cf. : Arrêts de la CJCE des 8 octobre 1980 ("Peter Uberschar", 810/79 p. 2747), 15 janvier 1986 ("Pinna", 41/84, Rec. p. 17), 29 octobre 1998 ("Commission c/Grèce", c.185/96, p. I-6601), 4 mai 1999 ("Sürül" c.262/96), 20 septembre 2001 ("Grzelczyk", aff. C.184/99), 11 juillet 2002 (aff. "D'Hoop", c.224/98), 17 septembre 2002 ("Baumbast", c.413/99) & Arrêt du tribunal CE du 30 janvier 2003 ("c.contre Commission", aff. T.307/00).

⁹ Cf. : Arrêt de la CJCE du 11 octobre 2001 ("Khalil", c.95/99 à c.98/99), concernant des palestiniens, des kurdes et des algériens vivant en Allemagne, qui demandaient le bénéfice des allocations familiales et qui se sont vus refuser ce bénéfice.

¹⁰ Cf. : - Prodomos Mavridis : "La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne..." 2002 p. 634 et suiv.

- CJCE, affaire c.87/01P, conclusions du 17 septembre 2002 de l'avocat général Léger ;

- & J.P. Puissochet : "La Cour de Justice et les principes généraux du droit communautaire", Bruylant, Bruxelles, 1997 p.3 ; H. Labayle : "Droits fondamentaux et droit européen", AJDA n° spécial du 20 juillet 1998 p.75.

¹¹ Cf. : Arrêt de la CJCE du 8 octobre 1980 ("Peter Uberschar", 810/79 p.2747) ;

Arrêt du tribunal CE du 30 janvier 2003 (Affaire T.307/00, "C. contre Commission").

le nouvel article 6§2 ajoute : “L’Union respecte les droits fondamentaux, tels qu’ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme ...”¹².

Les mêmes principes sont d’ailleurs repris dans la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne du 7 décembre 2000 (articles 20, 21, 24, 47).

C. Les normes de la convention européenne des droits de l’homme

1°) Une évolution très importante s’est produite dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de protection sociale des étrangers depuis l’arrêt “Gaygusuz c/ Autriche” du 16 septembre 1996 (concernant l’allocation de chômage d’urgence au profit d’un ressortissant turc résidant en Autriche).

Bien que la Convention européenne des droits de l’homme ne contienne pas de disposition garantissant le droit à la sécurité sociale ni un droit aux prestations sociales, qui relèvent plutôt de la Charte sociale européenne (dont on sait cependant qu’elle n’assure pas elle-même la “justiciabilité” des droits sociaux devant un organe juridictionnel), la Cour de Strasbourg a réussi à rattacher formellement le droit aux prestations sociales au “droit de propriété”, en le qualifiant de “droit patrimonial”, afin de permettre de lui appliquer le principe de non-discrimination.

Elle l’a fait par le jeu combiné, d’une part de l’article 14 de la Convention européenne, consacrant l’interdiction de la discrimination, d’autre part de l’article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne garantissant la protection de la propriété, ainsi que l’ont retenu les arrêts “Gaygusuz” du 16 septembre 1996 (droit à l’allocation d’urgence de chômage), “Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas” du 4 juin 2002 (droit à une pension de vieillesse), “Willis c/ Royaume-Uni” du 11 juin 2002 (droit à une allocation de veuve) et “Koua Poirrez c/ France” du 30 septembre 2003 (allocation aux adultes handicapés).

- Le dernier arrêt “Koua Poirrez” présente un intérêt particulier, car la Cour de Justice des communautés européennes, saisie elle-même préalablement de cette affaire sur question préjudicielle, avait considéré pour sa part que la restriction en cause, fondée sur la nationalité, ne pouvait être considérée comme une discrimination prohibée par le droit communautaire, en l’absence de rattachement possible de la question avec l’exercice de la libre circulation à l’intérieur de la Communauté.

- Dans un autre arrêt “Petrovic c/ Autriche” du 27 mars 1998, la Cour européenne, tout en écartant la violation de la Convention, a également admis la possibilité d’une application combinée de l’article 14 et de l’article 8 de la Convention européenne, relatif au droit à la protection de la vie privée et familiale, en considérant que les prestations familiales (l’allocation de congé parental) concouraient au respect de ce droit et qu’elles ne pouvaient faire l’objet de discriminations en raison de la nationalité ou de l’origine.

Ainsi, par cette jurisprudence particulièrement dynamique, la Cour européenne a fait bénéficier les étrangers du principe de non-discrimination pour les prestations sociales, qu’elles aient un caractère contributif¹³ ou non contributif¹⁴, que le pays d’origine de l’étranger ait conclu ou non un Accord avec le pays de résidence, sans reprendre les conditions exigées par la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes (existence d’un déplacement à l’intérieur de la Communauté et d’un élément personnel de rattachement à un Etat membre), puisque quiconque relevant de la juridiction d’un Etat

¹² Cf. : également : articles 46, 49, 220 (ex-164), du Traité, qui confèrent à la CJCE une compétence expresse pour garantir les droits fondamentaux et les principes du patrimoine commun.

¹³ Cf. : Arrêt “Gaygusuz” du 16 septembre 1996, § 39-41.

¹⁴ Cf. : Arrêt “Koua Poirrez” du 30 septembre 2003.

membre du Conseil de l'Europe peut se prévaloir de la Convention européenne et du principe de non-discrimination devant la Cour de Strasbourg.

2°) Or il est important de relever que cette nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été, depuis lors, largement prise en compte par notre droit national :

a) d'une part au plan législatif, avec la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers et au droit d'asile, qui a supprimé la condition de nationalité pour le bénéfice des prestations sociales ¹⁵ ;

b) d'autre part au plan de la jurisprudence interne, tant administrative ¹⁶ que judiciaire ¹⁷ : c'est ainsi que la Chambre sociale de la Cour de cassation a, dans ses arrêts du 14 janvier 1999 ("Bozkurt" et "Gokce"), concernant l'allocation supplémentaire du Fonds national de Solidarité réclamée par des ressortissants turcs résidant en France, affirmé "qu'il résulte de la combinaison des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à cette Convention, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, que les Etats signataires reconnaissent et assurent à toute personne relevant de leur juridiction la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale".

Cette décision a été reprise dans plusieurs arrêts ultérieurs ¹⁸.

3°) La seule question qui demeure est de savoir si cette jurisprudence européenne laisse encore aux Etats une certaine marge d'appréciation qui leur permette, tout en supprimant les discriminations fondées directement sur la nationalité, de maintenir une condition tenant à la régularité de l'entrée et du séjour de l'étranger, voire à la durée préalable du séjour effectif de l'étranger sur le territoire.

A cet égard, il est vrai qu'outre l'arrêt de cassation antérieur rendu dans notre affaire le 31 octobre 2000 par la Chambre sociale, il existe un autre arrêt de la même Chambre de la Cour de cassation du 19 décembre 2002 ("M. Brahim Gagou c/ CPAM du Val de Marne") ¹⁹, qui a admis la subordination de l'accès aux prestations d'assurance maladie à une condition de régularité du séjour, en refusant le bénéfice de ces prestations au conjoint, en séjour non régulier, d'un ressortissant marocain résidant lui-même régulièrement en France et dûment affilié au régime de la sécurité sociale (cf. : article L. 161-25-2 du Code de la sécurité sociale). La Chambre sociale a estimé dans cette affaire que répondait à un but légitime la nécessité pour un Etat démocratique d'exercer un contrôle à l'entrée sur son territoire et que l'exigence d'un simple récépissé de demande de titre de séjour n'introduisait pas une discrimination contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne et 1er de son Protocole additionnel n° 1. On relèvera cependant que dans la dite affaire, l'irrégularité du séjour du bénéficiaire était établie, à la différence de notre cas.

¹⁵ Cf. : Dans le même sens : circulaire du Ministère de l'emploi et de la solidarité du 6 février 1998.

¹⁶ Cf. : Arrêts du Conseil d'Etat du 30 novembre 2001 (Ministre de la Défense c/ Diop" - n° 212-179, 9° s.s, concernant la pension militaire d'un tirailleur sénégalais) et du 5 mars 1999 ("Rouquette et al", concernant les conditions de ressources applicables aux allocations familiales - RJS 1999 - n° 609 et RFD admis. 1999 p. 537).

¹⁷ Cf.: Cass. soc. 14 janvier 1999 - Dalloz 1999 p. 334, note Marguenaud et Mouly.

¹⁸ Cf. : Cass. soc. 7 octobre 1999 ("Kelek", concernant l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, Gaz. Pal. 4 février 2000 p. 15), 21 octobre 1999 ("Kun" et "Bayram" concernant l'allocation aux adultes handicapés. Dr. soc. décembre 1999 p. 1122), 19 octobre 2000 ("Stankovic", concernant l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité), 31 octobre 2000 ("Dinger", concernant l'allocation supplémentaire du Fonds spécial d'invalidité), 25 janvier 2001 ("Ayman", concernant l'allocation supplémentaire du Fonds national de sécurité), 15 mars 2001 ("Dikotto Elame", concernant l'allocation aux adultes handicapés), 4 octobre 2001 ("Aydin", concernant l'allocation supplémentaire du Fonds spécial d'invalidité), 25 octobre 2001 ("Malahotky", concernant l'allocation supplémentaire du Fonds de solidarité vieillesse) ...

¹⁹ Cf. : Cass. soc. 19 décembre 2002, "M. Brahim Gagou c/ CPAM du Val de Marne et a." (n° 3591 - FSP - RJS 3/03 - n° 395). L'appréciation faite par l'arrêt du 19 décembre 2002 rejoint celle qu'avait adoptée le Conseil d'Etat dans un arrêt du 6 novembre 2000 ("groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés - GISTI - Rec. CE p. 649 ; RJS 3/01 - n° 374.) Dans le même sens : Décision du Conseil Constitutionnel du 13 août 1993 - n° 93-325 DC.

Mais si l'on examine de plus près les critères qui sont retenus par la Cour européenne pour déterminer si une mesure restrictive est discriminatoire et incompatible ou non avec l'article 14 de la Convention européenne, il n'est pas certain qu'une telle position puisse être maintenue.

En effet, pour les juges européens, une restriction ou une inégalité de traitement n'est légitime que si elle est justifiée par des raisons objectives et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi.

Or, de ce point de vue, il y a des raisons de douter que soit pleinement compatible avec ces critères le maintien de l'exigence de la délivrance d'un certificat de contrôle médical de l'OMI pour l'accès aux prestations familiales d'enfants étrangers ressortissants de pays tiers, dans un cas comme celui qui nous intéresse :

a) en 1er lieu, en effet, nous avons vu qu'il résulte de la procédure en cause que ni les deux enfants congolais, ni leurs parents ne sont considérés comme étant en situation irrégulière, puisque ces enfants sont entrés régulièrement en France hors la procédure de regroupement familial, et qu'ils séjournent depuis lors sur le territoire français avec leur mère, leur présence au foyer de leurs parents n'étant pas contestée ;

b) en 2ème lieu, à supposer même que la condition d'obtention du certificat de contrôle médical de l'OMI soit néanmoins nécessaire pour attester la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers, y compris hors la procédure de regroupement familial, une telle condition pourrait être regardée :

- d'une part, comme une restriction imposée par une loi qui n'est pas "suffisamment claire, précise et prévisible", au sens des critères de la Cour européenne relatifs à la qualité de la loi (ambiguïté de la rédaction des articles D. 511-1 et D. 511-2 du Code de la sécurité sociale, combinés avec le principe posé par l'article L 512-1 du même code) ;

- d'autre part, comme une "discrimination indirecte", en ce sens que, si elle n'est pas basée directement sur la nationalité, elle revient néanmoins à ajouter, pour les enfants étrangers ressortissants de pays tiers, une condition supplémentaire, plus difficile ou plus rigoureuse à satisfaire qu'en ce qui concerne les autres enfants pour l'obtention des prestations familiales. Or le principe de l'égalité veut que les situations comparables ne soient pas traitées de façon différente, à moins qu'une différenciation soit justifiée par des raisons objectives fortes ou impératives et que cette différence soit proportionnée au but poursuivi²⁰ ;

- enfin, comme une discrimination ou une distinction "non proportionnée au but poursuivi" : en effet, la subordination du bénéfice des prestations familiales à l'application des règles de la police des étrangers et le lien ainsi établi entre le droit social et la politique migratoire peuvent prêter à critique, en ce qu'ils donnent à penser que l'octroi de ces prestations serait un instrument de la police des étrangers.

Par ailleurs, sans mettre en doute l'importance du contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers, de la maîtrise des flux migratoires et des contraintes budgétaires de l'Etat²¹, l'exigence du certificat de contrôle médical de l'OMI pour que les deux enfants congolais puissent être couverts par les allocations familiales peut apparaître à divers titres disproportionnée en l'espèce, eu égard notamment à la situation particulière des enfants, entrés et séjournant régulièrement en France avec leur mère, et à la nature même des prestations familiales, indispensables à l'entretien des enfants, à leur accès à la nourriture, à leur santé, à leur bien-être, c'est à dire à "l'intérêt supérieur" de ces enfants, comme au respect effectif de leur vie privée et familiale.

²⁰ Cf. :- Arrêt CEDH "Gaygusuz" du 16 septembre 1996 ;
- Décision du tribunal de 1ère instance des CE du 30 janvier 2003.

²¹ Cf. : Sur le but légitime que représente la nécessité de contrôler l'entrée et le séjour sur le territoire : cass. soc. 19 décembre 2002 "Gagou c/ CPAM du Val de Marne - RJS 3/03 - n° 395.

A cet égard, on notera que, dans l'arrêt "Koua Poirrez", la Cour européenne a souligné la gravité particulière d'une discrimination pratiquée à l'égard de personnes handicapées ²². Rien n'exclut donc qu'elle fasse le même raisonnement à l'égard de jeunes enfants.

Ainsi que le souligne M. Frédéric Guiomard à propos des personnes handicapées (22), le souci d'améliorer la protection des droits des personnes les plus vulnérables pourrait à l'avenir conduire la Cour européenne à renforcer les "obligations positives" des Etats en ces matières.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme ²³, comme on le sait, "seules des considérations très fortes" ou des "raisons impérieuses" peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la nationalité. Or il n'est pas évident que ces "considérations très fortes" existaient en l'espèce.

Telles sont les raisons pour lesquelles l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est orientée vers un rejet du pourvoi en se fondant sur les dispositions combinées de l'article 512-1 du Code de la sécurité sociale et de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la ligne des récents arrêts "BOZKURT" et autres de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Ce faisant, l'Assemblée plénière a interprété l'article L 512-1 à la lumière de la jurisprudence européenne et à considéré qu'il résulte des dispositions combinées des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, - ainsi que de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à ladite Convention -, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, que la jouissance de prestations sociales comme les prestations familiales doit, sauf raisons objectives impérieuses, être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur l'origine nationale. Or, la subordination de l'ouverture du droit à ces prestations familiales à la délivrance d'un certificat de contrôle médical de l'OMI pour des enfants étrangers dont il n'était pas contesté qu'ils étaient entrés et qu'ils séjournaient en France avec leurs parents régulièrement, ne paraissait pas répondre à un motif suffisamment impérieux et pouvait dès lors être regardée comme une restriction supplémentaire plus rigoureuse imposée à ces enfants et disproportionnée par rapport au but poursuivi, s'agissant surtout de prestations indispensables pour l'entretien, le bien-être desdits enfants et le respect effectif de leur vie privée et familiale.

²² Cf. : Arrêt CEDH "Koua Poirrez", § 39 et observ. Frédéric Guiomard dans Dalloz 2004 - n° 6 p. 375-376.

²³ Cf. : Arrêt CEDH "Gaygusuz" § 42.

LA PREUVE DE LA VÉRITÉ DU FAIT DIFFAMATOIRE

Sylvie MENOTTI

Conseiller référendaire à la Cour de cassation

La diffamation est définie, par l'article 29 al.1 de la loi du 29 juillet 1881, comme "*toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé*".

Face à une poursuite pour diffamation, le prévenu peut se défendre de différentes façons :

- en amont, il peut soutenir que l'imputation litigieuse ne vise pas le plaignant, n'est pas suffisamment précise, ou ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa considération ;
- en aval, il peut invoquer sa bonne foi ;
- mais il peut aussi obtenir sa relaxe en prouvant que son propos est exact, c'est-à-dire en rapportant la preuve de la vérité du fait diffamatoire.

Or, nous allons voir qu'il s'agit d'un parcours semé d'embûches expliquant sans doute que ce moyen de défense n'est couronné de succès que dans un nombre extrêmement réduit de cas.

En effet, outre que l'offre de preuve n'est pas toujours juridiquement possible (I) et qu'elle peut n'être pas souhaitable au regard de son incidence sur les débats (II), le prévenu devra faire face aux difficultés résultant de ses conditions de recevabilité, d'une part (III) et des conditions de son admission, d'autre part (IV).

I. Les difficultés tenant au fait que l'offre de preuve n'est pas toujours juridiquement possible

Il convient en effet de s'interroger : l'offre de preuve est-elle possible quel que soit le mode de diffusion du propos (A), quelle que soit la nature de l'imputation (B), quel que soit le type de diffamation (C) ?

A. Le mode de diffusion

Il y a fort longtemps que la jurisprudence a précisé que l'offre de preuve "*s'applique à toute diffamation, qu'elle ait été réalisée par la voie de la presse ou par tout autre des moyens définis en l'article 23 de ladite loi*" (Crim. 03/03/1949, Bull n° 82).

B. La nature de l'imputation

L'article 35 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 exclut toute possibilité de rapporter la preuve du fait diffamatoire :

- lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ;
- lorsqu'elle se réfère à des faits qui remontent à plus de 10 ans ;
- lorsqu'elle se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

S'agissant de la vie privée, deux points méritent d'être soulignés :

- l'imputation d'avoir commis des actes financièrement indéliques à l'égard de tiers relève de la vie privée à condition que l'acte en cause ait été commis en dehors de toute activité professionnelle

(Crim. 18/11/1975, Bull n° 250 : offre de preuve admise au sujet d'un notaire ayant commis une escroquerie au préjudice d'un client ; Crim. 19/03/1956, Bull n° 275 : offre de preuve refusée à propos d'un individu accusé de s'être conduit en escroc ; Crim. 23/04/1958, Bull n° 333 : offre de preuve refusée au sujet d'une personne à laquelle il était fait reproche de ne pas avoir respecté ses engagements pécuniaires) ;

- l'imputation relative au patrimoine relève, en principe, de la vie privée, à moins qu'elle ne concerne une personnalité publique (CEDH, 21/01/1999, Fressoz/France).

En revanche, lorsque le propos diffamatoire comporte des imputations indivisibles, relevant, pour certaines d'entre elles seulement, de la vie privée, la preuve est alors admissible pour le tout (Crim. 17/12/1979, Bull n° 360).

Notons enfin :

- que le moyen tiré de l'impossibilité de rapporter la preuve en application des interdictions de l'article 35 de la loi sur la presse doit être soulevé devant les juges du fond et ne peut être invoqué, pour la première fois, devant la Cour de cassation (Crim. 12/12/2003, pourvoi n°02-85.657) ;
- que l'impossibilité posée par l'article 35 de rapporter la preuve de faits remontant à plus de 10 ans n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Crim. 10/02/1987, Bull. n° 68).

C. Le type de diffamation

L'article 35 al.1 comporte une rédaction ambiguë :

“La vérité du fait diffamatoire, mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires, dans le cas d'imputations contre les corps constitués, les armées de terre, de mer ou de l'air, les administrations publiques et contre toutes les personnes énumérées dans l'article 31”.

Si certains ont autrefois soutenu que l'offre de preuve n'était possible que pour les diffamations des articles 30 (diffamation contre les corps constitués) et 31 (diffamation contre les personnes protégées), la jurisprudence, tirant les conséquences de l'apparition, en 1944, de l'alinéa 3 ci-dessus énoncé, a clairement affirmé que les dispositions de l'article 35 *“ont une portée générale”* et *“autorisent la preuve de la vérité des faits diffamatoires dans toutes circonstances et à l'égard de toute personne, n'exceptant seulement que les cas limitativement énumérés”* ci-dessus (Crim. 12/10/1954, D.1954, p.765).

En revanche et malgré le silence du texte sur ce point, il résulte de la jurisprudence de la Chambre criminelle que l'offre de preuve est impossible en matière de diffamation raciale (Crim. 11/07/1972, Bull. n° 236 ; Crim. 16/03/2004, pourvoi n° 03-82.828). Il s'agit là d'une restriction de bon sens, tant on n'imagine mal un débat portant précisément sur ce que la loi a entendu interdire.

Il convient enfin de préciser que les prescriptions de l'article 35 sont d'ordre public et que l'irrecevabilité de l'offre de preuve doit être relevée d'office par le juge (Crim. 19/11/1985, Bull n° 363).

Si l'offre de preuve est possible, encore faut-il avoir conscience, avant de la proposer, de l'incidence qu'elle peut avoir sur les débats.

II. Les difficultés tenant à l'incidence de l'offre de preuve sur les débats

On sait que l'offre de preuve est susceptible de susciter une offre de preuve contraire de la part du plaignant (B). Mais, il faut, aussi et surtout, savoir qu'elle peut remettre en cause certains moyens de

défense du prévenu (A). Enfin, l'offre de preuve peut, dans certains cas, contraindre la juridiction de jugement à surseoir à statuer (C).

A. L'offre de preuve et son incidence sur les moyens de défense du prévenu

Si l'offre de preuve ne remet pas en cause le droit du prévenu d'arguer, à titre subsidiaire, de sa bonne foi (2), elle est, en revanche, de nature à remettre en cause certains moyens de défense susceptibles d'être invoqués en amont (1).

1. L'incidence de l'offre de preuve sur la contestation du caractère diffamatoire de l'imputation litigieuse

Partant de l'idée que l'offre de preuve n'est possible que lorsque les faits sont suffisamment précis et qu'il est donc paradoxal de prétendre, à la fois, faire la preuve d'un fait précis et contester la précision dudit fait, la Cour de cassation a posé en règle que *“le prévenu qui a spontanément offert, dans les conditions précisées à l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, de faire la preuve de la vérité des faits diffamatoires, ne saurait ensuite soutenir que les termes ou expressions incriminées ne seraient pas diffamatoires, faute de contenir l'imputation d'un fait précis susceptible de preuve”* (Crim. 29/11/1994, Bull n° 381 ; Crim. 14/04/1992, Bull n° 162 ; Crim. 22/05/1990, Bull n° 211).

Cette solution ne s'imposait pas d'évidence dans la mesure où :

- l'offre de preuve est toujours faite sous réserve de tous autres moyens de défense, et ne devrait pas “entamer” les droits de la défense, au nombre desquels figure celui de faire feu de tout bois ...
- déduire, de l'existence même de l'offre de preuve, la précision du fait, peut avoir, sur la suite des débats, des conséquences qui méritent d'être prises en considération :
 - si l'offre de preuve vaut reconnaissance de la précision des faits par celui qui l'a faite, ne doit-on pas en déduire que cet “aveu de précision” s'impose aux juges ?
 - et, si l'offre de preuve lie le juge, imaginons un instant les difficultés auxquelles se heurteront les magistrats qui estimeront, en conscience et nonobstant l'existence de l'offre de preuve, les faits insuffisamment précis : il leur faudra mener des débats et motiver un jugement sur la vérité de faits que, pour leur part, ils ne parviennent pas à articuler ; de même et si la vérité n'est pas admise, ils seront contraints d'apprécier la bonne foi d'un prévenu au regard d'une imputation qui, selon eux, ne constituait pas une diffamation au sens de la loi !

Cette question, qui peut paraître très théorique, est donc lourde de conséquences pratiques.

Notons, à cet égard que, si l'offre de preuve fait obstacle à toute contestation du prévenu sur la précision du fait argué de diffamation, elle ne l'empêche pas, en revanche, d'établir que ledit fait n'est pas attentatoire à l'honneur et à la considération du plaignant. La Chambre criminelle a, en effet, clairement indiqué que *“le prévenu, qui a spontanément demandé dans les conditions déterminées par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 à faire la preuve de la vérité des faits allégués, conserve la faculté de soutenir que les propos ou écrits incriminés ne portent pas atteinte à l'honneur et à la considération de la partie civile”* (Crim. 02/09/2003, Bull n° 150).

2. L'incidence de l'offre de preuve sur l'exception de bonne foi

L'offre de preuve n'a aucune incidence sur la bonne foi qui peut toujours être admise :

- *“alors même que serait irrecevable la preuve de la vérité des faits diffamatoires”* (Crim. 29/06/1988, Bull n° 160) ;

- lorsque l'offre de preuve n'a pas été admise, car en matière de diffamation, la preuve de la vérité du fait diffamatoire et la bonne foi constituent deux questions distinctes (selon la notice de Crim. 27/06/1967, Bull n° 193).

B. L'offre de preuve et l'offre de preuve contraire

L'offre de preuve ouvre la possibilité, pour le plaignant, de faire une offre de preuve contraire, dans les 5 jours de la signification de l'offre de preuve et selon les mêmes modalités.

C. L'offre de preuve et le sursis à statuer obligatoire

L'article 35 dernier alinéa de la loi sur la presse prévoit que "*lorsque le fait imputé est l'objet de poursuites commencées à la requête du ministère public, ou d'une plainte de la part du prévenu, il sera, durant l'instruction qui devra avoir lieu, sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation*". Ceci concerne l'hypothèse dans laquelle la preuve est impossible (Crim. 22/05/1990, Bull. n°212), car alors, la seule façon pour le prévenu de se défendre réside dans l'attente du résultat des poursuites : on lui laisse donc cette possibilité en rendant le sursis à statuer obligatoire.

Partant d'une considération identique, la chambre criminelle a jugé (Crim. 18/12/1978, Bull. n° 358), qu'outre l'hypothèse ci-dessus, il est également obligatoirement sursis à statuer "*lorsqu'un témoin, inculqué dans une autre procédure, se trouve appelé à déposer sous la foi du serment en application de l'article 55 de ladite loi et que les faits diffamatoires sont en rapport étroit avec ceux qui ont motivé son inculpation*", au motif que "*le prévenu de diffamation ne peut être privé d'un moyen de preuve prévu par la loi et intéressant sa défense ... par un obstacle invincible et indépendant de sa volonté*". En effet, si l'on se trouve, ici, dans l'hypothèse inverse d'une offre de preuve possible et offerte, il n'en reste pas moins que le prévenu se trouve, en pratique, privé de la possibilité de rapporter la preuve du fait diffamatoire par l'audition du témoin cité à ce titre, du fait que ce dernier ne peut être entendu sous serment dans l'affaire en diffamation, sur des faits en rapport étroit avec ceux objet de sa mise en examen : la Chambre criminelle "restaure" donc la possibilité pour le prévenu de faire cette preuve, en rendant le sursis obligatoire jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur la culpabilité du témoin et que ce dernier puisse être entendu sous serment.

Toutefois, afin de remédier aux procédés dilatoires consistant à faire citer, au titre de l'offre de preuve, un témoin que l'on sait mis en examen, dans le seul but de différer le jugement de l'affaire de presse, il appartient aux juridictions du fond d'apprécier la réalité du rapport étroit invoqué entre les faits diffamatoires litigieux et ceux pour lesquels le témoin est mis en examen.

Si, en considération de tous ces éléments, l'offre de preuve apparaît souhaitable, encore faut-il qu'elle obéisse aux formes prévues par les textes.

III. Les difficultés tenant aux modalités de l'offre de preuve

Les modalités de l'offre de preuve sont prescrites par l'article 55 de la loi sur la presse, qui les édicte à peine de déchéance du droit de faire la preuve.

L'offre de preuve doit être faite, par acte d'huissier, au domicile élu par le plaignant (c'est là toute l'importance qui s'attache à l'exigence de cette élection de domicile).

Elle doit satisfaire à des conditions de délai (A) et de forme (B).

A. Conditions de délai

L'offre de preuve doit être signifiée dans les 10 jours :

- ce délai court à compter de la première citation délivrée au prévenu (Crim. 06/11/1962, Bull. n° 303) et de nouvelles citations ne peuvent relever le prévenu de la déchéance encourue (Crim. 28/05/1957, Bull. n° 451) ;
- il s'agit d'un délai non franc (Crim. 11/05/1960, Bull. n° 253), qui n'est susceptible d'aucune augmentation, ni du fait des distances (Crim. 24/06/1986, Bull. n° 223), ni du fait qu'il expire un jour férié (Crim. 12/09/1912, D.1914, p.148) car le prévenu est censé s'être préconstitué la preuve de la vérité des faits diffamatoires.

B. Conditions de forme

L'offre de preuve doit par ailleurs :

- préciser *“les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité“* et il ne suffit donc pas de reproduire in extenso les passages incriminés, *“alors même que le prévenu déclare vouloir faire la preuve de tous les faits visés dans la citation”* (Crim. 22/02/1966, Bull. n° 62 ; Crim. 23/10/1975, Bull. n° 224 ; Crim. 29/11/1994, Bull. n° 383) ; il n'est fait exception à cette règle que lorsque la citation n'incrimine qu'un seul fait, *“aucun doute ne pouvant exister dans l'esprit des plaignants sur la preuve contraire à administrer”* (Crim. 27/10/1998, Bull. n° 279) ;
- comporter les pièces apportées en preuve et l'identité des témoins dont l'audition est demandée à ce titre. On observera, à cet égard :
 - . *“qu'il n'importe que, lors de son audition par le tribunal, un des témoins, régulièrement dénoncés en application de l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, ait produit divers documents non signifiés et que ceux-ci aient été versés au dossier, dès lors que ... les juges n'ont pas fait état de ces pièces dans leur appréciation de la preuve de la vérité des faits diffamatoires”* (Crim. 28/11/1995, Bull. n° 360) ;
 - . *“qu'aucune disposition légale n'autorise une personne citée comme témoin (au titre de l'offre de preuve) à substituer à sa déposition orale une déclaration écrite”* (Crim. 26/07/1976, Bull. n° 270).

Notons enfin que, là encore, les prescriptions de l'article 55 sont d'ordre public et que l'irrégularité de l'offre de preuve doit être relevée d'office par le juge et peut être invoquée en tout état de cause (Crim. 17/11/1953, Bull. n° 296 ; Crim. 24/09/2002, Bull. n° 173).

IV. Les difficultés tenant aux conditions d'admission de l'offre de preuve

Rappelons que la preuve de la vérité des faits diffamatoires doit être invoquée par le prévenu et n'a pas à être examinée d'office par les juges (Crim. 05/12/1962, Bull. n° 358 ; Crim. 05/11/1963, Bull. n° 306). Le régime de l'offre de preuve est, sur ce point, identique à celui de l'exception de bonne foi (Crim. 14/10/1997, Bull. n° 333).

Il reste à déterminer :

- ce qui doit être prouvé (A) ;
- les éléments qui peuvent être apportés en preuve (B).

A. Éléments qui doivent être prouvés

Selon la formule consacrée par la jurisprudence, *“pour produire l'effet absolu, la preuve de la vérité des faits diffamatoires doit être parfaite, complète et corrélative aux imputations diffamatoires dans toute leur portée”* (Crim. 14/06/2000, Bull. n° 225).

Par ailleurs, les juges du fond apprécient souverainement la valeur des éléments de preuve contradictoirement débattus (Crim. 12/04/1976, Bull. n° 114 ; Crim. 22/05/1997, Bull. n° 200).

En revanche, *“il appartient à la Cour de cassation de contrôler si ces mêmes juges ont apprécié la corrélation des faits ainsi déterminés avec les imputations diffamatoires et se sont par suite prononcés à bon droit sur l’administration de la preuve ; qu’il en résulte que les juges du fond ne sauraient se borner à affirmer les résultats de leur appréciation et qu’ils doivent préciser les éléments sur lesquels ils l’ont fondée”* (Crim. 21/11/1989, Bull. n° 431).

B. Éléments qui peuvent être pris en compte

Des difficultés sont apparues quant aux documents ou témoignages susceptibles d’être pris en compte au titre de la preuve de la vérité.

1. Date des documents et témoignages

La chambre criminelle a approuvé une cour d’appel qui avait estimé ne pouvoir trouver la preuve de la vérité des faits diffamatoires dans des coupures de presse faisant état de déclarations postérieures à la date des imputations, *“dès lors qu’il appert des témoignages ou copies de pièces produites que (le prévenu) n’était pas en mesure de produire les éléments de cette preuve au moment où les faits diffamatoires ont été rendus publics”* (Crim. 10/12/1991, Bull. n° 468).

Cette position rapprochait l’appréciation de l’offre de preuve de celle de la bonne foi au titre de laquelle le prévenu ne peut, très logiquement d’ailleurs, invoquer que des documents ou témoignages dont il disposait lors même de la formulation des imputations diffamatoires. Mais la vérité a, quant à elle, un caractère *“intemporel”* dont il convient de tenir compte.

C’est sans doute ce qui explique qu’un arrêt plus récent indique que *“les écrits et témoignages ... doivent, quelle que soit leur date, porter sur des faits antérieurs à la perpétration de la diffamation”* (Crim. 22/05/1997, Bull. n° 200).

On en déduit donc qu’en matière de preuve, la date du document ou témoignage importe peu, seule comptant la date des faits évoqués dans ceux-ci.

2. Origine des pièces produites

Face aux contestations des parties civiles, qui soutiennent que la preuve de la vérité repose sur la production de documents ayant été obtenue par des moyens déloyaux, la chambre criminelle a estimé que les juges ne pouvaient, de ce seul fait, les écarter et devaient, au contraire, en apprécier souverainement la valeur (Crim. 18/11/1986, Bull. n° 345 : il s’agissait en l’espèce de propos recueillis, à l’insu d’un médecin, consulté par une *“fausse patiente”* dans le cadre d’une enquête intitulée *“Maigrir sur ordonnance”*).

Statuant plus récemment sur la production, dans un procès en diffamation, de pièces couvertes par le secret de l’instruction, la chambre criminelle a censuré une cour d’appel qui avait écarté ces pièces des débats, alors que l’atteinte alléguée à la présomption d’innocence ne pouvait faire obstacle à ce que la journaliste prévenue produise, pour les nécessités de sa défense, les pièces d’où étaient tirées les informations rapportées par l’article incriminé (Crim. 11/02/2003, Bull. n° 29).

A noter que ce fait justificatif a également été admis pour censurer une cour d’appel qui avait prononcé une condamnation du chef de recel de violation du secret de l’instruction, alors qu’elle n’avait pas recherché si la production en justice des pièces litigieuses n’était pas rendue nécessaire par l’exercice des droits de la défense (Crim. 11/06/2002, Bull. n° 132).

3. Éléments apportés par d'autres personnes que le prévenu

Cet aspect doit nous conduire à examiner deux questions.

a) La recherche de la vérité par le juge

Rappelons :

- que *“seule la juridiction de jugement peut prononcer sur la vérité du fait diffamatoire”* (Crim. 04/11/1986, Bull. n° 323) ;
- *“qu'il n'appartient pas aux juridictions d'instruction de rechercher si les faits relevés comme diffamatoires sont vrais ou faux”* (Crim. 04/11/1986, Bull. n° 323), ni même *“de la recevoir, à peine d'excès de pouvoir”* (Crim. 26/05/1992, Bull. n° 212) ;
- que la juridiction de jugement ne peut d'ailleurs tenir compte d'éléments ayant pu être recherchés dans ce but au cours de l'instruction préalable (Crim. 24/10/1989, Bull. n° 379).

Par ailleurs et s'agissant des juridictions de jugement, les juges n'ont pas le pouvoir de *“provoquer, de compléter ou de parfaire l'établissement d'une preuve que la loi a laissée à la seule initiative de la partie poursuivie”* (Crim. 21/10/1964, Bull. n° 273 ; Crim. 21/11/1989, Bull. n° 431 ; Civ.2 19/01/1994, Bull. n° 30), de sorte que les juridictions du fond n'ont pas à ordonner, à cette fin, un supplément d'information ou la communication d'un dossier d'information.

b) Les éléments provenant du plaignant lui-même

Dans le même esprit, il a été jugé :

- que la reconnaissance, par le plaignant, de la vérité du fait diffamatoire, *“ne peut dispenser le prévenu de suivre la procédure prescrite pour l'établir, ni autoriser les juges à en déduire le fait justificatif prévu par l'article 35 de la loi sur la presse”* (Crim. 23/12/1968, Bull. n° 357) ;
- que *“la preuve de la vérité des faits diffamatoires ne peut être fondée sur des éléments de preuve apportés par le plaignant”* (Crim. 07/11/1995, Bull. n° 339).

4. Mise en cause d'une personne à raison de faits n'ayant donné lieu à aucune condamnation

Rien n'interdit aux juges de la diffamation d'admettre la vérité des faits diffamatoires, même si les faits dont s'agit n'ont donné lieu à aucune condamnation contre la personne mise en cause : la Chambre criminelle l'a indiqué dans une espèce où la preuve avait été admise d'un vol de récolte par un agriculteur au préjudice d'un autre, alors que les faits avaient donné lieu à un classement sans suite (Crim. 08/01/1975, Bull. n° 7).

De même, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui a estimé rapportée la preuve de la mise en cause de Paul BARRIL dans l'affaire des Irlandais de VINCENNES, bien que celui-ci n'ait fait l'objet d'aucune poursuite dans cette affaire, en soulignant d'ailleurs qu'il n'y avait aucune atteinte à sa présomption d'innocence puisque, précisément, il n'avait pas la qualité d'accusé au sens de l'article 6 paragraphe 2 de la Convention européenne (Crim. 28/11/1995, Bull. n° 360).

Conclusion

La vérité, c'est, dit-on, l'accord de la pensée avec le réel et il convient de ne pas se laisser emporter par le mythe de la caverne en confondant l'ombre projetée sur la paroi avec le sujet en pleine lumière.

En droit de la presse, comme en d'autres domaines, la vérité est exigeante et ne souffre aucune approximation. On peut ainsi affirmer que *“si toute vérité n'est pas bonne à dire”*, sa preuve est encore moins facile à faire.

Pour autant, gardons-nous du conseil de Mark TWAIN qui déclarait volontiers : “la vérité est la chose la plus précieuse que nous ayons ... Economisons-là !”

VÉRITÉ BIOLOGIQUE ET FILIATION DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR DE CASSATION ¹

Anne PASCAL, Conseiller à la Cour de cassation
Martine TRAPERO, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

“L’expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s’il existe un motif légitime de ne pas l’ordonner”².

Tel est le principe fixé par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 28 mars 2000, abondamment commenté. Plus de quatre ans après, il convient de s’interroger sur le devenir de cette jurisprudence, au vu des arrêts postérieurs, et de déterminer sa portée, ses limites et ses incidences sur le droit de la filiation.

Il convient cependant, préalablement, de replacer cet arrêt dans son contexte historique. A l’époque du Code Napoléon, en l’état de la science, l’affirmation d’un droit de la filiation fondé sur la réalité biologique relevait d’un mythe, ce qui explique l’importance donnée à la possession d’état et aux présomptions légales.

L’évolution des mœurs et le progrès scientifique ont contribué à faire évoluer le droit vers une filiation fondée sur la réalité biologique. Les lois du 3 janvier 1972, instaurant la fin de non-recevoir à l’établissement de la filiation naturelle tirée de la preuve biologique de la non paternité, et du 8 janvier 1993, supprimant les cas d’ouverture à l’action en recherche de paternité naturelle et les fins de non-recevoir qui y faisaient obstacle, ont été décisives dans ce mouvement. Mais le progrès des connaissances en biologie s’est avéré tel que tout d’abord les examens sanguins ont permis, par l’étude des groupes tissulaires HLA, d’augmenter les exclusions de paternité et de déterminer des probabilités positives de paternité de plus en plus élevées et qu’ensuite, la méthode des “empreintes génétiques” portant sur l’examen comparé de l’ADN a abouti à une véritable certitude.

La Cour de cassation considérait cependant, traditionnellement³, que la décision d’ordonner ou non une mesure d’instruction relevait de l’appréciation souveraine des juges du fond, sauf les cas où l’expertise était imposée par les textes en vigueur (ancien article 340-1, 3°, par exemple).

C’est en cet état de la jurisprudence que Madame l’avocat général Petit demandait à la première Chambre civile, “adoptant la position de nombreux pays européens, de dire que le pouvoir discrétionnaire des juges du fond quant à l’appréciation d’une mesure d’instruction cesse lorsque le refus d’ordonner cette mesure fait obstacle à l’établissement d’un droit ou lorsqu’elle constitue l’unique moyen d’en rapporter la preuve”⁴.

L’affaire soumise à la première Chambre civile concernait un garçon, né en octobre 1994, reconnu par le concubin de sa mère dans l’acte de naissance, celle-ci ayant plus tard formé une action en

¹ La présente étude est volontairement limitée à l’expertise biologique et à ses incidences sur le droit actuel de la filiation. En effet, déborder de ce cadre reviendrait peu ou prou à traiter de l’ensemble du droit de la filiation et à aborder des sujets sur lesquels la jurisprudence de la Cour n’est pas encore fixée.

² Civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. n° 103 ; Defrénois, 2000-06-30, n° 12, p. 769, note J. Massip ; Dalloz, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. Garé ; JCP 2000-10-25, n° 43/44, conclusions C. Petit et note M.C. Monsallier-Saint-Mieu.

³ Notamment Civ. 1ère, 16 juin 1998, pourvoi n° 96-17.819 et 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-17.216, Defrénois 1999, art. 37031, p. 938, n° 66, obs. J. Massip.

⁴ Conclusions précitées. R. Frank : L’examen biologique sous contrainte dans le cadre de l’établissement de la filiation en droit allemand, *Revue internationale de droit comparé* 1992, p. 905 et s.

contestation de cette reconnaissance et sollicité une expertise sanguine. La cour d'appel, confirmant un jugement, avait rejeté la demande au motif que la mère ne rapportait pas la preuve de la stérilité de l'auteur de la reconnaissance et qu'il n'y avait pas lieu de recourir à une expertise, laquelle ne pouvait être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

Par arrêt du 28 mars 2000, la Cour de cassation a cassé la décision au visa des articles 339 et 311-12 du Code civil, ensemble l'article 146 du nouveau Code de procédure civile, énonçant le principe ci-dessus rappelé selon lequel l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner. L'article 339 concerne, on le sait, l'action en contestation de reconnaissance, l'article 311-12 énonce le principe de la preuve par tous les moyens de la filiation la plus vraisemblable dans les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe et l'article 146 du nouveau Code de procédure civile rappelle qu'une expertise ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver, précisant qu'en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.

Le visa de l'article 311-12 du Code civil élève ce texte au rang d'un principe directeur applicable dans les procès de filiation. Celui de l'article 146 rappelle qu'il existe une jurisprudence émanant de plusieurs chambres de la Cour de cassation, selon laquelle le pouvoir souverain - voire discrétionnaire - normalement reconnu aux juges du fond pour ordonner ou refuser une mesure d'instruction cesse lorsque les faits articulés auraient légalement pour conséquence, s'ils étaient établis, d'entraîner le gain ou la perte du procès.⁵

Posé dans un arrêt relatif à la contestation d'une reconnaissance de paternité, le principe du droit à l'expertise biologique en matière de filiation a été réaffirmé dans un pourvoi ayant le même objet dès le 30 mai 2000 (pourvoi n° 98-16.059)⁶. Un père contestant la reconnaissance prénatale d'un enfant avait sollicité à titre subsidiaire une expertise médicale ; la cour d'appel, estimant que le demandeur à l'action ne rapportait pas la preuve de l'inexactitude de sa reconnaissance, avait décidé que l'expertise ne pouvait être ordonnée pour suppléer la carence du demandeur. L'arrêt a été censuré en application de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. La cour d'appel, en refusant l'expertise n'imposait-elle d'ailleurs pas au demandeur un adminicule, alors que la preuve directe est possible en matière de contestation de paternité naturelle ?

Cet arrêt du 30 mai 2000 a été suivi de plusieurs autres en matière de contestation de reconnaissance ; le 17 septembre 2003 (pourvoi n° 01-03.408), il s'agissait de la demande d'annulation d'une reconnaissance et de la légitimation par mariage subséquente ; le 17 février 2004 (pourvoi n° 02-10.245), dans le cas d'une reconnaissance souscrite par le père le jour de la naissance de l'enfant conjointement avec la mère et contestée 8 ans et demi après ; enfin, le 12 mai 2004 (pourvoi n° 02-16.849), dans une hypothèse proche de la précédente.

Un arrêt du 29 mai 2001 (Bull. n° 152)⁷ a, pour la première fois, repris l'attendu de principe de l'arrêt du 28 mars 2000 dans une hypothèse autre qu'une contestation de reconnaissance. Il s'agissait de l'action, rarement exercée, qui permet, sur le fondement de l'article 313-2 du Code civil, de rétablir la présomption de paternité légitime à l'égard d'un enfant issu d'une femme mariée mais inscrit à l'état civil sans indication du nom du mari, si une réunion de fait a eu lieu entre les époux durant la période légale de conception. La preuve de la réunion de fait peut être rapportée par tous moyens et notamment par une expertise biologique sollicitée en l'espèce par la mère, demanderesse à l'action, à titre subsidiaire.

⁵ Note Massip, citée à la note 2.

⁶ JCP 2000, II, 10410, note T. Garé ; Droit de la famille, juillet-août 2003, p. 17, n° 23, note C. Jourdain-Fortier.

⁷ P. Murat, Le refus de se prêter à une expertise biologique et la preuve de la réunion de fait, Droit de la famille, mars 2004 p 20 ; RTD Civ 2004, p 494.

Comment rapporter la preuve de faits aussi intimes qu'un rapprochement charnel si ce n'est par l'expertise biologique ? L'article 146 du nouveau Code de procédure civile prévoit en effet qu'une mesure d'instruction peut être ordonnée si la partie qui allègue un fait ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver et nous sommes bien dans une telle hypothèse, l'arrêt de cassation précisant que l'expertise pouvait permettre à Mme X de rapporter la preuve de la vraisemblance de la paternité de son mari.

D'autres arrêts ont appliqué la solution de principe dégagée par l'arrêt du 28 mars 2000 à l'action en désaveu de paternité légitime (arrêt du 9 décembre 2003, pourvoi n° 02-10.097)⁸, à l'action en contestation de paternité légitime sur le fondement de l'article 322, alinéa 2, *a contrario* (arrêt du 30 mars 2004, pourvoi n° 01-00.823)⁹.

En matière d'action en recherche de paternité, l'une des plus fréquentes en pratique, il est admis que la preuve n'est pas libre. Outre les conditions de recevabilité tenant au délai pour intenter l'action, la paternité ne peut être prouvée, aux termes de l'article 340 du Code civil, que s'il existe des présomptions et indices graves de cette paternité. La preuve est dite adminiculaire. Le juge doit constater que de tels indices existent avant d'ordonner l'expertise. Peut-on alors considérer que l'expertise est de droit pour cette action ?

Dans un arrêt du 12 juillet 2001 (pourvoi n° 99-12.921), la première Chambre civile a bien précisé que la preuve de la paternité par expertise biologique ne pouvait être rapportée que si l'action en recherche de paternité avait été intentée dans les délais prévus à l'article 340-4 du Code civil, même si en l'espèce les deux parties étaient d'accord pour se soumettre à une expertise.

S'agissant de l'existence des présomptions ou indices graves, la Cour de cassation n'a que peu l'occasion de se prononcer puisque les instances en matière de filiation se déroulent souvent en deux temps : une première décision statue sur la recevabilité et ordonne une expertise, une seconde décision se prononce sur le bien fondé de l'action.

Mais si les juges du fond ordonnent un examen comparé des sangs dans le dispositif après avoir examiné la recevabilité de l'action dans les motifs, on peut estimer que, même si le dispositif n'indique pas expressément que l'action est recevable, cette question a été implicitement tranchée par l'affirmative (arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 mars 2002, Bull. n° 34).

Il est de jurisprudence constante que les jugements avant dire droit qui statuent sur la recevabilité et ordonnent une mesure d'expertise ne tranchent pas une partie du principal. Ils ne sont donc pas, en application des articles 544 et 545 du nouveau Code de procédure civile, susceptibles d'appel indépendamment de la décision statuant au fond. La Cour de cassation l'a rappelé à plusieurs reprises depuis mars 2000 dans des litiges relatifs à la filiation : arrêts des 14 juin 2000 (pourvoi n° 98-19.284), 24 octobre 2000 (Bull. n° 259), 30 septembre 2003 (pourvoi n° 01-16.650) et 2 mars 2004 (pourvoi n° 01-11.678).

Si l'appel du jugement avant dire droit est possible avec le jugement sur le fond, encore faut-il que les recours soient exercés concomitamment, "ce qui s'entend du même acte ou de deux actes du même jour", ainsi que l'a jugé la deuxième Chambre civile dans un arrêt du 5 avril 2001 (Bull. n° 70).

De même, le pourvoi en cassation n'est pas recevable contre l'arrêt qui se prononce sur la recevabilité de l'action et ordonne une expertise biologique, ainsi que l'ont rappelé, au visa des articles 606, 607 et 608 du nouveau Code de procédure civile, plusieurs décisions de la première Chambre civile de la Cour : arrêt du 12 décembre 2000 (pourvoi n° 98-23-213) dans une hypothèse où l'appel immédiat

⁸ P. Murat, La portée de l'expertise biologique de droit, Droit de la famille, juin 2004, p. 25.

⁹ L'article 322 du Code civil ne peut être invoqué que pour les enfants ayant une filiation légitime d'origine, Revue juridique personnes et famille, avril 2004, p. 25.

avait été autorisé par le premier président de la cour d'appel ; arrêt du 6 février 2001 (pourvoi n° 99-10.513) dans un cas où la cour d'appel avait par erreur déclaré l'appel recevable et confirmé le jugement ordonnant l'expertise.

Dans un arrêt du 8 janvier 2002 (pourvoi n° 99-14.195), le droit à une expertise biologique est nettement affirmé et pour la première fois concernant une action en recherche de paternité. En effet, la cour d'appel avait fait droit à la demande de la mère sans ordonner l'expertise sanguine sollicitée par le père recherché et à laquelle la mère déclarait ne pas s'opposer. Dans ces conditions, pour refuser d'ordonner l'expertise, la cour d'appel devait s'expliquer et donner les motifs de son refus pour permettre à la Cour de cassation d'exercer un contrôle de motivation. Pour résumer, les juges du fond, saisis d'une demande d'expertise en défense, devaient y répondre.

Dans un cas similaire, le père recherché, défendeur à l'action, avait sollicité une expertise biologique devant la cour d'appel et cette dernière, pour refuser l'expertise (mais faire droit à la demande de la mère), s'était bornée à constater "qu'aucune considération particulière ne commandait d'ordonner une expertise". L'arrêt a été censuré par la Cour de cassation le 30 juin 2004 (pourvoi n° 01-15.893).

Dans les deux cas précités, l'expertise était sollicitée par le défendeur à l'action. Avant la réforme opérée par la loi du 8 janvier 1993, le père recherché pouvait d'ailleurs opposer une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité en faisant la preuve par examen comparé des sangs qu'il n'était pas le père. Il était acquis en jurisprudence comme en doctrine que l'expertise était alors de droit. Il serait paradoxal que la disparition des fins de non-recevoir ne permette plus au défendeur à l'action en recherche de paternité d'obtenir une expertise biologique.

Un arrêt du 12 mai 2004 (pourvoi n° 02-16.152) a franchi un pas important en matière d'action en recherche de paternité en n'exigeant plus d'indices (présomptions ou indices graves) pour rapporter la preuve de la paternité et en permettant la preuve directe par l'expertise¹⁰.

On peut supposer que cette jurisprudence sera avalisée par la prochaine réforme de la filiation.

Il est donc confirmé que la règle s'applique dans la plupart des hypothèses de filiation¹¹, l'action en constatation de la possession d'état d'enfant naturel pouvant constituer une exception, l'expertise pouvant en revanche être ordonnée, sauf prescription trentenaire, si la possession, constatée par un acte de notoriété, est contestée.¹²

Il est admis que la règle s'applique également dans les affaires de subsides, même si celles-ci ne relèvent pas exclusivement du droit de la filiation entendu au sens strict et si la preuve à faire n'est pas exactement la même qu'en matière de filiation¹³. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point est nuancée.

¹⁰ Cf. T.Garé, L'expertise biologique peut servir à démontrer la recevabilité d'une action en recherche de paternité naturelle, *Revue juridique personnes et famille* 2004, p. 23.

¹¹ M. Mignot : L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation, *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* 2003, n° 2, p 667 et s ; A. Milanova : Preuve corporelle, vérité scientifique et personne humaine, *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* 2003, n° 3, p. 1755 et s.

¹² F.Granet -Lambrecht : Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel, *D.* 2003, somm. p.2219 ; *Civ. 1ère*, 27 juin 2000 ; J. Vassaux : l'action en constatation de possession d'état : une nouvelle arme contre le père récalcitrant.

¹³ *Civ. 1ère*, 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-16.768 ; J. Massip : L'expertise biologique, moyen de preuve des relations intimes en matière de subsides, *Petites affiches*, 3 septembre 1997, n° 106, p 19 ; P. Murat : Action à fins de subsides. Le refus d'expertise peut payer, note sous *Civ. 1ère*, 17 septembre 2003, pourvoi n° 01-13.856, *Droit de la famille*, Janvier 2004, n° 3.

On peut même penser, compte tenu de la force du principe et de ses nombreuses répétitions et bien qu'aucun arrêt postérieur au 28 mars 2000 ne l'eût dit, que, conformément à la jurisprudence antérieure¹⁴, les juges du fond peuvent ordonner l'expertise d'office, le refus éventuel de se présenter à l'expertise étant apprécié, a posteriori et au vu des autres éléments de la cause, sous le contrôle de la Cour de cassation. L'expression "expertise biologique" est en effet très large. Elle englobe les expertises sanguines et les expertises génétiques et la première Chambre civile n'a introduit aucune distinction entre les deux formes d'expertise dans les arrêts précédemment cités, pourtant postérieurs à l'introduction d'un article 16-11 dans le Code civil¹⁵. Il est à noter que la loi relative à la bioéthique du 6 août 2004 n'a pas modifié la rédaction de l'article 16-11 du Code civil, s'agissant des personnes vivantes, malgré le décalage relatif de la jurisprudence par rapport à sa lettre. En revanche, le deuxième alinéa du texte a été complété par la phrase suivante : "sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort"¹⁶.

Pour le surplus, rien ne permet de penser que les juges du fond ont le devoir d'ordonner d'office une expertise.

Si le principe est désormais largement entré dans les esprits, sa limite, immédiatement énoncée par les arrêts, réside dans les motifs légitimes de ne pas ordonner l'expertise. La détermination de ce que sont ou ne sont pas les motifs légitimes reste l'un des enjeux de la jurisprudence.

La lecture des arrêts rendus par la première Chambre civile depuis le 28 mars 2000 démontre que de tels motifs existent, d'une part, lorsqu'une première expertise permet de trancher la question de la filiation biologique d'un enfant, d'autre part, si des éléments autres que l'expertise permettent de statuer avec certitude sur la filiation, rendant la mesure d'instruction superfétatoire.

Deux décisions illustrent la première hypothèse : un arrêt du 12 juin 2001 (Bull. n° 169) et un autre du 6 mai 2003 (pourvoi n° 01-15.904). Dans les deux cas, l'homme désigné comme le père de l'enfant par l'analyse comparée des sangs avec un taux de probabilité très élevé (le premier à 99,99 %, l'autre à 99,998 %) sollicitait une nouvelle expertise selon la technique de l'empreinte génétique, jugée plus fiable. Dans les deux hypothèses, cette nouvelle mesure d'instruction a été refusée et la Cour de cassation a décidé que les juges du fond avaient souverainement estimé que l'expertise complémentaire sollicitée était inutile.

Trois autres cas concernent des situations dans lesquelles le père recherché ou contesté était décédé au moment où le juge a statué, mais dans lesquelles les juges du fond ont relevé des éléments probants permettant de trancher la question de filiation posée sans recourir à l'expertise, celle-ci pouvant imposer une exhumation :

- 5 février 2002 (pourvoi n° 00-11.249) : "attendu que les juges du fond ont estimé que la preuve de la paternité de X... résultait de tous les éléments de fait, non sérieusement contredits versés aux débats, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction, que l'expertise génétique ne constituait pas donc pas un moyen de preuve déterminant dans le cas d'espèce" ;

¹⁴ Civ. 1ère, 10 mai 1995, Bull. n° 199 ; J. Massip : Le rôle des expertises biologiques dans les procès de filiation, Petites affiches 1996, n° 26, p. 21.

¹⁵ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 introduisant un article 16-11 dans le Code civil.

¹⁶ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, titre II. J. R. Binet : La loi relative à la bioéthique, commentaire de la loi du 26 août 2004, 1ère partie, Droit de la famille, octobre 2004, notamment page 9. B. Beigner Quasi fur : Mort brutale et expertise génétique, note sous TGI Orléans, 19 octobre 1999, Dalloz 2000, n° 29, p. 621. J. Hauser : La filiation au subjonctif ?, Droit de la famille, décembre 2004, p. 4. La loi donne ainsi clairement la priorité au respect des morts par rapport au droit de l'enfant à connaître sa filiation réelle. On peut se demander si toutes les hypothèses (catastrophes naturelles, tsunami, morts brutales) ont été envisagées par le législateur. Il faudra compter avec la créativité de la jurisprudence, sous le contrôle de la Cour de cassation, pour résoudre des situations douloureuses.

- 24 septembre 2002 (Bull. n° 216) : “attendu que les juges du fond ont estimé que les présomptions et indices graves qu’ils avaient relevés étaient suffisants en eux-mêmes pour établir la paternité de X..., sans qu’il soit nécessaire de rechercher d’autres éléments de preuve et notamment de faire droit à la demande d’expertise, superfétatoire en l’occurrence ; qu’ils ont ainsi caractérisé le motif légitime de ne pas y satisfaire” ;

- 3 novembre 2004 (pourvoi n° 02-11.699) : “attendu que les juges du fond ont estimé que la reconnaissance, intervenue trois mois après la naissance de l’enfant, connue des voisins du domicile du père, était confortée par la participation de X... à l’entretien de l’enfant jusqu’en 1961 et que les faits invoqués par les consorts Y... ne contredisent en rien la vraisemblance de cette reconnaissance ; que la cour d’appel a ainsi caractérisé un motif légitime de ne pas procéder à une expertise biologique, neuf ans après le décès du père déclaré”.

Mais il convient de souligner que, si les trois seuls cas dans lesquels le motif légitime de ne pas procéder à l’expertise a été retenu (en dehors de l’hypothèse des demandes de nouvelles expertises) concernent des situations où l’une des parties (le père) était décédée, le décès ne constituait pas en lui-même un motif légitime de refuser l’expertise (cf. arrêt du 30 mars 2004, pourvoi n° 01-00.823).

La nouvelle loi du 6 août 2004 qui prévoit qu’aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après la mort d’une personne sauf accord exprès de celle-ci manifesté de son vivant, constitue toutefois un élément nouveau qu’il conviendra de prendre en compte.

Ces précisions étant données, quelles conséquences tirer du refus de se soumettre à une expertise ordonnée par les juges du fond ?

Certains estiment que celui qui refuse de se soumettre à une expertise et donc de concourir à la manifestation de la vérité devrait perdre son procès de façon systématique, sans avoir égard à d’autres éléments.

Ce n’est pas la voie dans laquelle la Cour de cassation s’est engagée.

La première Chambre civile considère que le refus de se soumettre à une expertise biologique n’est pas en lui-même déterminant, mais constitue un simple élément ou “présomption” dont les juges du fond apprécient souverainement la valeur, au vu de l’ensemble des autres éléments de preuve qui leur sont soumis.

Des juges du fond ont ainsi pu estimer que le refus de se soumettre à une expertise en matière de subsides permettait, au vu des autres éléments, de faire la preuve de l’existence des relations justifiant la condamnation du défendeur à des subsides (arrêt du 20 mars 2001, pourvoi n° 98-18.932) ou d’accueillir l’action en recherche de paternité naturelle (arrêt du 18 septembre 2002, pourvoi n° 00-13.435 ; arrêt du 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° 01-11.419 et arrêt du 20 janvier 2004, pourvoi n° 01-02.501). Ils ont au contraire pu estimer qu’en dehors de tout autre élément probant, il n’y avait pas lieu de faire droit à la demande de subsides (arrêt du 17 novembre 2003, pourvoi n° 01-13.856), ni à la contestation de paternité légitime dans un cas où la mère avait refusé de se rendre à la convocation de l’expert (arrêt du 2 octobre 2001, pourvoi n° 00-10.836).

Il apparaît en définitive que la Cour de cassation opère son contrôle en exigeant la réunion d’un minimum d’éléments objectifs et une motivation spéciale, tant de la décision refusant l’expertise que de celle tirant les conséquences du refus de se présenter à la mesure d’expertise, sans toutefois remettre en question le pouvoir souverain d’appréciation des faits reconnu aux juges du fond¹⁷.

¹⁷ Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, pourvoi n° 98-21.796 et 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° 01-11.419.

En conclusion et en l'état de la jurisprudence ci-dessus rappelée, on peut souhaiter que la réforme annoncée de la filiation simplifie les conditions de recevabilité des actions en la matière, par exemple par suppression des adminicules encore exigés dans certains cas, et unifie les délais dans lesquels ces actions peuvent et doivent être intentées afin de permettre une harmonisation et une meilleure lisibilité du droit de la filiation.

LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ DE LA COMMUNAUTÉ DE TRAVAIL EN MATIÈRE DE REPRÉSENTATION SOCIALE DANS L'ENTREPRISE

Pierre SARGOS

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Le contentieux de la représentation sociale (plus souvent appelée “représentation institutionnelle”, mais la formule “représentation sociale”, qui met l’accent sur l’objet et la finalité des institutions, nous paraît préférable) dans l’entreprise, qu’il s’agisse de la représentation directe du personnel par l’élection ou de sa représentation indirecte par la désignation syndicale, est sans doute l’un des plus emblématiques du droit du travail car il met en jeu l’exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de leur entreprise (alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946). Ce contentieux, qui révèle souvent d’intenses conflits de pouvoir et de savoir dans l’entreprise, met en particulier en lumière la notion cardinale de communauté de travail qui doit s’exprimer à travers sa représentation sociale. Il importe donc que cette communauté de travail corresponde à une réalité allant au delà de constructions juridiques abstraites ou artificielles. Depuis maintenant plus de trente ans la chambre sociale a donc réalisé un véritable travail de recherche de la vérité de la communauté de travail dans l’entreprise, dont la finalité est de trouver, au delà de seuils plus ou moins arbitraires, voire de manoeuvres plus ou moins avouées pour évincer, altérer ou limiter la représentation sociale, la réalité économique et sociale, sinon sociologique, de cette communauté de travail.

On pense bien sûr, d’abord, à “l’invention” de l’unité économique et sociale (U E S) dont les prémices encore limitées se trouvent dans les efforts de la chambre criminelle et de la chambre sociale pour déjouer les manoeuvres de certains employeurs qui, pour ne pas atteindre les seuils d’effectif imposant la mise en place d’institutions représentatives, procédaient à des divisions artificielles (Crim. 23 avril 1970, Bull. n° 144 p. 335 ; soc. 19 décembre 1972, Bull. n° 711 p. 651). Déjouant ces piètres manoeuvres, la jurisprudence s’est efforcée de retrouver la réalité de la communauté de travail à travers la conjonction d’indices économiques et d’indices sociaux. Dans un premier temps la terminologie était certes hésitante, l’arrêt précité du 19 décembre 1972 faisant ainsi état d’un “*ensemble social et économique unique*”, la formule “unité économique et sociale” ne prenant réellement son essor qu’avec le très didactique arrêt “*multi-ciné*” du 4 mars 1976 (Bull. n° 142 p. 116).

Cette recherche de la réalité et de l’effectivité de la communauté de travail n’était sans doute pas sans pertinence puisque la loi du 28 octobre 1982 a consacré l’UES à travers la formulation de l’alinéa 6 de l’article L 431-1 du code du travail suivant lequel “*Lorsqu’une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par la convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d’un comité d’entreprise commun est obligatoire*”. Certes les termes “*entreprises juridiquement distinctes*” sont “juridiquement incorrects” puisqu’en tant que telle une entreprise n’a pas d’autonomie juridique, mais, rectifiant cette malencontreuse erreur de terminologie, la jurisprudence a rétabli l’orthodoxie juridique en faisant état de “*personnes juridiquement distinctes*”, suivant la formulation reprise par le célèbre arrêt Vivendi du 2 mai 2002 (Bull. n°150 p. 154). Un arrêt plus récent du 17 décembre 2003 (Bull. n° 319 p. 321) énonce aussi que “*caractérise une unité économique et sociale entre personnes juridiques distinctes, le tribunal d’instance qui constate l’unité de direction , l’existence d’activités complémentaires ou connexes et celle d’une communauté de travailleurs*” (l’expression “*personnes juridiques distinctes*” au lieu de “*personnes juridiquement distinctes*” résulte d’une omission purement matérielle de la forme adverbiale). Et par la suite le législateur a, à plusieurs reprises, consacré le concept d’unité économique et sociale, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (art. L 321-4-1, dernier alinéa, du Code du travail) imposant ainsi d’apprécier la validité du plan de sauvegarde de l’emploi au regard des moyens dont dispose l’unité économique et sociale.

A l'origine le concept d'UES a donc été conçu pour déchirer "*l'écran dissimulant la réalité économique et sociale d'une seule entreprise*", ainsi que le souligne Jean Savatier (Dr.Soc. 2004 p. 944 : "*Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs du travail*"), et permettre de lutter contre des manoeuvres, sinon fraudes, tendant à diminuer artificiellement les seuils d'effectifs générant les institutions représentatives. Mais cette origine en quelque sorte négative a disparu au profit d'une approche plus positive qui tend d'une façon générale, et en dehors même de la notion d'UES, à découvrir la vérité et la réalité de la communautés de travail à travers sa dimension économique et sociale effective, sinon, en se laissant tenter par un jeu de mot un peu facile, "affective". Cette recherche de la vérité de la communauté de travail s'exprime aussi bien quant à son existence (I) que quant à son expression (II).

I. La vérité de l'existence de la communauté de travail

Pour rester dans le domaine de l'UES on signalera tout particulièrement un arrêt du 2 juin 2004 (Bull. n° 157 p. 148). Un syndicat avait agi en reconnaissance d'une UES entre diverses sociétés sans demander l'organisation d'élections, ce que le tribunal d'instance avait accepté. Le pourvoi reprochait au jugement d'avoir ainsi retenu "l'existence abstraite" d'une UES en l'absence de toute demande d'élection ou de désignation se rapportant à une institution représentative du personnel. Le pourvoi a été rejeté dans les termes suivants : "*Si la reconnaissance de l'existence d'une UES peut être liée à l'action tendant à la mise en place de la représentation institutionnelle dans l'entreprise, les parties intéressées peuvent également agir directement en reconnaissance de l'UES avant la mise en place des institutions représentatives*".

La décision est importante car elle se situe dans la marche vers ce que le doyen Boubli appelle "*l'émancipation de l'UES*" par rapport au cadre purement électif (Semaine sociale Lamy du 16 et 23 février 2004). Désormais une demande de reconnaissance de l'UES indépendamment de tout processus électoral est possible, même si, bien évidemment, en cas de reconnaissance de l'UES il faudra mettre en place les institutions qui lui sont attachées. Et cet arrêt est aussi intéressant en tant qu'illustration des critères de l'existence de l'UES : à savoir, d'une part, les indices économiques avec, en l'espèce, une unité de direction et des activités complémentaires des trois sociétés concernés ; d'autre part, les indices sociaux caractérisés par le fait que tous les salariés étaient régis par la même convention collective (mais à elle seule l'application de plusieurs conventions collectives ne permet pas d'écarter l'existence d'une UES : Soc. 12 janvier 2005, pourvoi n° 03-60.477, étant précisé d'ailleurs qu'en l'absence d'accord collectif commun aux différentes sociétés composant une unité économique et sociale, les accords propres à chacune d'elles conservent leur champ d'application respectif : Soc. 2 décembre 2003, Bull. n° 310 p. 312, ce qui est une façon de reconnaître la vérité d'entités incluses dans l'ensemble plus vaste de l'UES) et bénéficiaient des mêmes avantages sociaux, de sorte qu'ils constituaient une communauté de travailleurs.

Et cette émancipation de l'UES a trouvé une autre manifestation avec l'arrêt Sermarto du 13 juillet 2004 (Bull. n° 218 p. 200) qui, consacrant l'abandon déjà largement entamé du critère fonctionnel au profit du critère institutionnel, affirme que la notion d'UES n'est pas relative. La vérité de la communauté de travail que doit exprimer l'UES transcende donc de façon unifiante les institutions représentatives qui lui sont attachées, même si en dernière analyse la finalité de l'UES est "*la défense des intérêts de la communauté des travailleurs dans un périmètre donné*" (Soc. 24 novembre 2004, pourvoi n° 03-60.329, en cours de publication au bulletin).

Mais à l'inverse un arrêt du 5 mai 2004 (Bull. n° 126 p. 115) met en lumière une situation dans laquelle il n'y avait pas de communautés de travailleurs eu égard au fait que plusieurs métiers existaient au sein des sociétés et que la permutabilité des salariés était très réduite par rapport à leur nombre, de sorte qu'il n'y avait pas de véritable communauté de travailleurs. Et l'arrêt du 18 février 2004 (Bull. n° 56 p. 53) écarte bien entendu toute UES entre les députés à l'Assemblée nationale pris en leur qualité d'employeurs de collaborateurs parlementaires car il n'y a pas d'unité de direction sur ces collaborateurs.

Et la communauté de travail dans sa réalité concrète est également au cœur de la jurisprudence relative à la reconnaissance de l'existence d'un établissement distinct permettant, à partir de certains seuils, de désigner un délégué du personnel ou un délégué syndical.

Un arrêt du 29 janvier 2003 (Bull. n° 30 p. 27), rendu à propos d'une demande tendant à ce que soient reconnus dans une entreprise quatre établissements distincts pour l'élection des délégués du personnel énonce ainsi que *"l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations"*. Cette formulation a été reprise par un arrêt du 15 décembre 2004 (pourvoi n° 03-60.461, en cours de publication au bulletin).

L'arrêt du 24 avril 2003 (Bull. n° 141 p. 139) rendu à propos de la désignation de délégués syndicaux dans un établissement distinct énonce que *"Caractérise un établissement distinct permettant la désignation de délégués syndicaux, le regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications"*.

Comme le souligne le rapport annuel 2003 à propos de ces deux affaires : *"la chambre sociale affirme ainsi l'abandon, implicite depuis un arrêt du 2 octobre 2001 (Bull. n° 296), de la recherche des qualifications détenues ou des pouvoirs exercés par le représentant de l'employeur et s'attache à privilégier le critère de la communauté de travail qui justifie la mise en place de l'institution réclamée. Un groupe, isolé ou non, de salariés peut constituer une communauté de travail dans la mesure où il existe en tant que collectivité ayant des intérêts propres, distincts, d'une part, de la somme des intérêts particuliers des salariés qui la composent, et, d'autre part, des intérêts d'autres collectivités existant dans l'entreprise, dont la spécificité, qui peut être la conséquence, par exemple, d'une activité ou de conditions de travail particulières, de l'isolement géographique, de contingences spéciales (la diversité des situations soumises au juge du fond interdit une énumération exhaustive), rend nécessaire la prise en compte des réclamations qui en résultent. Dès lors que la structure sociale de l'entreprise peut ne pas coïncider avec l'organisation hiérarchique, celle-ci lui est indifférente et elle ne peut faire obstacle à la mise en place des institutions représentatives que la réalité sociale rend obligatoires"*.

Et cette jurisprudence est particulièrement ferme. Un arrêt du 27 octobre 2004 (pourvoi n° 02-60.426) précise ainsi, à propos de la direction d'un représentant de l'employeur, que l'existence d'un établissement distinct n'est pas subordonnée à sa présence permanente sur place ; et un autre arrêt du 29 octobre 2004 (pourvois n° 02-60.836 et 837) souligne que l'existence d'un établissement distinct n'est pas conditionnée par l'étendue des pouvoirs que le chef d'entreprise a délégués à la personne qui le représente sur place.

S'inscrit dans la même perspective de la réalité et de la vérité d'une communauté de travail l'arrêt société Agio Sigarenfabrieken du 14 janvier 2004 (Bull. n° 17 p. 15), intervenu au terme d'un long combat judiciaire, qui impose à une société étrangère faisant travailler sur le territoire national des salariés chargés d'un travail de prospection commerciale l'obligation d'organiser des élections de délégués du personnel dès lors que l'employeur - dispose d'une organisation économique implantée en France - qu'il y exerce les responsabilités d'un employeur sur une collectivité de travail formée de plus de dix salariés ayant des intérêts communs en présence d'un directeur, de sorte qu'il s'agit d'un établissement au sens de l'article L 421-1 du Code du travail. On notera que dans la pratique le concept d'établissement en question s'étend sur une grande partie du territoire national eu égard aux fonctions de ces salariés, mais nonobstant cette dispersion géographique ils ont des intérêts communs face à un employeur localisé à l'étranger où ils n'ont pas la possibilité de bénéficier des institutions représentatives. Sans doute les modalités des élections seront complexes, mais les obstacles matériels ne doivent pas être un obstacle à la reconnaissance de la communauté de travail et à son expression par les institutions représentatives.

II. La vérité de l'expression de la communauté de travail

Les arrêts qui viennent d'être analysés témoignent manifestement - ne serait-ce que par l'emploi fréquent des termes mêmes de "communauté de travail" - d'une influence directe de cette notion sur les solutions jurisprudentielles. Mais bien d'autres décisions de la Cour s'expliquent aussi par l'idée que la communauté de travail doit pouvoir fonctionner et s'exprimer efficacement, simplement et de façon transparente, et qu'en particulier des obstacles injustifiés à son regroupement effectif et à ceux qui sont ses porte-parole auprès de l'employeur doivent être éradiqués. La vérité de l'expression de la communauté de travail par son corps électoral est au moins aussi importante que la vérité de son existence.

On citera ainsi la jurisprudence relative à la prise en compte, pour les élections de délégués du personnel et membres du comité d'établissement, des salariés mis à disposition de l'entreprise par des sociétés extérieures. Deux arrêts du 26 mai 2004 (Bull. n° 140 p. 127 et n° 141 p. 129) décident ainsi au visa des articles L 421-2 et 431-2 du Code du travail, que "*les salariés mis à disposition pris en compte au prorata de leur temps de présence pour le calcul de l'effectif de l'entreprise pour les élections professionnelles, sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice*", le premier arrêt ajoutant que "*cette participation n'est pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci*" ; la formule, qui diffère de celle employée précédemment faisant état de la participation au processus de travail, ce qui imposait des distinctions délicates et irréalistes, est très large dans la mesure où, comme cela a été à juste titre relevé, une entreprise ne doit utiliser que des salariés nécessaires à son fonctionnement. Mais tous ceux qui concourent à ce fonctionnement doivent pouvoir participer, pour en assurer la vérité, à l'expression collective de leur communauté de travail, tels, par exemple, les démonstrateurs de produits d'une société dans un grand magasin, qui, "*étant intégrés dans la communauté des travailleurs salariés et dans l'entité du grand magasin y sont électeurs et éligibles et en cette qualité peuvent être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise*" (Soc. 30 avril 2003 Bull. n° 153 p. 150).

On évoquera encore l'arrêt "Société techniques et travaux" du 31 mars 2004 (Bull. n° 102 p. 91) décidant que dès lors qu'un salarié était détenteur d'un mandat de délégué syndical avant la reprise de la société où il travaillait et que cette dernière avait conservé son autonomie, son mandat subsistait. La solution n'est certes pas nouvelle, mais c'est le souci de maintenir une voix de la communauté de travail d'origine, malgré sa reprise par une société, qui explique le maintien du mandat.

Intéressant aussi est l'arrêt Syndicat national du transport aérien du 17 mars 2004 (Bull. n° 92 p. 82) suivant lequel lorsque la délégation unique - qui aboutit à la fusion des mandats des délégués du personnel qui vont alors siéger au comité d'entreprise comme représentants élus des salariés - n'a pas été mise en place dans tous les établissements de l'entreprise il y a lieu, lorsque l'effectif de celle-ci atteint ou dépasse deux cents salariés, de procéder à de nouvelles élections dans chacun des établissements de l'entreprise, conformément au droit commun, sans attendre l'échéance des mandats en cours. Dans un tel cas la véritable communauté de travail est dans les établissements et doit se voir représentée le plus rapidement possible, comme le droit commun le prévoit, et sans attendre la fin plus ou moins lointaine et dispersée des mandats en cours.

La même idée irrigue l'arrêt du 26 mai 2004 (Bull. n° 142 p. 130). Dans cette affaire le tribunal d'instance avait retenu l'existence d'une UES, mais décidé que les élections auraient lieu à l'échéance du terme des mandats en cours. Cette décision a été cassée dans les termes suivants : "*La reconnaissance judiciaire d'une UES impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées et les mandats en cours cessent au jour des élections organisées au sein de l'UES, quelle que soit l'échéance de leur terme*". Le verbe "imposer", choisi à dessein, est fort, il signifie que la réalité de la communauté de travail constituée par l'UES doit pouvoir s'exprimer immédiatement dans toute sa plénitude, c'est-à-dire avec les institutions représentatives qui lui sont propres.

Et l'arrêt société Sanofi-Synthelabo du 14 janvier 2004 (Bull. n° 16 p. 14) aux termes duquel le renouvellement des membres de la délégation du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ne peut intervenir qu'à compter du terme de ces mandats n'est pas en

contradiction avec les deux arrêts ci-dessus, bien au contraire. C'est pour assurer efficacement jusqu'au terme de leur mandat la défense des normes de sécurité d'une communauté de travail que ceux qui ont été élus ne doivent pas voir leur autorité amoindrie par une éventuelle non réélection connue avant.

L'apparente rigueur de l'interdiction de déroger, sauf accord unanime, à la règle selon laquelle, en matière d'élections au CHSCT les membres du collège désignatif doivent se réunir en un même lieu et à la même date (Soc. 14 janvier 2003 Bull. n° 13 et 14 p. 11 à 13) est aussi confortée par le souci de faire vivre par une rencontre effective une communauté de travail à la recherche de sa vérité. Mais le recours à des procédés plus modernes de vote n'est pas ignoré. Un arrêt du 8 décembre 2004 (pourvoi n° 03-60.509, en cours de publication au bulletin) précise ainsi que dès lors que les dispositions d'un protocole préélectoral prévoyant un vote électronique permettent d'assurer l'identité des électeurs, la sincérité et le secret d'un tel vote, ainsi que la publicité du scrutin, conformément aux principes généraux du droit électoral, les élections organisées selon ces modalités sont régulières. L'allusion faite par cet arrêt à la "sincérité" du vote correspond à l'exigence de sa vérité.

Mais cette communauté de travail doit être éclairée par une information loyale et complète lorsqu'elle s'exprime, ainsi que cela ressort d'un arrêt du 14 janvier 2004 (Bull. n° 20 p. 18) qui, à propos d'une consultation du personnel sur la réduction du temps de travail prévue par l'article 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, consultation organisée par un vote par correspondance, approuve le juge du fond d'avoir décidé que l'information des salariés n'était pas suffisamment assurée par l'affichage dans l'entreprise du projet d'accord soumis à leur approbation. Des salariés qui, eu égard aux déplacements qu'impliquent leur activité -il s'agissait d'une société de transports-, n'ont même pas la possibilité de se rencontrer et de confronter leurs préoccupations collectives au siège de leur entreprise, doivent au minimum recevoir personnellement le texte de l'accord qui est soumis à leurs suffrages de façon que la "vérité" de leur vote corresponde à une information éclairée.

Par trois arrêts rendus le 4 février 2004 (Bull. n° 37, 38 et 39 p. 36 et 38) la chambre sociale a institué une quasi "assimilation d'emprunt", quant à leurs conditions d'ancienneté et de présence, en faveur de certains salariés intérimaires faisant l'objet d'une désignation syndicale. On sait qu'en principe un tel salarié temporaire ne peut être éligible que s'il a un contrat de travail en cours (ce qu'a d'ailleurs rappelé un autre arrêt du 4 février, Bull. n° 41 p. 39). Mais lorsqu'un salarié temporaire a été élu représentant du personnel, ou bien est régulièrement candidat aux élections des représentants du personnel, il remplit par là même les conditions d'ancienneté et de présence dans l'entreprise pour être désigné délégué syndical dans un établissement ou représentant syndical au comité d'entreprise. Sa qualité d'élu ou de candidat régulier de la communauté de travail implique nécessairement qu'il remplit, par "emprunt" les conditions d'ancienneté et de présence dans l'entreprise pour une désignation syndicale. On peut donc voir dans ces arrêts une conception dynamique des organes d'expression de la communauté de travail dont les représentants ne doivent pas voir leur autorité amoindrie dès lors qu'ils sont en cours de mandat électif, ou régulièrement candidat, les contingences particulières tenant à l'existence, au moment de la désignation particulière, d'un contrat de mission effectif ne doivent pas faire obstacle à cette désignation.

Mérite aussi d'être signalé un autre arrêt du 5 mai 2004 (Bull. n° 119 p. 109). Il s'agissait d'une entreprise dont l'effectif était inférieur à 50 salariés, mais dont l'employeur avait néanmoins accepté la désignation de deux délégués syndicaux qui n'étaient pas des délégués du personnel. Un autre syndicat représentatif avait alors désigné un autre délégué syndical et l'employeur avait exercé un recours contre cette désignation. Le juge d'instance avait annulé cette désignation. Le jugement a été cassé au motif que *"le principe d'égalité, qui est de valeur constitutionnelle et que le juge doit appliquer, interdit à l'employeur de refuser la désignation d'un délégué syndical par un syndicat représentatif au motif que l'effectif est inférieur à cinquante salariés, dès lors qu'il a accepté la désignation dans les mêmes conditions d'un délégué syndical par un autre syndicat représentatif"*.

Cet arrêt a été rendu au visa de textes prestigieux, à savoir l'article 6 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, les articles 1, 5 et 6 de la déclaration universelle des droits de l'homme et l'article L 412-2 du Code du travail, mais l'intention de sauvegarder la vérité de l'expression de la

communauté de travail est sous-jacente. Cette communauté, comme on l'a vu, doit bénéficier des institutions qui y sont attachées, qu'elles soient électives ou désignatives. Mais dès lors qu'un employeur a fait bénéficier, sans y être légalement tenu eu égard aux seuils, cette communauté de la présence d'un délégué désigné par une organisation, il ne peut ensuite écarter une autre désignation par un autre syndicat. Le pluralisme qui caractérise les formes d'expression élective ou désignative de cette communauté doit être respecté. Le grand principe d'égalité sur lequel se fonde cet arrêt vient donc renforcer l'influence de la notion de communauté de travail, et, surtout, de sa vérité, dans beaucoup d'interprétations jurisprudentielles.

D'autres arrêts pourraient sans doute être cités comme illustrant l'importance de la recherche -ne faudrait-il pas employer de façon plus imagée l'expression "la traque" ?- de la vérité de la communauté de travail dans tout le contentieux lié à la représentation sociale dans l'entreprise. On pense ainsi, par exemple, en matière de syndicat, à l'arrêt du 11 mai 2004 (Bull. n° 131 p. 120), qui, écartant un formalisme contraire à la vérité de l'existence d'un syndicat, décide que si celui-ci, en application de l'article L 411-3 du Code du travail, n'a d'existence légale que du jour du dépôt en mairie de son statut et du nom des personnes chargées de sa direction et de son administration, le renouvellement de ce dépôt en cas de changement de la direction ou des statuts ne constitue qu'une formalité dont l'absence ne prive pas à elle seule le syndicat d'une de ses conditions d'existence. Ce dernier arrêt rejoint ainsi d'une certaine façon la longue marche engagée au début des années 1970 par la jurisprudence à propos de l'émergence de l'unité économique et sociale pour faire triompher la vérité sur la fiction.

L'évolution jurisprudentielle évoquée ainsi à grands traits démontre en tout cas qu'il est parfaitement inutile de chercher de laborieux mécanismes juridiques, formels ou hiérarchiques pour échapper aux exigences de la représentation sociale dans l'entreprise : dès lors qu'en fait existe une communauté de travail atteignant les seuils légaux, cette communauté doit être reconnue dans sa vérité et les institutions représentatives qu'elle génère mises en place. Et cette vérité, notamment celle de l'expression de la représentation sociale dans l'entreprise, verra encore son importance s'accroître avec la loi du 4 mai 2004 qui subordonne les accords collectifs à la règle majoritaire positive ou négative.

2. Études diverses

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

ACTUALITÉ DE L'INEXISTENCE DES ACTES JURIDIQUES

Hugues ADIDA-CANAC
auditeur à la Cour de cassation

Introduction

Manifestant son opposition radicale à l'impôt que Louis XIV entendait prélever sur les diocèses, le Pape Innocent XI écrivit au Roi de France : *“C'est pour quoi, de par l'autorité que Nous tenons du Dieu Tout-Puissant, Nous réprouvons, annulons et cassons tout ce qui s'est fait dans cette Assemblée au sujet de la régale, et avec tout ce qui s'en est suivi et qui pourra s'ensuivre à l'avenir, et Nous le déclarons sans effet et non avenu ; bien que tout cela, étant manifestement nul de soi-même, n'aurait pas besoin de cassation”*¹. Le charme emphatique de la langue du grand siècle ne pourrait permettre au juriste de tirer de la fin de cette citation une définition de l'inexistence. Mais incontestablement, la chose y est.

Comme l'inopposabilité, l'inexistence est une notion juridique au régime incertain. Comme la caducité², mais pour des raisons différentes, l'inexistence est une sanction mal-aimée de la doctrine. Née immédiatement après le Code Napoléon, attribuée à un certain Zachariae, elle a été défendue au 19^{ème} siècle, tolérée par Japiot³ dans le cadre du renouvellement de la théorie des nullités, puis reniée au 20^{ème} siècle. Les auteurs la qualifient aujourd'hui facilement “d'inutile et compliquée”⁴, “d'inutile et inexacte”⁵ ou “d'inutile et illogique”⁶, sans pour autant que la période contemporaine⁷ soit exempte d'un mouvement d'attirance-répulsion au regard de ses effets⁸. En 1965, Henri Mazeaud, dans un ouvrage d'exercices pratiques à l'attention des étudiants en droit, y consacrait encore deux thèmes sur quarante⁹. On ne lui connaît guère aujourd'hui de partisans, à l'exception notable des professeurs Malaurie et Aynès.

Dans le même temps, la jurisprudence a consacré l'inexistence de manière épisodique, mais néanmoins constante et récente, avec un pic remarquable à la Belle Epoque. Née en droit du mariage, tentée en droit des contrats en même temps qu'elle disparaissait du mariage, elle a finalement fait fortune ailleurs, en droit public (tous les droits publics : administratif français, international public et communautaire institutionnel) et en procédure (toutes les procédures : civile et pénale). Ainsi que l'écrivent élégamment, à dix ans d'intervalle, deux auteurs, précisément en droit administratif et en procédure civile, l'inexistence traverse la jurisprudence “en un filet mince, mais jamais tari”¹⁰.

L'ensemble de ces matières a contribué à forger la notion et le régime de l'inexistence que le droit commun des contrats peine à reconnaître, en raison d'une ouverture suffisante du régime renouvelé des nullités, dans la plupart des cas. La plupart, mais pas tous. D'où l'utilité de la notion d'inexistence que la doctrine qualifie, avec une nuance péjorative, de “fonctionnelle”¹¹ en raison de son application résiduelle et toujours inattendue.

L'inexistence souffre d'imprécision sémantique. Elle est à la fois une cause d'inefficacité du contrat (I), comme il y a des causes de nullité. Elle est aussi la sanction de l'inefficacité du contrat (III), ce “droit de critique” de l'acte juridique mis en lumière par Japiot, comme il y a des nullités, absolues ou relatives¹². La notion est par ailleurs quelquefois utilisée pour désigner le néant inhérent au contrat “mort-né” ou à la disparition rétroactive de l'acte nul¹³, et les conséquences qui en découlent¹⁴ (II). C'est ainsi que peuvent se comprendre les arrêts qui indiquent qu'une “décision annulée doit être tenue pour inexistante”¹⁵.

I. L'inexistence est une source d'inefficacité du contrat

La contestation doctrinale de la notion d'inexistence (A), fondée sur son inutilité, se nourrit principalement des incertitudes liées à la détermination des cas d'inexistence (B). Car pour fonctionner qu'elle soit, la notion est assise sur une solide réalité intellectuelle.

A. La notion d'inexistence¹⁶

C'est en droit du mariage que la notion d'inexistence est née. Suivant les propos rapportés par Planiol et Ripert, le Premier Consul serait intervenu dans la discussion au Conseil d'Etat de l'article 146 du Code civil pour affirmer : *“il ne faut pas mêler ensemble les cas où le mariage n'existe pas, et ceux où il peut être cassé (...). Il n'y a pas de mariage si on a écrit que la femme a dit oui alors qu'elle a dit non ; si la femme ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé”*. MM. Mazeaud, qui citent également la première partie de la phrase, contestent la portée du propos et fondent les premiers commentaires du Code civil explicitant la notion d'inexistence sur un malentendu. Bonaparte aurait seulement voulu opposer le défaut de consentement aux vices du consentement, et non une prétendue inexistence à de réelles nullités¹⁷. La majorité des auteurs classiques est dans ce sens, précisant même que Tronchet et Réal “s'opposèrent” au Premier Consul¹⁸.

A l'époque où la doctrine du 19^{ème} siècle peinait à séparer la nullité absolue de la nullité relative en distinguant plutôt entre les actes nuls et les actes annulables, l'inexistence était quasi-synonyme de nullité absolue. Ainsi s'expliquent les arrêts qui, sur des cas d'inexistence, emploient le terme de nullité absolue, voire “radicalement absolue”.

Au fur et à mesure que la nullité absolue a été dégagée comme notion autonome par opposition à la nullité relative, l'inexistence est apparue comme un troisième degré de nullité vidant peu à peu de son contenu la nullité absolue naissante pour les cas les plus graves et/ou ceux non prévus par le législateur, dans un contexte de rigidité totale de la règle “pas de nullité sans texte” dont le droit du mariage offrait un exemple typique. En 1905, un ouvrage tel que le dictionnaire pratique Dalloz distinguait nettement, au terme d'une énumération en trois points, entre les actes “nuls de plein droit” en raison d'une cause de nullité absolue, les actes “simplement annulables” en raison d'une cause de nullité relative, et les actes inexistant¹⁹. L'inexistence est alors encore à ce point à l'intérieur de la théorie des nullités, envisagée selon la théorie classique, qu'au point de vue pratique, les actes inexistant ne se distinguent guère des actes nuls de plein droit. Il conviendra de vérifier par l'examen du régime juridique l'actualité de cette pétition de principe, mais c'est la conclusion à laquelle parviennent tous les auteurs dès lors que la cause d'inexistence est envisagée comme une cause subjectivement gravissime de nullité.

L'inexistence tribulaire du lien qui l'unissait à la théorie classique des nullités survit encore. La “super-nullité” du 19^{ème} siècle reposait sur une conception anthropomorphique du contrat, quelquefois malade mais guérissable (susceptible de confirmation dans le cas de la nullité relative), quelquefois gravement atteint jusqu'au pronostic vital (en cas de nullité absolue), et quelquefois mort-né (inexistant). Cette manière de penser les nullités a cessé avec le 19^{ème} siècle et notre système repose aujourd'hui, on le sait, sur la finalité de la règle transgressée : s'agit-il d'intérêt général et la nullité sera absolue, s'agit-il d'un intérêt privé et elle sera relative, réservée à la seule partie qu'elle protège, susceptible par elle de confirmation. L'inexistence conçue comme plus grave que la nullité absolue n'a alors en apparence plus de place puisque la théorie des nullités elle-même ne repose plus sur un critère de gravité de la malformation du contrat. Cette analyse, simple, a cependant vocation à se compliquer. Le nouveau critère de la nature de l'intérêt lésé n'est pas applicable à toutes les nullités. De l'aveu même des successeurs de Japiot et de Gaudemet, une théorie générale des nullités serait impossible à construire, non seulement en raison de la quantité de règles de droit positif à envisager, mais également parce que le critère ne peut expliquer, comme clé de lecture unique, la totalité des choix d'un législateur opportunément pragmatique en la matière depuis 1804. Ainsi a-t-on quelquefois encore jugé que l'erreur-obstacle engendre la nullité absolue du contrat²⁰ alors qu'elle ne lèse que les contractants, ce qui la prédisposerait normalement à la nullité relative exercée par chacun d'eux²¹. On observe donc que l'ancien critère, fondé sur la gravité du vice affectant le contrat pour définir la nullité absolue persiste, sous la forme de résurgences²², certes

minoritaires, mais qui suffisent à obscurcir le débat sur l'inexistence. Car lorsque celle-ci réapparaît au sein de la théorie des nullités, elle demeure empreinte du critère de gravité qui fait renaître la critique doctrinale. Même en tenant pour marginales ces causes d'inexistence, il reste que l'inexistence a commencé à perdre ses lettres de noblesse en doctrine à la même époque que le renouvellement de la théorie des nullités. En 1914²³, ses défenseurs lui cherchaient déjà un autre fondement que le troisième degré de nullité, présentant une autre logique, plus factuelle.

Pour autant, les auteurs ne contestent pas la réalité de la notion. Ils se bornent à considérer, en se référant au régime juridique plus qu'aux effets, qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où il n'y a pas d'intérêt à distinguer. En d'autres termes, si cas ou causes d'inexistence il y avait, ils déboucheraient soit sur une nullité absolue, soit sur une nullité relative. Retenons cependant que l'autonomie des causes d'inexistence n'est pas remise en question²⁴. L'acte inexistant n'est pas "plus que nul", il est "autre chose que nul".

B. Les cas d'inexistence

L'héritage du passé, et celui du bon sens, conduisent à distinguer deux catégories d'inexistence qui ont un facteur commun, celui d'un "manque en fait". "Acte dépourvu d'un élément essentiel"²⁵, "acte ne correspondant plus à sa définition", telles sont quelques expressions par lesquelles on réunit couramment les deux hypothèses d'inexistence. Lorsque l'inexistence est juridique, elle résonne encore avec la gravité, alors que cette idée est nécessairement contenue dans la notion d'inexistence matérielle.

L'inexistence matérielle²⁶ (1) s'impose d'elle-même, "par la seule force de la raison"²⁷, et correspond à des hypothèses où le fait objectivement constatable par tous préexiste au droit. L'inexistence juridique (2) correspond quant à elle à des hypothèses où une condition de validité requise *ad validitatem* fait purement et simplement défaut, la gravité objective du vice invalidant l'acte comme s'il s'agissait d'une inexistence matérielle. Plus discutées, et préjudiciables à la délimitation du domaine d'application de l'inexistence, sont les cas d'inexistence juridique fondés sur l'ancienne gravité subjective du vice, qui oblige à une appréciation du "degré d'illégalité".

1. L'inexistence matérielle

Seul admis par Gaudemet comme cas d'inexistence²⁸, le manquement à une exigence matérielle légitime l'idée que la théorie de l'inexistence est irréductible. Toutes choses étant égales par ailleurs, il y aurait entre l'inexistence matérielle et la nullité la même différence qu'entre une infraction non constituée par manque de l'élément matériel ou de l'élément intentionnel, et celle non constituée en raison de la non-conformité des faits ou de la volonté aux exigences de l'élément légal²⁹. C'est sans doute une erreur, au moins stratégique, que de faire référence dans ce cas au contrat mort-né, car l'emprunt à la conception anthropomorphique du contrat rappelle l'époque où l'inexistence se hissait, au sein de la théorie des nullités, à la place la plus haute. Mieux vaut s'en tenir à "la reconnaissance de la nature des choses dans l'ordre juridique"³⁰. On a d'ailleurs soutenu très tôt, dès qu'a été constatée l'impasse que constituait le renouvellement de la théorie des nullités pour l'inexistence fondée sur le critère de gravité du vice, l'idée que l'inexistence était fondée seulement sur le fait, et non sur le droit³¹. L'état de fait, ou plus exactement l'absence de fait, est une évidence contre laquelle l'opinion contraire ne peut rien. Le juriste, légitimement fier de son art, doit savoir cesser de faire du droit pour concevoir, après les mathématiciens, que le zéro lui préexiste. Comment expliquer autrement que l'inexistence soit à ce point vivace et rebelle au droit ? De fait, l'inexistence matérielle n'est discutée ni en droit commun des contrats (b), ni en droit administratif ou en procédure civile (a).

a) L'inexistence matérielle en droit administratif et en procédure civile

Le droit administratif, qui consacre l'inexistence dans le cadre du contentieux de la légalité surtout depuis l'après-guerre, offre des cas typiques d'inexistence matérielle, au sens strict. Par un arrêt du 26 janvier 1951, le Conseil d'Etat a déclaré inexistant un acte administratif dont aucune trace n'avait pu être

retrouvée dans les archives de l'Administration³², un acte en quelque sorte imaginaire. Ont été également jugés comme matériellement inexistantes une décision d'un Conseil municipal portant une date à laquelle ce dernier ne s'était pas réuni³³ ou encore des décisions implicites dont les conditions de formation n'étaient pas réunies³⁴.

En procédure civile, MM. Vincent et Guinchard réservent précisément l'inexistence aux cas d'inexistence matérielle. Est par exemple matériellement inexistant le jugement non rendu par un juge³⁵, ou le jugement verbal, seulement mentionné sur le plumeau, ce que condamne l'étymologie même du mot "minute"³⁶. Mais leur propos concernent principalement les actes de procédures. Ils justifient cette place modeste de l'inexistence par la nécessité "de ne pas donner vie artificiellement à des actes qui ne méritent même pas ce nom, sous prétexte d'enfermer les plaideurs dans un réseau très strict d'obligations, afin d'accélérer la procédure"³⁷.

L'omission d'un acte est l'hypothèse type d'inexistence matérielle. L'admission de ce cas ne pose pas *a priori* de difficulté, à ceci près qu'il faut le déduire de la jurisprudence³⁸. La Cour de cassation se borne en effet en règle générale à indiquer que l'article 114 du Nouveau code de procédure civile (qui concerne les irrégularités de forme) est "sans application" au cas d'espèce. Cette formule ne conduit à un cas d'inexistence, et non à une irrégularité de fond quelquefois retenue, que dans la mesure où il est acquis que la liste des irrégularités de fond de l'article 117 du Nouveau code de procédure civile est par ailleurs limitative.

La Cour de cassation traite aussi par l'inexistence matérielle l'accomplissement d'un acte à la place d'un autre. C'est l'acte inaccompli qui est inexistant. A titre d'exemple, si une partie forme un pourvoi en cassation contre une décision rendue à charge d'appel, le pourvoi sera irrecevable et l'appel inexistant, faute de saisine de la cour d'appel. Ce détournement très théorique fonde l'impossibilité de requalifier le pourvoi en appel.

On a pu assimiler à la catégorie précédente celle des actes accomplis dans une forme autre que celle prévue par les textes. La Cour de cassation est *a priori*, sur ce point, unanime³⁹, qu'il s'agisse de l'appel interjeté par téléphone, de la saisine d'une juridiction par lettre recommandée au lieu d'un acte extra-judiciaire, ou d'une procédure de divorce intentée par déclaration au greffe. La doctrine a d'ailleurs relevé que le contentieux de la validité des actes introductifs d'instance était un domaine d'application privilégié de l'inexistence en procédure civile⁴⁰.

b) L'inexistence matérielle en droit commun des contrats

L'inexistence matérielle n'est pas absente du droit commun des contrats. En droit des personnes, le consentement est un fait juridique. Dans un système de droit qui permet la formation du contrat *solo consensu*, le défaut de consentement confine à l'inexistence matérielle car avant d'être une condition juridique posée à l'article 1108 du Code civil, le consentement est le fait, synonyme de contrat. *L'a contrario* suffit pour s'en convaincre : que pourrait être un article 1108 du Code civil excluant, dans un contexte consensualiste, le consentement des conditions de fond de validité des contrats ? Qu'il s'agisse de la démence, de l'erreur-obstacle, de l'absence de signature du contrat, du défaut d'acceptation, le défaut de consentement peut être retenu comme cas d'inexistence.

S'agissant de l'erreur-obstacle, si la doctrine et la jurisprudence majoritaires s'accordent aujourd'hui sur la nullité relative à la diligence de l'une ou l'autre des parties, on peut relever que certaines juridictions du fond étaient attachées à la nullité absolue⁴¹, voire à la nullité tout court⁴². Un arrêt du 18 juillet 1967 de la Cour de cassation⁴³ a par ailleurs approuvé une cour d'appel d'avoir prononcé expressément l'inexistence d'une transaction dans une hypothèse d'erreur-obstacle. Ces variantes, qui ne sont pas des divergences *strictissimo sensu*, s'expliquent par l'évidence de la cause d'inefficacité du contrat et traduisent l'influence de la notion de gravité sur la sanction. Il en est de même du défaut d'acceptation de l'offre de contrat, où la nullité absolue semble dominer⁴⁴. On peut également rapprocher

de ces solutions l'arrêt de la Première chambre civile du 10 juin 1986 aux termes duquel, l'acte juridique révélant une intention de donner qui n'avait pas été acceptée, il ne pouvait y avoir prescription de l'action en nullité d'un acte auquel faisait défaut l'un de ses éléments essentiels. Cette décision a été remarquée par la doctrine comme l'une des applications les plus pertinentes de la notion d'inexistence dans la période récente⁴⁵.

A ces hypothèses lourdes, mais dont la jurisprudence offre des exemples, doivent être ajoutées celles du défaut de pouvoirs et du défaut de droits. Le professeur Veaux relève que si en pareil cas, la jurisprudence fait appel à la gestion d'affaires ou à la théorie du mandat apparent pour protéger les tiers de bonne foi, il reste que lorsque les conditions de ces règles ne sont pas réunies (utilité de l'acte, erreur légitime), la Cour de cassation a pu préférer l'inopposabilité de l'acte consécutive à l'inexistence⁴⁶ à sa nullité relative⁴⁷. Dans une affaire venue deux fois devant elle, la Cour a trouvé l'occasion d'être plus explicite. Une mère, ex-tutrice de sa fille, avait vendu des parts indivises que celle-ci détenait dans un immeuble issu de la succession du père, après émancipation de la mineure. Si l'arrêt d'Assemblée plénière du 28 mai 1982 n'évoque qu'une action en inopposabilité soustraite à l'article 1304 du Code civil, le premier arrêt de cassation, rendu le 23 novembre 1976 par la Première chambre civile, avait levé le "voile pudique"⁴⁸ en faisant état d'une action tendant à faire déclarer la vente "inexistante ou inopposable". Cette décision a été critiquée⁴⁹ au motif que les dépassements de pouvoirs et l'incapacité elle-même sont sanctionnés par la nullité relative, ce qui introduirait une casuistique regrettable, génératrice de contentieux. On peut cependant objecter que le défaut de pouvoirs ou de droits se constate, seule la gravité d'un dépassement de pouvoirs donnant lieu à appréciation.

Si le défaut de capacité n'est pas appréhendé en tant que tel par l'inexistence, c'est qu'il éclate en plusieurs causes d'inexistence. Le défaut de pouvoirs ou de droits et la démence correspondent, on l'a vu, à l'inexistence du consentement, sans en être les seules hypothèses : un arrêt du 6 novembre 1895⁵⁰ a constaté l'inexistence d'un contrat de mariage passé en l'absence de la future épouse, représentée par son père. A ces cas doit être ajouté celui du défaut de capacité consécutif au défaut de personnalité juridique. Le contentieux concerne à l'évidence, depuis l'abolition de la mort civile, les personnes morales. Dans cette hypothèse cependant, où une personne morale inexistante ne peut que conclure un contrat inexistant⁵¹, le problème de capacité renvoie encore à un défaut de consentement. Pour le reste, les incapacités, qu'elles soient de jouissance ou d'exercice, correspondent à un réel consentement, mais non conforme aux exigences du droit, suspect dans le premier cas, et insuffisamment mûri dans le second. C'est là, par opposition à l'inexistence, la définition de la cause de nullité. Seul peut être réservé le cas du mineur non encore doté de discernement⁵² qui peut être assimilé à un défaut de consentement aussi radical que celui résultant de l'abolition de la volonté du majeur aliéné.

Les développements sur les cas d'inexistence relatifs au défaut de consentement seraient incomplets sans une place particulière réservée au défaut d'*affectio societatis* dans la formation du contrat de société. L'arrêt de la Troisième chambre civile du 22 juin 1976⁵³ avait retenu qu'une société n'avait "jamais eu d'existence" dans une espèce où, le fictif par interposition de personnes le disputant au frauduleux, les intermédiaires avaient reconnu ne pas avoir eu à l'origine l'*affectio societatis* nécessaire à la constitution de la société. La notion d'*affectio societatis*, dont on a pu dire qu'elle était plus souvent utilisée que précisément définie, revêt souvent, dans le contentieux de la formation de la société, le visage du consentement au contrat de société. En d'autres termes, ainsi que l'exprime M. Diener, "une jurisprudence pragmatique confirme l'irréductibilité de l'*affectio societatis* et les liens qui l'unissent au consentement"⁵⁴. En se référant à l'idée que l'existence d'un *affectio societatis*, notion complexe dans son contenu, "est de l'essence de toutes les sociétés"⁵⁵, on peut retenir que le défaut d'*affectio societatis* est un cas d'inexistence de la société, et non simplement un cas de nullité pour violation de l'article 1832 du Code civil. La Chambre commerciale a pu retenir l'inexistence en cas de défaut d'apports en estimant que la société n'avait "jamais existé"⁵⁶ car il est possible de considérer le défaut d'apports comme un symptôme du défaut d'*affectio societatis*. Mais la jurisprudence actuelle relative aux sociétés fictives est fixée en sens inverse : par un attendu aussi concis qu'explicite, la Chambre commerciale a jugé, dans un arrêt du 16 juin 1992, "qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante"⁵⁷. Cette décision

traduit l'idée que l'analogie entre le consentement et l'*affectio societatis* trouve sa limite dans l'acquisition ultérieure de la personnalité morale par la société. Si toute société est à l'origine une convention, un contrat n'aura jamais la personnalité juridique. La société fictive a fonctionné, elle a eu des statuts, en fonction desquels d'ailleurs sa liquidation peut être envisagée, sa personnalité morale subsistant pour les besoins de ladite liquidation. Pour ces raisons, et d'autres sans doute, la jurisprudence la plus récente considère qu'une telle société a existé en dépit du défaut de consentement viciant son acte de naissance contractuel.

Il y a alors peut-être un intérêt à rattacher le défaut d'*affectio societatis*, non au consentement, mais à la notion de cause⁵⁸. On doit alors quitter le domaine des inexistentes matérielles, mais un indice invite à le faire. Nous sommes en effet dans une matière où l'inexistence concurrence la nullité. Le législateur pouvait en effet être difficilement plus clair que dans l'article 1844-10 du Code civil pour exclure du droit commun des sociétés toute velléité de nullité virtuelle. D'ailleurs, en cette matière, tant le droit interne que le droit communautaire limitent à la fois les causes de nullité, la mise en oeuvre de l'action en justice et les effets de la nullité prononcée. Nous entrons alors dans le domaine des inexistentes juridiques.

2. L'inexistence juridique

Il semble possible de distinguer, entre les inexistentes juridiques, celles qui peuvent être isolées des causes de nullités (a) de celles qui, et c'est précisément leur raison d'être, viennent en concurrence avec les causes de nullité, sans en suivre le régime procédural (b).

a) L'inexistence juridique détachée des nullités

La gravité qui justifie le recours marginal à l'inexistence au-delà de la nullité est ici objective. Le "degré de gravité", en ce qu'il est subjectif, a peu de place⁵⁹. On peinerait, en mariant gravité du vice et jugement de valeur subjectif, à soutenir que l'erreur-obstacle, qui procède d'un simple malentendu, est plus grave que la violence physique ou le dol grossier dont les auteurs répondent, après nullité relative, dans les termes de l'article 1382 du Code civil. L'élément de fait ne préexiste pas ici au droit et n'occupe que la place de la mineure du syllogisme, mais il n'en est pas moins aussi radicalement invalidant, lorsqu'il fait défaut, qu'une inexistence matérielle. Même dans une matière aussi formaliste que la saisie immobilière dans laquelle l'enchère portée sans ministère d'avocat pouvait être considérée comme le type même de la nullité pour violation d'une condition légale de forme, la Cour de cassation a opportunément précisé, pour justifier qu'une telle enchère était inexistante, et pas seulement nulle, que "l'assistance d'un officier ministériel était de l'essence même de l'enchère".

Qu'en est-il en droit des contrats ? De jurisprudence constante, quelquefois qualifiée "d'inébranlable"⁶⁰, la vente conclue sans prix ou dont le prix stipulé est dérisoire, est inexistante par application de l'article 1591 du Code civil. Il faut sans doute comprendre, pour lier cette jurisprudence au défaut d'objet, que, dans la vente, la chose et le prix sont un ensemble indissociable qui forme l'objet de la convention. Si la jurisprudence fait référence à la nullité, absolue en raison de la résurgence du critère subjectif de gravité, mais qui devrait être relative selon certains auteurs⁶¹, elle évoque un acte "dépourvu d'existence légale"⁶², expression qui correspond à l'idée d'inexistence juridique. Le fait n'est de toute façon jamais loin, d'abord parce que la qualification de vil prix relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁶³, ensuite parce qu'un prix indéterminable fait naître un obstacle matériel insurmontable⁶⁴ à l'exécution du contrat, et enfin parce que le défaut de consentement apparaît en filigrane⁶⁵.

L'existence même d'une doctrine classique anti-causaliste suffit à invalider la cause comme cas d'inexistence matérielle ; la cause est l'archétype de la condition juridique. Le défaut de cause peut-il alors être un cas d'inexistence juridique⁶⁶ ? La doctrine admet sans grande difficulté que tel n'est pas le cas pour ce qu'il est convenu d'appeler la *causa remota*, ce motif impulsif et déterminant dont la jurisprudence

contrôle la conformité à l'ordre public pour assurer la police de la licéité et de la moralité des contrats. Un contrat illicite ou immoral existe⁶⁷, il rencontre seulement un obstacle fortuit, l'article 6 du Code civil, qui le rend annulable.

Quid de la *causa proxima*, celle qui peut faire défaut ou être "fausse" au sens de l'article 1131 du Code civil ? La cause immédiate se ramène le plus souvent à la contre-prestation dans les contrats synallagmatiques. Si une telle contre-prestation fait défaut depuis l'origine, on peut soutenir être dans un cas d'inexistence juridique⁶⁸.

Ce schéma de raisonnement peut expliquer qu'une partie de la doctrine rattache la notion de clause réputée non écrite, qui déborde désormais des frontières du droit de la consommation, à celle de clause inexistante. La clause réputée non écrite laisse survivre par principe le contrat, sauf impossibilité matérielle ou clause stipulée "de rigueur", tandis que la clause nulle emporte par principe nullité du contrat sur le fondement de la cause qui cimente les différentes obligations⁶⁹. L'inexistence fait ici office de fondement au caractère "non écrit" d'une clause invalidée pour expliquer des effets moins rigoureux que ceux de la nullité, qui s'accordent avec l'objectif de pérennisation du lien contractuel. Cette application particulière de la notion d'inexistence ne justifie pas ici plus de développements, ne fût-ce que parce qu'en règle générale l'inexistence produit des effets aussi ou plus rigoureux que la nullité, et non moindres. Le premier arrêt Chronopost⁷⁰, qui intervient en dehors du droit de la consommation, s'est d'ailleurs borné à réputer non écrite sur le fondement de l'article 1131 du Code civil la clause contredisant la portée d'une obligation "essentielle" du contrat. Mais il y a lieu de retenir que l'idée de fonder la clause réputée non écrite sur l'inexistence a gagné ses lettres de noblesse en doctrine⁷¹ et en jurisprudence⁷².

La question de savoir si le défaut d'accomplissement d'une condition de forme, lorsque celle-ci est requise *ad validitatem*, est un cas d'inexistence pose problème⁷³. Alors que le défaut de certaines conditions de fond rendent l'acte informe par rapport à sa définition intrinsèque, le respect du formalisme, même solennel, apparaît très dépendant du droit positif. En d'autres termes, tout contrat solennel est un contrat consensuel qui s'ignore. On pourrait alors soutenir que, dès lors que toutes les conditions de fond de validité des actes juridiques ne sont pas des cas d'inexistence, *a fortiori* les conditions de forme, qui existent toutes par la volonté du législateur, ne le seront-elles jamais. Planiol citait l'exemple du mariage, longtemps consensuel. A quoi on peut ajouter de nombreux exemples de contrats solennels quelquefois traités comme consensuels (la donation)⁷⁴, de contrats consensuels qu'il était question de solenniser (le cautionnement), ou de contrats réels devenus consensuels (le prêt)⁷⁵. Ces variations, d'ordre juridique, suffisent à exclure la condition de forme des cas d'inexistence fondée sur le fait. Par ailleurs, il a été proposé de distinguer entre le formalisme arbitraire et le formalisme relevant de la nature de l'acte⁷⁶. On a pu également isoler le cas particulier des autorisations administratives pour y voir des cas d'inexistence⁷⁷. Il semble donc que l'idée d'exclure totalement le formalisme de l'inexistence juridique ne soit pas mûre, ne fût-ce qu'à cause du mariage, qui apparaît être intrinsèquement un consentement constaté.

Il semble cependant que derrière bon nombre d'hypothèses d'inexistence reconnues par la jurisprudence s'agissant du défaut d'une condition de forme, soient en réalité en cause des conditions de fond. L'arrêt de la Chambre de requêtes de la Cour de cassation du 5 mai 1879 en atteste. L'inexistence d'une donation faite à une congrégation religieuse non autorisée tient à un problème de capacité-consentement et à l'inexistence de la personne morale elle-même, le défaut d'autorisation conditionnant l'existence de la personnalité juridique. Il convient de se rappeler en effet qu'à la fin du 19^{ème} siècle, la théorie de la fiction des personnes morales domine. Ce contexte, primordial pour dater la solution, apparaît clairement dans le commentaire de l'arrêt : "*la personne civile est un être fictif, qui n'existe pas, qui n'a pas de capacité par lui-même. C'est le législateur qui le crée, qui lui donne l'existence, la capacité*"⁷⁸.

b) L'inexistence juridique concurrente des nullités

S'agissant, pour l'inexistence juridique, de causes d'inefficacité du contrat liées à une condition posée par le législateur pour la validité de l'acte, on a pu dire que la distinction avec les causes de nullité ne relevait finalement que du degré de gravité. On en a majoritairement conclu qu'il n'y avait pas d'intérêt à distinguer, quelquefois de manière byzantine de surcroît, entre des notions voisines dès lors que le régime juridique applicable était celui de la nullité, en tenant pour acquise une conception souple de la règle "pas de nullité sans texte", tolérant les nullités virtuelles.

Indépendamment du fait que cette opinion fait bon marché de quelques règles particulières⁷⁹, elle confond le silence du législateur quant à la cause d'invalidité d'un acte et celui relatif à la sanction de cette invalidité par la nullité. C'est une chose de dire que le législateur a sous-entendu la nullité comme sanction d'une condition de validité expressément visée par les textes (nullité virtuelle, au sens strict), c'en est une autre que de devoir affirmer, dans le silence de la loi, la condition de validité lorsqu'elle est elle-même sous-entendue, pour ensuite décider "virtuellement" que la nullité la sanctionne. A trop de virtualité, le principe de légalité s'y perd.

Dans ce dernier cas, l'application de la notion de nullité virtuelle est discutable, même à la supposer admise dans la matière considérée. C'est sans doute la raison pour laquelle l'inexistence est née historiquement en droit du mariage. En 1903, alors même que doctrine et jurisprudence s'interdisaient le recours à la nullité virtuelle, la Cour de cassation devait ainsi recourir à l'idée d'inexistence pour affirmer que "l'existence" du mariage était subordonnée à la condition que les futurs époux soient de sexe différent, en précisant "qu'en droit" un tel mariage ne pouvait être "légalement" contracté⁸⁰. Certains auteurs intègrent cet élément dans leur définition de l'inexistence⁸¹. On retenait alors deux cas d'inexistence du mariage : l'identité de sexe et le défaut total de célébration⁸².

En 2004, le tribunal de grande instance de Bordeaux⁸³ pourra en revanche tenir pour acquis, sur le fondement des articles 144 et 184 du Code civil, que l'identité de sexe est une cause de nullité du mariage car dans l'intervalle, la loi du 19 février 1933 a converti les principaux cas d'inexistence juridique du mariage en causes de nullité absolue. Il n'aura alors plus qu'à procéder à l'exégèse des conditions implicites de l'article 144 du Code civil. Cette conception de l'inexistence explique en effet le mouvement, calqué sur celui bien connu des vases communicants, entre les causes d'inexistence et les causes de nullité absolue, y compris pour le défaut de consentement, qui résulte pourtant de la formule énergique de l'article 146 du Code civil originaire, aux termes de laquelle "il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement". On n'est cependant pas fondé à affirmer que le législateur du 20ème siècle a "tranché" en faveur de la nullité, car en conservant l'idée d'un mariage inexistant pour défaut de célébration devant une autorité légale en France, condition ainsi formulée par le Doyen Carbonnier⁸⁴, la doctrine pourrait conclure que l'inexistence du mariage redevient une idée neuve⁸⁵.

Les droits publics (administratif, international public, communautaire institutionnel), fournissent de nombreux exemples d'inexistence juridique, concurrents de nullités bridées par le législateur (1°), de même que les droits procéduraux (procédure civile et procédure pénale) (2°).

1°) L'inexistence juridique dans les droits publics

Le droit international public est peu concerné par la notion d'inexistence⁸⁶. On peut admettre sans grande difficulté que l'inexistence de la condamnation à mort prononcée par une bande de terroristes, ou celle de la délivrance de passeports à ses anciens ressortissants par le Monténégro après son annexion à l'Autriche, peuvent rejoindre le droit divin au magasin des accessoires politiques du droit⁸⁷. De manière générale, l'inexistence est rare en droit international public en raison du caractère exceptionnel des mécanismes propres à la constatation des nullités⁸⁸, même dans la Convention de Vienne relative au droit des traités. On peut cependant relever qu'un arrêt de la Cour internationale de justice explicite la notion, sans toutefois la retenir au cas d'espèce⁸⁹.

Si l'on retient que, dans l'ordre juridique communautaire, les relations extérieures de l'Union européenne se rattachent au droit international public classique, il ne reste à envisager en cette matière que le contentieux des actes unilatéraux édictés par les autorités communautaires⁹⁰, matière assez largement calquée sur le contentieux de la légalité du droit administratif français⁹¹. C'est dans le cadre d'un pourvoi formé contre un arrêt du Tribunal de première instance que la CJCE a consacré, de manière sensationnelle, l'inexistence d'une décision de la Commission. L'inexistence y est présentée comme une exception à la présomption de légalité dont jouissent les actes communautaires jusqu'à leur éventuelle annulation. Doit cependant, selon la CJCE, être "regardé comme juridiquement inexistant", c'est-à-dire comme "réputé n'avoir produit aucun effet juridique", l'acte "entaché d'une irrégularité dont la gravité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique communautaire"⁹². Le TPI, quant à lui, évoque des vices "particulièrement graves et évidents"⁹³. Cette formulation était celle de l'arrêt précurseur de la CJCE du 26 février 1987⁹⁴. Malgré un louable effort de définition et de cantonnement, il reste que la condition de l'inexistence demeure celle d'un "certain degré de gravité". Pour autant, le contrôle n'est pas purement formel ; la CJCE a su juger qu'un acte qui émane d'une autorité compétente, pris dans le respect des conditions de forme et de procédure prévues par les traités communautaires, ne peut être qualifié d'inexistant⁹⁵. La période récente démontre une égale vigilance du juge en même temps que la persistance d'une jurisprudence sur l'inexistence des actes communautaires⁹⁶.

Contrairement encore au droit des contrats, qui permet de ne retenir que le défaut total d'une condition de validité de l'acte, le droit administratif recourt également à la notion d'inexistence à partir d'un certain seuil de gravité au-delà duquel l'illégalité devient insupportable à l'ordonnement juridique. Les cas d'inexistence juridique en droit administratif peuvent être regroupés par catégories. Aux décisions émanant d'organismes "dépourvus d'existence légale"⁹⁷, on peut assimiler celles dont l'auteur est dépourvu de tout pouvoir de décision⁹⁸, et ajouter celles qui sont "manifestement insusceptibles de se rattacher à un pouvoir de l'Administration"⁹⁹, catégorie qui présente la particularité de laisser subsister derrière elle des voies de fait¹⁰⁰. Cette classification, qui est celle du professeur Chapus, est par ailleurs dépendante de l'importance accordée aux cas d'inexistence recensés. De ce fait, les différentes classifications proposées ne se recoupent pas forcément. Celle de M. Braibant¹⁰¹ fait ainsi une place particulière, au-delà de la voie de fait, aux nominations pour ordre, qui investissent une personne d'une fonction publique uniquement en vue de la faire bénéficier des avantages qui y sont liés, et aux empiètements graves de l'Administration sur les pouvoirs juridictionnels. Il faut dire que cette dernière hypothèse correspond à un "grand arrêt" du droit administratif, l'arrêt Rosan-Girard¹⁰², qui mettait en scène un arrêté préfectoral ayant déclaré inexistant des élections municipales en Guadeloupe. Seul le tribunal administratif étant compétent pour ce faire, l'arrêté préfectoral en cause ne pouvait, étant donné sa propre inexistence, faire échec à la proclamation des résultats du scrutin. On voit ici la difficulté irréductible d'objectiver la notion de degré d'illégalité car, dans le même temps, l'incompétence demeure par principe en droit administratif un cas de nullité, et non d'inexistence. Selon le Professeur Boulouis, l'inexistence sera réservée à l'incompétence "manifeste, radicale, absolue"¹⁰³, ces cas, qu'il faut bien appeler des usurpations de pouvoirs, étant, à l'origine, les seuls cas d'inexistence "historiques"¹⁰⁴.

2°) L'inexistence juridique dans les droits procéduraux

En procédure civile¹⁰⁵ la distinction entre les vices de fond, les vices de forme et les fins de non-recevoir suscite, chez le non-processualiste, la plus grande perplexité. A quoi il faut se résoudre à ajouter l'inexistence, conçue là encore comme un moyen de contourner le régime restrictif des nullités. Ces incertitudes sont le reflet de l'autonomie des cas d'inexistence. Même si la jurisprudence n'emploie pas le terme, c'est souvent en conscience de la gravité de l'irrégularité commise qu'elle use du régime de sanction le plus rigoureux, celui des vices de fond ou celui des fins de non-recevoir¹⁰⁶.

La tolérance du Nouveau code de procédure civile à l'égard d'une technique, d'ailleurs plus *extra legem* que *contra legem*, est une question préalable. La cour d'appel de Toulouse a pu juger que "l'inexistence d'un acte d'huissier ou d'un acte de procédure est une notion étrangère au Nouveau code de procédure civile"¹⁰⁷. De vieilles inexis­tences pour irrégularité de forme, rentrées dans le giron des

nullités, peuvent militer en faveur de cette interprétation. Ainsi, l'acte d'huissier non revêtu de la signature de l'officier ministériel a-t-il pu être qualifié d'inexistant par la Cour de cassation sous l'empire de l'ancien code de procédure civile¹⁰⁸, avant que la Deuxième chambre civile n'en revienne à la nullité, postérieurement à la promulgation du Nouveau code de procédure civile, et de son article 648, parfaitement explicite sur la sanction¹⁰⁹. Pourtant l'inexistence s'est maintenue au-delà de 1972.

On peut estimer, dans une logique de totale concurrence avec le droit des nullités de procédure, que c'est précisément la généralisation de restrictions à la nullité par le Nouveau code de procédure civile, qui a suscité un regain de ferveur pour l'inexistence, invocable en tout état de cause, sans texte, d'office, sans régularisation possible et sans exigence d'un grief. Autant dire que l'inexistence échappe au régime des nullités. Le mélange de ces conditions, dont certaines rappellent le régime des irrégularités de fond et d'autres celui des irrégularités de forme, montre que l'inexistence concernera aussi bien les unes que les autres.

S'agissant des irrégularités de fond¹¹⁰, l'opinion d'une place de l'inexistence est dépendante du caractère limitatif de l'article 117 du Nouveau code de procédure civile. Dès lors que la jurisprudence est en ce sens¹¹¹, on peut admettre que des cas très graves d'irrégularités de fond non prévus par ce texte, hors omission matérielle d'un acte, constituent des cas d'inexistence juridique.

S'agissant des irrégularités de forme, l'inexistence juridique, même fondée sur la gravité subjective, est irréductible car elle épouse les incertitudes de la notion de formalité substantielle. Le professeur Perrot y était cependant très hostile, dès les années 1960¹¹². S'agissant de l'omission d'une mention à ce point essentielle qu'elle équivaldrait au défaut d'acte lui-même, la qualification d'inexistence matérielle, sur la base d'une telle extension est très discutable. L'omission d'une mention obligatoire, exigée par un texte ou par la nature juridique de l'acte, paraît bien être un cas d'inexistence purement juridique. Comme l'inexistence juridique emporte une incertitude quant à son domaine d'application qu'ignore l'inexistence matérielle, la jurisprudence restreint le recours à l'inexistence au profit des nullités de fond ou de forme, même si c'est "au-delà d'une certaine gravité dans les irrégularités" qu'on peut "atteindre un degré d'inefficacité totale et absolue d'un acte de procédure"¹¹³.

Au-delà du contentieux de la validité des actes de procédure, en particulier des actes introductifs d'instance, le second domaine d'application important de l'inexistence en procédure civile est celui du contentieux de la validité des jugements¹¹⁴. Là encore, la concurrence avec le droit des nullités est palpable, la règle de principe étant que "voies de nullité n'ont lieu contre les jugements"¹¹⁵.

La procédure pénale est également concernée par l'inexistence juridique quoique s'incarnant dans un unique arrêt¹¹⁶. Il est inutile de rappeler quelles sont, en matière pénale, les contraintes, toutes dictées par l'omniprésence du principe de la légalité. Était en cause devant la Chambre d'accusation une ordonnance de renouvellement de détention provisoire prise hors délai, mais également contestée hors délai. L'intérêt de cette décision, qui permet la mise en liberté de l'inculpé au motif que le titre de détention est inexistant, ne réside pas tant dans le revirement de jurisprudence qu'elle constitue¹¹⁷ que dans l'analyse des conditions du recours à la notion.

A dix ans d'intervalle, deux auteurs s'accordent sur l'idée que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a entendu cumuler deux conditions : un acte manifestement illégal et une saisine régulière de la juridiction, cette dernière condition permettant à la cour d'appel d'évoquer, et de déclarer inexistante une ordonnance non attaquée, au-delà des effets normaux de l'effet dévolutif de l'appel.

Ces auteurs fondent la décision sur le critère de gravité du vice juridique par référence aux critères du droit administratif, même si, lorsqu'on s'écarte des hypothèses d'un défaut total d'une condition de validité de fond ou de forme, le problème de savoir à partir de quand on est "manifestement en dehors de la légalité" reste entier. Mais c'est surtout l'analyse de la décision comme le recours à la notion d'inexistence, "technique exceptionnelle de secours"¹¹⁸, qui permet de mettre l'accent sur la concurrence

entre l'action en inexistance et l'action en nullité rendue impossible par les conditions légales posées à son exercice.

Une fois reconnue la finalité de la notion, il reste à articuler le caractère éminemment flou de la condition de fond de recours à l'inexistence avec le principe de la légalité. Il a été proposé d'élargir la solution, mais ce faisant également de la cantonner, aux cas dans lesquels est en cause la liberté individuelle. La période postérieure à l'arrêt du 4 janvier 1983 n'a pas, à notre connaissance, démontré un succès particulier de l'inexistence en procédure pénale, même dans ce seul domaine de la liberté individuelle, qui pouvait pourtant se prévaloir de l'article 66 de la Constitution faisant de l'autorité judiciaire la gardienne de ce principe.

En revanche, le vice de perpétuité, pour gravissime qu'il soit puisqu'il atteint également à la liberté individuelle, reste une cause de nullité absolue du contrat¹¹⁹. Preuve en est d'ailleurs qu'il existe même une alternative à ladite nullité, qui prend la forme d'une possible réduction.

II. L'inexistence est un effet de l'inefficacité du contrat

C'est le propre d'une notion "fonctionnelle" que de voir ses effets mieux appréhendés que ses conditions de mise en oeuvre. Tel est le cas de l'inexistence en droit administratif¹²⁰. En droit privé, MM. Hébraud et Raynaud, expriment nettement, dans le commentaire qu'ils font d'une ordonnance de référé du tribunal civil de la Seine du 19 juin 1957, que l'intérêt pratique de l'inexistence se situe non pas au stade de la notion, laquelle peut facilement faire l'objet d'appropriation par le législateur et se confondre avec des causes de nullité, mais au stade des effets. D'une réalité intellectuelle, l'inexistence devient une réalité "pratique incontestable"¹²¹. La justification de l'autonomie de la notion d'inexistence tient alors à la manière dont s'opère l'inefficacité de l'acte juridique au plan pratique.

La question de la rétroactivité de la disparition de l'acte est centrale pour distinguer les effets de la nullité et ceux de l'inexistence. La nullité rétroagit au jour de la formation de l'acte, réputé n'avoir jamais existé, alors que cette fiction juridique fait défaut à l'inexistence dans laquelle on constate le néant originel. Contrairement à la fiction, cette "technique juridique permettant de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité"¹²², l'inexistence est une situation de fait permettant de considérer comme inexistante une situation juridique, conformément à la réalité. Loin de permettre "de déduire des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de la simple constatation des faits"¹²³, elle permet de tirer des conséquences de fait différentes de celles qui résultent de l'analyse juridique. Loin d'être, selon le Professeur Cornu, un "artifice de technique juridique, un "mensonge de la loi", consistant à "faire comme si", à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit"¹²⁴, elle est une vérité des faits qui emporte destruction des effets de droit. La définition de la fiction donnée par le Professeur Cabrillac à propos de la rétroactivité de la nullité¹²⁵, intègre cet élément : "technique législative qui consiste à déformer la réalité pour lui faire produire des effets juridiques considérés comme souhaitables et que la stricte analyse de la situation n'aurait pas permis d'appliquer"¹²⁶. L'inexistence réapparaît lorsqu'il est souhaitable que la réalité prime à nouveau la fiction juridique.

Cette différence n'emporte pas nécessairement comme conséquence qu'un acte inexistant n'a pu donner naissance à aucune apparence, notamment dans les cas d'inexistence juridique. Mais c'est le principe même de la rétroactivité qui distingue au plan des effets nullité et inexistance alors qu'il n'y a entre la nullité et la résolution, toujours au plan des effets, qu'une différence de degré : la rétroactivité de la disparition de l'acte juridique résolu remonte sans doute, au plus, à la faute contractuelle¹²⁷.

La différence entre l'inexistence consécutive à la nullité et celle consécutive à un cas d'inexistence, réside dans les possibles limites que le législateur peut apporter aux effets dévastateurs du rétablissement du néant. Limitant le jeu de la maxime "*quod nullum est nullum producit effectum*"¹²⁸, la loi admet des tempéraments tels que la confirmation tacite, la régularisation des nullités de sociétés, l'exigence d'un grief en procédure civile, le mariage putatif, exemples parmi d'autres qui montrent que

le législateur du principe est aussi le législateur de l'exception. Ces tempéraments sont en effet possibles parce que la disparition rétroactive dans la nullité est elle-même une fiction juridique, c'est-à-dire une règle de droit. Rien de tel en matière d'inexistence. Le législateur ne peut s'approprier les cas d'inexistence parce qu'il ne peut pas poser la règle inverse, exclure notamment un cas d'inexistence matérielle pour réputer un acte valable. La rétroactivité ne peut se concevoir, en fait et en dépit du droit, pour un acte mort-né. Par voie de conséquence, aucune limitation des effets de l'inexistence ne peut entrer dans la sphère d'influence du législateur ou du juge.

Le principe, s'agissant des effets de l'inexistence, est en effet celui du rétablissement d'un néant plus radical encore que celui de la disparition rétroactive engendrée par la nullité en ce qu'il affecte également toutes les suites, conséquences ou accessoires de l'acte en cause (A). Cette conséquence, que des auteurs n'hésitent pas à dénommer "effet dévastateur", ne peut être éludée. Lorsqu'elle ne peut être assumée, la Cour de cassation, en se référant à l'identité de certaines causes d'inexistence et de nullité, limite, voire refuse (B) l'effet dévastateur de l'inexistence en ne recourant pas à la notion. Cette attitude ne peut se comprendre que si, en laissant de côté la critique articulée sur la vision classique de la force obligatoire, on admet que la Cour de cassation ne déduit pas du nécessaire respect de l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil qu'elle est un simple exécutant du contrat. Il entre en effet dans l'office du juge de choisir, sous la seule réserve du principe dispositif, la sanction la mieux adaptée, à charge pour lui d'en respecter le régime juridique, pour peu que celui-ci soit clairement défini. Et lorsqu'on évoque les notions d'inopposabilité, de caducité, de nullité et d'inexistence, ce ne sont pas *a priori* la précision sémantique et la sécurité juridique qui viennent à l'esprit.

A. L'effet dévastateur recherché

Corollaire du recours aux cas d'inexistence conçus comme moyen de rendre inefficace un acte lorsque le législateur l'a interdit, le rétablissement des effets normaux de la nullité est un effet de l'inexistence dans les cas où le législateur a pu en réduire la portée (1). Mais l'effet dévastateur de l'inexistence se distingue surtout de la nullité par les inefficacités consécutives qu'il engendre (2).

1. Le rétablissement des effets normaux de la nullité

Un ingrédient supplémentaire est nécessaire pour faire naître la recette de l'inexistence dans l'esprit du juge : le sentiment d'insuffisance du régime des nullités dans le contentieux considéré, lorsque le législateur a restreint, non pas tant les conditions d'exercice de l'action en nullité comme nous l'avons vu pour les cas d'inexistence, mais les effets de la nullité prononcée. Le droit des sociétés permet de poser directement la question de savoir si l'inexistence est conçue comme une technique juridique subsidiaire ou si elle vient directement concurrencer le régime des effets de la nullité, surtout lorsque le législateur a voulu celui-ci particulièrement restrictif. Le droit des procédures collectives offrait déjà l'exemple de voies de recours prétorienne, l'appel-nullité en particulier, qui permettent dans les cas extrêmes (excès de pouvoir ou violation d'un principe fondamental de procédure) de desserrer l'étau des interdictions de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 codifiée. Ce problème se retrouve dans l'article 11 de la directive du 9 mars 1968¹²⁹ qui dispose, à propos des sociétés commerciales de capitaux, "*qu'en dehors des cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité*". La référence à l'inexistence est assurément inopportune puisqu'elle est, par nature, hors de portée du législateur¹³⁰. Mais que penser, abstraction faite du droit interne plus large en l'occurrence que le droit communautaire, d'un texte qui ne prévoit comme cause de nullité de la société ni l'absence d'apports, ni surtout le défaut d'*affectio societatis* ? Le professeur Le Cannu envisage, sans nécessairement la retenir, l'idée, cantonnée au cas de fraude, d'un recours à l'inexistence pour assurer, dans ces cas, "la salubrité de l'ordre juridique".

L'arrêt du 30 décembre 1902¹³¹ relatif à l'inexistence de l'enchère portée sans ministère d'avocat dans une procédure de saisie immobilière peut être ici à nouveau sollicité. Dire (c'est la teneur de l'article 705 du Code de procédure civile ancien) que l'enchère nulle couvre néanmoins l'enchère précédente, c'est

réduire les effets de la nullité à l'enchère considérée et exclure la seule hypothèse que l'adjudicataire soit l'auteur de celle-ci. L'enchérisseur suivant, s'il y en a un, peut être déclaré adjudicataire de l'immeuble. L'inexistence balaie ces restrictions : l'enchère inexistante ne couvre pas l'enchère précédente et elle ne peut pas servir de support pour permettre une enchère subséquente. L'adjudicataire est alors nécessairement l'enchérisseur précédent l'enchère inexistante, pour cette seule raison qu'il n'y en a pas eu d'autres.

2. Les inefficacités consécutives à l'inexistence

Une telle rigueur des effets de l'inexistence initiale suscite difficulté. On rencontre en effet l'idée que l'inexistence initiale engendre des nullités consécutives et non des inexistentes. La jurisprudence administrative, en réputant traditionnellement "nuls et nonavenus" ou "nuls et de nul effet" les actes administratifs inexistants, ne fait pas une application stricte de l'inexistence consécutive. La distinction avec la nullité tient à ce que l'acte administratif inexistant n'a produit aucun effet même provisoire. La doctrine en déduit que l'acte administratif inexistant ne peut servir de fondement à une construction juridique subséquente. La jurisprudence est quelquefois en ce sens que l'acte pris en exécution d'un acte inexistant n'est pas lui-même inexistant mais nul. Mais elle connaît aussi des inexistentes consécutives à des nullités¹³²...

Le juge administratif considère également que l'acte inexistant ne bénéficie pas, *a priori*, du privilège du préalable en ce sens que les particuliers pourraient s'y opposer avant tout jugement. La règle selon laquelle l'action en inexistence serait imprescriptible aurait par ailleurs pour corollaire la possibilité de retrait de l'acte administratif individuel sans condition de délai (et sans dérogation à la théorie des droits acquis puisqu'un tel acte administratif n'a pu conférer des droits).

En procédure civile, le jugement inexistant n'est pas susceptible de voies de recours puisqu'il est dénué de toute efficacité et qu'on ne peut donc interjeter appel de ce qui n'existe pas. Ce qui ne veut pas dire que la voie de recours ne sera pas exercée... Tel plaideur peut avoir intérêt à saisir la cour d'appel afin de s'entendre déclarer irrecevable en son appel du fait de l'inexistence de la décision attaquée¹³³.

En droit civil enfin, la Cour de cassation a jugé qu'une personne morale inexistante était à l'origine d'actes nuls, de nullité absolue. La Première chambre civile a ainsi retenu la nullité absolue d'un contrat conclu par une personne physique déjà décédée au jour de la formation¹³⁴ tandis que la Chambre commerciale a estimé que ne pouvait être couverte la nullité d'une assignation délivrée par une personne morale inexistante, en l'espèce une société en formation¹³⁵. Par un arrêt du 8 janvier 1975, la Troisième chambre civile a par ailleurs retenu qu'était inexistant l'acte accompli par l'organe social d'une société fictive¹³⁶. Cette décision, mise en rapport avec l'opinion première de la Cour de cassation selon laquelle une société fictive pouvait être inexistante, démontre que l'inexistence engendre l'inexistence, tout comme, en droit des contrats, le contrat passé par une personne morale incapable au point d'être inexistante est lui-même inexistant.

Mais la principale application récente de l'inexistence en vue de ses effets particuliers sur les accessoires réside sans doute dans un arrêt du 5 mars 1991 de la Première chambre civile¹³⁷. Il s'agissait en l'espèce d'un prêt, auquel l'emprunteur n'avait pas consenti faute pour lui de l'avoir signé, en vue de l'achat d'un véhicule, le vendeur ayant eu le temps de prendre le gage prévu par la réglementation. La nullité du prêt doit engendrer, au titre des restitutions, le remboursement du capital. Or, par analogie avec la jurisprudence de la Chambre commerciale en matière de cautionnement, la Cour de cassation juge qu'en pareil cas la nullité du contrat n'emporte pas nullité des sûretés (le cautionnement étant qualifiable ici de sûreté personnelle) qui demeurent pour garantir "l'exécution" des restitutions. Cette solution, bien assise, est critiquée par la doctrine mais elle est implicitement respectée par la Première chambre civile puisque, dans cet arrêt, elle recourt à l'inexistence du prêt pour faire tomber le gage. La question se pose de la portée de cette solution car si, par analogie, la Cour de cassation admettait la possible inexistence de sûretés conventionnelles, la tentation du recours à l'inexistence s'en trouverait accrue.

B. L'effet dévastateur limité ou refusé

Le fait que l'inexistence concurrence ici la nullité en rétablissant les effets de celle-ci *contra legem* n'est sans doute pas étranger à quelques coups d'arrêt jurisprudentiels au jeu de l'inexistence lorsque l'interdiction d'annuler est trop clairement posée par le législateur pour pouvoir être aussi superbement ignorée. Aussi, en droit des sociétés, matière aussi verrouillée sur cette question que le droit du mariage, la Chambre commerciale, par l'arrêt du 16 juin 1992 précité, a-t-elle clairement posé la règle selon laquelle "*une société fictive est une société nulle et non inexistante*"¹³⁸. Au regard de la définition de l'inexistence, la société fictive, en ce qu'elle ne comporte en réalité aucun *affectio societatis*, avait pu être analysée en un cas de défaut de consentement, donc d'inexistence¹³⁹, conception compatible avec certains exemples donnés à propos de la notion de fiction¹⁴⁰. A y regarder de plus près, cette solution, respectueuse de cette autre fiction qu'est la personnalité morale de la société fictive, l'est aussi du domaine des nullités.

Les effets dévastateurs de l'inexistence sont en général recherchés par la jurisprudence lorsque le législateur a restreint les effets de la nullité de manière trop drastique dans un cas où, par chance, l'inefficacité du contrat peut résulter d'un cas d'inexistence. C'est l'hypothèse inverse qui s'est présentée dans cet arrêt à la Chambre commerciale. Il était difficile d'admettre, en particulier, que les tiers puissent se voir opposer l'inexistence, avec toutes les conséquences dramatiques qui en découlent pour eux. Mais telle est sans doute la règle en matière d'inexistence ; les tiers, même de bonne foi, ne peuvent être protégés. Cependant, l'opinion selon laquelle les tiers de bonne foi pourraient se prévaloir d'un acte inexistant ayant l'apparence d'un acte juridique est défendue par certains auteurs qui consacrent une application très large de la théorie de l'apparence. C'est cependant en demeurant sur le terrain de la nullité que la Chambre commerciale refuse la règle du néant consécutif en faisant application de l'article 1844-16 du Code civil qui préserve les tiers de bonne foi. Pour autant, il serait prématuré d'affirmer que l'inexistence a disparu du droit des sociétés dans la mesure où cette jurisprudence est compatible avec la distinction, proposée par le professeur Jeantin, entre les sociétés fictives et les sociétés inexistantes.

Les professeurs Hauser et Huet-Weiller l'indiquent clairement : l'enjeu de l'inexistence en droit du mariage réside dans l'éviction des règles relatives au mariage putatif¹⁴¹. Cette manière de poser le problème présente l'avantage de distinguer la notion d'inexistence du mariage de ses effets. Le défaut de consentement n'est plus un cas d'inexistence depuis que l'article 146 du Code civil est sanctionné par la nullité absolue (et non relative, remarquons-le). L'identité de sexe ne semble plus l'être non plus depuis le jugement médiatisé du 27 juillet 2004 du tribunal de grande instance de Bordeaux, et tout simplement depuis que la condition elle-même de différence de sexe semble faire débat. Seule la condition de forme, dont la gravité est appréciée objectivement sous la forme du défaut total de célébration devant un officier d'état civil français, continue d'être un cas possible d'inexistence. Le "grand arrêt" du 30 juillet 1900¹⁴² ne remet pas en cause cette autonomie de la notion. Un commentateur ne s'y est pas trompé, qui a commencé par paraphraser la solution en tenant pour acquis que "le mariage passé en France, devant un consul étranger, entre un étranger et une française, tous deux domiciliés en France, est inexistant"¹⁴³. C'est bien, au titre de l'effet dévastateur de l'inexistence du mariage, l'éviction des règles du mariage putatif que la Cour de cassation avait à trancher dans cette affaire. Question délicate, car le mariage putatif est imposé par le législateur contre la rétroactivité de principe de la nullité, fût-elle absolue. C'est donc naturellement au visa des articles 202 et 203 du Code civil que la Cour de cassation a statué. Elle a exclu du dernier cas d'inexistence du mariage les effets de l'inexistence.

Cela ne signifie pas que la notion n'existe pas mais elle est subitement apparue dépourvue d'intérêt pratique. "Cela revient à dire qu'il n'y a pas de mariages inexistantes, mais seulement des mariages nuls", aurait dit l'avocat général¹⁴⁴. On peut également soutenir que la Cour a procédé à une sorte de balance des intérêts en présence, le manquement à la condition de forme ne masquant ici aucun problème de consentement, alors que les conditions du mariage putatif, notamment la bonne foi, étaient réunies.

Mais le mariage putatif est-il pour autant acquis, un siècle après cet arrêt, dans les cas d'inexistence pour défaut total de célébration lorsqu'on est en présence d'une hypothèse de "ménage apparent" ? Ainsi que l'indique un auteur, "le concubinage est un mariage inexistant et non un mariage nul". Et il faut croire qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école puisqu'une cour d'appel a eu à connaître de l'existence d'un mariage célébré devant des voisins¹⁴⁵.

III. L'inexistence est une sanction rendant le contrat inefficace

L'étude de la jurisprudence ne doit pas masquer que l'inexistence est une sanction plus fréquemment utilisée par les juges du fond que par la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit de le faire explicitement¹⁴⁶. Si l'autonomie de la notion d'inexistence et son intérêt quant à ses effets sont sans doute suffisamment décrits par les auteurs en dépit d'un anathème persistant, il y a un intérêt à évoquer, au-delà du régime juridique de l'inexistence (A), les conditions dans lesquelles s'exerce l'office du juge (B).

A. Les éléments spécifiques du régime de l'inexistence

Une fois acquis l'autonomie des cas d'inexistence et l'intérêt pratique de la notion au-delà du caractère seulement fonctionnel, il reste à envisager si le régime juridique applicable à l'inexistence est lui-même spécifique ou s'il emprunte les chemins de la théorie générale des nullités. Deux auteurs soutiennent que l'inexistence empruntant des éléments aux deux régimes de nullité, il est possible de conclure à l'existence d'un régime *sui generis*, ce qui suppose de considérer comme périmée l'idée suivant laquelle les conséquences attachées habituellement à la distinction entre les deux catégories de nullité (prescriptibilité (1), titulaire de l'action (2), confirmation (3)) seraient indissociables¹⁴⁷.

1. La prescriptibilité de l'action

Fruit de l'époque où l'inexistence revêtait le visage de la nullité "radicalement absolue", comme dans l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1932 précité, l'imprescriptibilité de la nullité absolue trouve encore quelquefois aujourd'hui encore à s'appliquer¹⁴⁸. En sens inverse, la prescriptibilité de l'action en inexistence trouve également des partisans¹⁴⁹.

En droit communautaire, l'acte inexistant peut être contesté en dehors des délais de recours contentieux. La règle a été expressément posée par le TPI dans l'arrêt du 27 février 1992 précité.

La règle de l'imprescriptibilité de l'action en inexistence est également admise en droit administratif¹⁵⁰ et souvent évoquée en droit des contrats, quoique la jurisprudence classique ne l'ait pas toujours retenue. On notera à cet égard qu'elle est intimement liée à l'idée d'inexistence matérielle, car dès lors que l'inexistence est juridique (donc susceptible de basculer plus facilement dans la cause de nullité), on observe une tendance historique à ne pas soustraire l'exercice de l'action en constatation de l'inexistence à l'article 2262 du Code civil, exception faite de quelques arrêts¹⁵¹.

En matière civile, la généralité des termes de l'article 2262 du Code civil ("*Toutes les actions...*") implique de considérer que rien de ce qui relève des droits patrimoniaux et qui fait l'objet d'un traitement judiciaire ne peut échapper à la prescription extinctive de droit commun. Les rares cas d'imprescriptibilité relèvent, soit du droit naturel (droits de l'Homme), soit du droit public "historique" (article L. 27 du Code du domaine de l'Etat), soit du droit extra-patrimonial (état des personnes). C'est si vrai qu'il a été proposé de transformer la prescription trentenaire en forclusion afin d'éviter que, par le jeu du recul du point de départ subjectif du délai, les prescriptions plus courtes (et en particulier la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil) ne permettent de maintenir une situation d'insécurité juridique pendant plus de trente ans¹⁵². La Chambre commerciale de la Cour de cassation juge par ailleurs que les courtes prescriptions doivent s'appliquer "à l'intérieur" du délai de dix ans, prescription de droit commun en matière commerciale¹⁵³.

L'imprescriptibilité de l'inexistence pourrait-elle être l'unique exception (avec la perpétuité de l'exception de nullité) à une règle de principe aussi bien assise ? Il semble que la réponse puisse être positive si l'on admet que, précisément, il n'y a pas exception. L'inexistence envisagée comme absence rédhibitoire d'un élément de fait empêchant toute qualification juridique implique de considérer que l'apparence de contrat ne peut être saisie par le droit, et en particulier par les règles relatives à la prescription. L'action en inexistence d'un acte juridique ne se prescrit pas parce qu'il n'y a pas d'acte juridique. On ne peut concevoir de décider qu'on cessera un jour de pouvoir constater le néant. L'admission du jeu de la maxime "*Quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*" prouve d'ailleurs que, pour des raisons d'équité, la prescriptibilité peut exceptionnellement cesser en matière de nullité. On a pu relever, en droit administratif, que l'inexistence pouvait également être invoquée par voie d'exception¹⁵⁴, mais si on retient la règle de l'imprescriptibilité en droit privé, la maxime "*Quae temporalia...*" appliquée à l'inexistence devient sans objet. Milite en faveur de l'imprescriptibilité, outre la jurisprudence ancienne, la référence à l'arrêt précité du 10 juin 1986 par lequel la Première chambre civile a déclaré non prescrite l'action en nullité d'une donation dépourvue d'*animus donandi* (l'un de ses "éléments essentiels"). Les fameux "anges de Soudemont", une (sans doute fort belle) statuette du 13^{ème} siècle, avaient fait l'objet d'une action en revendication, intentée plus de trente ans après l'acte de donation dont les demandeurs se prévalaient. C'est à la défense fondée sur la nullité de ladite donation que les demandeurs répliquent par la prescription de la nullité. On peut penser que l'application de la maxime "*Quae temporalia...*" aurait suffi à paralyser les prétentions des demandeurs¹⁵⁵, mais le jeu de la maxime est quelquefois aléatoire au regard de la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle "*l'exception de nullité peut jouer seulement pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté*"¹⁵⁶, ce qui expliquerait le détour par l'inexistence. On peut également interpréter *a contrario* l'arrêt du 15 décembre 1999 de la Troisième chambre civile puisque c'est en connaissance de cause de l'impossible qualification d'inexistence d'un bail atteint par le vice de perpétuité qu'il a été jugé que l'action en nullité, "même absolue", d'un tel bail se prescrivait par trente ans. L'avocat général énumérait même dans ses conclusions les arrêts par lesquels la Cour de cassation avait admis "*l'inexistence, et par voie de conséquence l'imprescriptibilité*"¹⁵⁷.

Est également problématique la question de savoir si la prescription de droit commun s'applique aux autres actions nées du succès de l'action en inexistence. En effet, la disparition du contrat impliquera peut-être des restitutions, voire une action en responsabilité civile extra-contractuelle. Le raisonnement du paragraphe précédent ne peut être transposé. Sans doute est-ce la raison pour laquelle même la doctrine favorable à la notion d'inexistence des actes juridiques et à l'imprescriptibilité de l'action en inexistence estime-t-elle que les autres actions sont soumises à la prescription trentenaire.

Le problème de l'imprescriptibilité de l'action se pose donc plutôt pour les actions consécutives à l'action en constatation de l'inexistence ainsi que pour celles qui présupposent une inexistence. L'action en revendication est miraculeusement épargnée du débat sur l'imprescriptibilité, mais pour les autres actions, le problème reste entier. Que décider lorsque l'action tendant à faire déclarer un acte inexistant emprunte la voie d'une autre action telle que l'action en déclaration de simulation ?

2. Le titulaire de l'action

On peut déduire de certains arrêts que l'inexistence, à l'instar sur ce point de la nullité absolue, peut être invoquée par tout intéressé. L'arrêt précité du 22 juin 1976 de la Troisième chambre civile a considéré que l'inexistence de la société pouvait être invoquée, dans un contexte de fraude, "par toutes les parties, quelle qu'ait été leur participation à cette fraude".

La règle selon laquelle tout intéressé peut se prévaloir de l'inexistence, qui ne pose comme condition que celle, strictement procédurale, d'un intérêt à agir, n'est pas contestée. On a pu relever qu'il n'y avait même pas lieu, en la matière, de réserver les hypothèses classiques en droit des nullités, celle de la partie protégée pour la nullité relative, et le jeu de la maxime "*Nemo auditur...*" pour la nullité absolue¹⁵⁸.

3. La confirmation de l'acte inexistant

L'impossibilité de confirmer l'acte inexistant est acquise en procédure civile et en droit administratif.

Qu'en est-il en droit des contrats ? La question est, en théorie, dépendante de la reconnaissance par la doctrine de l'inexistence comme sanction à part entière. Ainsi, pour les auteurs qui contestent cette autonomie, les cas d'inexistence sont sanctionnés soit par la nullité absolue, soit par la nullité relative. La possibilité de confirmer l'acte dépend alors de la nature de la nullité encourue, impossible dans le premier cas, possible dans le second¹⁵⁹. Mais la majorité de la doctrine, semblant influencée par le critère historique de la gravité subjective, rapproche le régime de l'inexistence de celui de la nullité absolue, répugnant culturellement d'y faire entrer des éléments spécifiques à la nullité relative. On peut soutenir de ce fait que l'acte inexistant n'est pas susceptible de confirmation, ce qu'admet sans réserve la jurisprudence. Les arrêts relatifs à l'inexistence pour défaut de prix dans la vente mentionnent quelquefois cette conséquence en relevant que l'acte n'est susceptible "ni de confirmation, ni de ratification"¹⁶⁰.

L'opinion contraire est cependant soutenue au motif que la confirmation d'un acte, comme d'ailleurs sa ratification ou la renonciation à l'action, pourrait être possible dans les conditions du droit commun, et notamment dans les matières non touchées par l'ordre public où les parties ont la libre disposition de leurs droits¹⁶¹.

B. L'inexistence et l'office du juge

La question est souvent posée de la nécessité de recourir au juge pour constater l'inexistence (1). Une réponse positive à cette question est le préalable à l'étude des pouvoirs du juge dans le cadre du contentieux de l'inexistence (2).

1. Le recours au juge

Il semble que l'idée d'une dispense de recours au juge en cas d'inexistence vienne pour partie du droit administratif. Le professeur Auby l'a soutenue en affirmant même que les particuliers n'ayant aucun compte à tenir de l'acte inexistant, il leur suffisait de se refuser à l'exécuter et de résister au besoin à l'Administration qui prétendrait le leur imposer¹⁶². Mais le professeur Weil, en relevant que le Conseil d'Etat n'a jamais utilisé la théorie de l'inexistence pour dispenser les particuliers de l'obéissance due aux actes administratifs jusqu'à décision du juge, montre que cette vision est théorique¹⁶³ : "l'acte juridiquement inexistant ne l'est pas au point de ne pouvoir faire l'objet d'un recours contentieux"¹⁶⁴. En droit privé, l'opinion est soutenue sur le fondement de l'article 1315 du Code civil, étant présumé que l'inexistence du contrat posera au demandeur tenu de prouver la source de l'obligation un problème insurmontable de preuve¹⁶⁵.

L'argument de la dispense du recours au juge pour détruire l'apparence de contrat est en effet discutable, y compris en droit privé, s'il sert à condamner l'inexistence¹⁶⁶. Il y a risque de confusion entre le recours au juge et l'étendue des pouvoirs de celui-ci. Les mécanismes juridiques qui ont lieu de plein droit sont souvent dispensés du recours au juge, tel celui de la compensation. Mais même la nullité, qui impose un recours au juge pour la prononcer, peut être de plein droit si ce dernier ne dispose pas d'un pouvoir souverain d'appréciation pour la refuser¹⁶⁷. Il en est de même pour l'inexistence, non en raison de la loi, mais d'un "plein droit de fait". L'existence d'une apparence à détruire n'est donc pas incompatible avec l'inexistence de l'acte. L'acte informé, le contrat entaché d'erreur-obstacle, en attestent. C'est le désaccord entre les parties, non la nature intrinsèque ou juridique de l'acte, qui impose le recours au juge. Japiot lui-même, qui a contesté un temps la nécessité d'une action fût-ce en matière de nullité, avait fini par l'admettre¹⁶⁸.

N'est pas totalement assimilable à la dispense du recours au juge l'idée que ledit recours peut faire l'économie du moyen tiré de l'inexistence. Deux hypothèses sont ici à envisager.

La première concerne l'inexistence poursuivie dans le cadre d'une autre action, telle que l'action en revendication ou l'action en déclaration de simulation, souvent choisie par les plaideurs en droit des sociétés. Tel était le cas dans l'arrêt de la Troisième chambre civile du 22 juin 1976 précité ou dans un arrêt de la Chambre commerciale du 19 décembre 1983¹⁶⁹. Dans cette dernière affaire, qui mettait en scène une SCI inexistante constituée en vue de l'acquisition d'un immeuble et qui prétendait céder ses parts sociales, l'action en déclaration de simulation a été intentée par le tiers acquéreur. On peut discuter alors du degré de protection accordé aux tiers dès lors qu'en matière de simulation, le choix leur est offert de se prévaloir de l'acte apparent ou de la contre-lettre.

La seconde hypothèse est celle de l'inexistence sous-entendue dans la demande, ce coup de force du principe dispositif étant rendu possible par l'incapable évidence. Un arrêt du 20 janvier 1993 de la Première chambre civile en offre un exemple¹⁷⁰. Il s'agissait en l'espèce d'une demande en paiement d'un solde de prix à l'occasion d'une vente pour laquelle le prix demeurait indéterminé. Aucune des parties n'ayant envisagé de demander la nullité de la convention, la Cour a dû juger que "*la preuve de l'existence du solde de prix n'était pas rapportée*".

De manière plus démonstrative, une cour d'appel¹⁷¹ a pu déclarer inexistante, et pas seulement nulle, la reconnaissance paternelle d'un enfant adultérin par sa mère en violation de la présomption de paternité du mari. L'intérêt pratique est ici celui de l'inutilité d'une action en annulation de la reconnaissance ; une simple rectification d'état civil suffit. De manière générale, l'inexistence révèle son utilité pratique lorsqu'elle est indirectement sanctionnée par l'action "sanctionnant le droit que l'acte, s'il avait été valable, eût modifié ou anéanti"¹⁷².

On peut admettre une action en constatation de l'inexistence proprement dite. Le droit administratif la connaît déjà sous ce vocable, sans référence obligatoire (mais elle reste possible) au recours en excès de pouvoir¹⁷³. Une telle action ne se heurte *a priori* à aucun obstacle procédural concernant l'intérêt à agir. En tant que de besoin, la démonstration a pu en être faite¹⁷⁴. Il semble que l'inexistence n'ait pas à être traitée, sur ce point, différemment de la nullité. Si l'action en nullité se fonde sur un intérêt à agir dispensé de la recherche d'un droit subjectif préexistant, fût-ce le "droit de critique", alors l'action en constatation de l'inexistence peut emprunter le même chemin, l'action étant définie de nos jours comme le droit de s'adresser à un tribunal, droit qui s'incarne dans la demande. Se trouve ainsi admise par la doctrine, depuis fort longtemps, l'action préventive en nullité, exercée avant l'exécution de l'acte nul.

2. Les pouvoirs du juge

Si l'on accepte de transposer en droit privé des contrats la règle dégagée par la jurisprudence administrative¹⁷⁵, le moyen tiré de l'inexistence juridique sera d'ordre public. *A fortiori* sans doute, celui tiré de l'inexistence matérielle le sera-t-il également. Peut-on en déduire pour autant que le juge peut le relever d'office ? On peut noter que la jurisprudence administrative est interprétée en ce sens que l'inexistence d'un acte administratif *doit*, en ce qu'elle est d'ordre public, être relevée d'office par le juge¹⁷⁶. En droit privé, la réponse est *a priori* positive s'agissant de l'inexistence des actes en procédure civile¹⁷⁷, mais on sait que la Première chambre civile ne l'admet pas toujours en droit des contrats lorsque l'ordre public en cause est de protection, celui-ci ne pouvant être opposé qu'à la demande de celui qu'il est censé protéger¹⁷⁸. L'arrêt du 20 janvier 1993 précité a cependant pu être interprété comme ouvrant la voie à un possible relevé d'office de l'inexistence d'un contrat¹⁷⁹.

On peut en revanche admettre que, suivant la formulation de la jurisprudence communautaire, l'irrégularité est "d'une gravité si évidente"¹⁸⁰ que sa constatation entre dans les pouvoirs du juge des référés. Ainsi en a jugé le juge des référés du tribunal civil de la Seine dans une ordonnance du 19 juin

1957¹⁸¹. Etait en cause une demande de mainlevée d'une opposition faite sur le prix de vente d'un fonds de commerce, par lettre recommandée avec accusé de réception sans indication de la cause ni du montant de la créance. L'opposant ayant saisi par assignation le tribunal de commerce, le juge des référés ne pouvait ordonner la mainlevée de "l'opposition" en raison de l'interdiction qui lui est faite de préjudicier au principal. La disparition de cette opposition était cependant nécessaire pour permettre au vendeur de retrouver la libre disposition du prix de vente, laquelle pouvait difficilement attendre tant l'obstacle procédait d'un acte manifestement informé. En recourant à la notion d'inexistence, le juge des référés n'a pas eu à prononcer une mainlevée située hors de ses pouvoirs ; il n'a eu qu'à constater l'évidente inexistence de l'acte pour le faire disparaître et parvenir au résultat recherché.

De manière plus générale, en-dehors de l'hypothèse frontale d'une action en constatation de l'inexistence, on pourrait admettre que, chemin faisant, tout juge pourrait constater l'inexistence, si d'une telle décision dépend la solution du litige dont il est saisi¹⁸². Le droit administratif raisonne à cet égard d'une manière intéressante en retenant que l'acte inexistant ne peut être considéré comme un acte administratif, ce qui autorise, sans violation du principe de séparation des pouvoirs, le juge judiciaire à constater ladite inexistence. Le raisonnement est, peu ou prou, celui qui fonde la compétence judiciaire en matière de voie de fait, ce qui n'étonne guère dans la mesure où le comportement de l'administration fondé sur un acte inexistant pourra se retrouver susceptible d'une telle qualification dans le cas d'actes "manifestement insusceptibles de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'Administration"¹⁸³. L'inexistence serait à ce point attachée au bon sens, la chose la mieux partagée du monde, qu'elle ne relèverait finalement de la compétence d'attribution de personne en particulier, donc nécessairement du juge de droit commun.

Conclusion

L'inexistence oblige, pour l'étudier en droit des contrats, à voyager dans plusieurs matières, ce qui est un bienfait en ces temps d'aspiration à des règles de droit spécifiques et de parcellisation du droit privé.

Il n'est pas paradoxal que l'inexistence soit bien implantée en procédure civile et en droit administratif sans y être contestée, et qu'elle soit présente de manière plus hésitante et controversée en droit des contrats. C'est précisément en raison d'une plus large concurrence avec le régime des nullités des actes juridiques que les craintes doctrinales d'hétérodoxie juridique sont les plus grandes.

Si l'on retient une conception factuelle de l'inexistence, on constate cependant que l'effet de ce qui n'est pas s'écarte sensiblement du régime de la nullité, ce qui rend notre propos hors sujet puisqu'il ne peut plus être rattaché au thème général des fictions¹⁸⁴, au premier rang desquelles se trouvait l'effet rétroactif de la nullité¹⁸⁵.

Si l'on retient une conception paradoxalement plus juridique de la notion d'inexistence pour en faire un principe correcteur, il faut alors effectivement souhaiter que l'inexistence demeure en droit des contrats le "filet mince" du droit administratif et de la procédure civile évoqué en introduction. Car débordant de ses frontières et procédant à l'invasion de la nullité sous la double bannière de la gravité extrême et de la soupape de sécurité, elle deviendrait ce que Ripert craignait de l'enrichissement sans cause réduit à ses conditions matérielles¹⁸⁶, "une machine à faire sauter le droit". Le professeur Perrot évoque à ce sujet une dilution "des règles légales les mieux établies" et "une série de dérogations incontrôlables"¹⁸⁷. On ne saurait mieux souscrire à ce propos qu'en rappelant que la CJCE, après avoir défini les conditions et les effets de l'inexistence dans l'ordre juridique communautaire, ajoute dans un arrêt : "la gravité des conséquences qui se rattachent à la constatation de l'inexistence (...) postule que, pour des raisons de sécurité juridique, cette constatation soit réservée à des hypothèses tout à fait extrêmes"¹⁸⁸. Toutes ces limites ne régleront cependant pas le problème de la subjectivité qui s'attache à l'appréciation de ce qui est extrême.

Mais il se trouve que le “filet mince, jamais tari” ne grossit pas depuis deux siècles. Il traverse paisiblement, au nom du bon sens matériel et de l'équité juridique, diverses branches du droit substantiel et de la procédure, de manière toujours spectaculaire quant à ses effets. L'inexistence juridiquement maîtrisée est à la fois nécessaire à l'office du juge et rebelle aux faiseurs de systèmes. Laissons-la donc consciemment irriguer la jurisprudence et lézarder en toute impunité les ruines positivistes de la pyramide de Kelsen¹⁸⁹.

NOTES :

- (1) Aimé RICHARDT : Le soleil du grand siècle, Louis XIV et son règne, éd. Taillandier, p. 200.
- (2) V. WESTER-OUISSE : La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP (G) 2001 I 290.
- (3) JAPIOT : Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse Paris, 1909.
- (4) F. TERRE et D. FENOUILLET : Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 6ème édition, p. 333, n° 417 *in limine*.
- (5) H., L. et J. MAZEAUD, Cours de droit civil, par M. de JUGLART, tome 1, volume 3, 6ème édition, n° 803.
- (6) Ch. LARROUMET : Droit civil, tome 3, 5ème édition, Economica, n° 532, *in fine*.
- (7) G. DURRY : Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Turin, 4-7 juin 1962, p. 611 et s.
- (8) P. DIENER évoque une force destructrice considérable, note sous 3è Civ., 22 juin 1976, D.1976.619, n° 25.
- (9) H. MAZEAUD, Nouveau guide des exercices pratiques pour les licences en droit et en sciences économiques, 1965, n° 12 et 22.
- (10) P. WEIL : Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif, D. 1958, p. 49 ; L. SEGUR : L'inexistence en procédure civile, JCP (G) 1968 I 2129, n° 3.
- (11) E. PIRE : Nullité ou inexistance ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 4.
- (12) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 18, 55 et 60, qui, tout en estimant que la seule sanction possible de l'inexistence est la nullité, fait droit à l'idée d'un régime hybride.
- (13) “(L'acte administratif) est frappé d'inexistence juridique du fait de son annulation, si elle est prononcée, qui l'envoie au néant (...)”, in R. CHAPUS, droit administratif général, tome 1, 15ème édition, n° 1204.
- (14) E. PIRE : Nullité ou inexistance ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 5, à propos du défaut de prix dans la vente.
- (15) Soc., 16 mars 1959, JCP 1959 II 11079.
- (16) Le Petit Robert fait une place à l'acception juridique du terme.
- (17) H., L. et J. MAZEAUD, Cours de droit civil, par M. de JUGLART, tome 1, volume 3, 6ème édition, n° 803.
- (18) A. COLIN et H. CAPITANT, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE : traité de droit civil, tome 1, Dalloz, 1953, n° 616 ; Jcl. Civil, articles 180 à 193, fasc. 100, n° 9.
- (19) Dictionnaire pratique de droit, Dalloz, 1905, V° nullité, n° 2 à 4.
- (20) 3è Civ., 15 avril 1980, Bull., III, n° 73, p. 53.
- (21) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 8ème édition, n° 226.
- (22) Présentation des fondements de la nullité retenue par R. Cabrillac, in Droit des obligations, Dalloz, n° 102.
- (23) G. COHENDY : Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, RTD. Civ. 1914, p. 33 et s.
- (24) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 15.
- (25) P. LERAT et J.-L. SURIUOX, Dictionnaire juridique, terminologie du contrat, français-anglais-allemand, V° Inexistence, p. 106.
- (26) E. PIRE : Nullité ou inexistance ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 6, cf. Inexistence et nature intrinsèque de l'acte.
- (27) J. CARBONNIER : Droit civil, tome 2, la famille, l'enfant, le couple, 21ème édition, Thémis, p. 647.
- (28) E. GAUDEMET : Théorie générale des obligations, Sirey, 1937, p. 139 et s.
- (29) G. COHENDY : Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité absolue, RTD. Civ. 1914, p. 37 et 38.
- (30) J. HAUSER : Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J., p. 108, n° 73.
- (31) A. TISSIER, note sous Req., 30 décembre 1902, S. 1903 I 257.
- (32) CE 26 janvier 1951, Galy, S. 1951.3.52, Concl. Odent.
- (33) CE 29 décembre 1997, Commune d'Hautmont, Rec., p. 710.
- (34) CE 4 juin 1982, D. 1983.260 ; CE 4 janvier 1985, Société Reynoird, Rec., p. 2.
- (35) Paris, 1er juin 1979, GP 1979.2.357, pour une ordonnance juridictionnelle rendue par un auditeur de justice.
- (36) Du latin *minuta*, écriture menue, par opposition à l'habitude qu'avaient les greffiers, rémunérés à la ligne, de *grossoyer* pour délivrer une copie exécutoire aux particuliers.
- (37) J. VINCENT et S. GUINCHARD : Procédure civile, Précis Dalloz, 26ème édition, n° 705 et 711.
- (38) Jcl. Procédure civile, fasc. 136, 1996, Nullité des actes de procédure (Généralités), n° 20 ; Rép. Dalloz Procédure civile, V° Nullités, n° 35 ; Mégacode Nouveau code de procédure civile, Dalloz, 1999, note 011, b), sous art. 121, et la jurisprudence citée.
- (39) Ire Civ., 4 février 1986, D. 1986, IR, 222 ; 2è Civ., 15 octobre 1980, JCP (G) 1981, IV, 1 ; Com., 5 mai 1982, Bull., IV, n° 159 ; Soc., 9 mars 1989, Bull., V, n° 205.
- (40) Rép. Dalloz Procédure civile, V° Nullités, n° 42.
- (41) Paris, 8 juillet 1966, RTD. Civ. 1967, p. 382, obs. J Chevallier
- (42) Rouen, 4 mars 1969, JCP (G) 1969 II 15911 : il s'agissait d'une transaction déclarée nulle et de nul effet.
- (43) Ire Civ., 18 juillet 1967, Bull, I, n° 268.
- (44) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 42.
- (45) Ire Civ., 10 juin 1986, Bull., I, n° 159. Cf. également, note grands arrêts, 11ème édition, tome 1, p. 63, point 5, *in limine*, et le commentaire cité.
- (46) Ire Civ., 23 novembre 1976, Bull., I, n° 361, p. 284 ; Ire Civ., 30 juin 2004, Bull., I, n° 193, p. 160 (hypothèse d'un coindivisaire donnant à bail le bien indivis sans le consentement des autres indivisaires : le défaut de pouvoirs et le défaut de droits se cumulent).
- (47) Ire Civ., 25 mai 1992, Bull., I, n° 156, p. 107.
- (48) L'expression, remarquée par plusieurs commentateurs, est du professeur Gaillard, in note sous Ass., plén., 28 mai 1982, D. 1983.349.
- (49) E. GAILLARD, note sous Ass., plén., 28 mai 1982, D. 1983.349 et s.
- (50) Civ., 6 novembre 1895, S. 1896.1.5 ; DP 1897.1.925.

- (51) Req., 5 mai 1879, S. 1879.1.313 pour une donation consentie à une congrégation religieuse non autorisée ; Cf. cependant 1^{re} Civ., 21 mai 1990, Bull., I, n° 121, p. 86 : la Cour retient la nullité absolue, faute de consentement, d'une vente immobilière passé par un notaire n'ayant pas vérifié l'identité du vendeur, déjà décédé au jour de la formation du contrat.
- (52) J. CARBONNIER : Droit civil, tome 2, la famille, l'enfant, le couple, 21^{ème} édition, Thémis, p. 132.
- (53) 3^è Civ., 22 juin 1976, D. 1977.619, note P. Diener.
- (54) P. DIENER, note sous 3^è Civ., 22 juin 1976, D. 1977.619, n° 5, *in fine*.
- (55) R. HOUIN, *in* RTD. Civ. 1974.105, n° 2.
- (56) Com., 11 octobre 1988, Bull. Joly sociétés 1988, p. 939 et s., note critique P. Le Cannu.
- (57) Com., 16 juin 1992, D. 1993.508, 2^{ème} espèce.
- (58) En ce sens, D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 48.
- (59) V. cependant, Pau, 3 mars 1909, DP 1911.2.171, pour l'inexistence (d'ailleurs critiquée) d'un contrat de mariage passé par acte authentique dont la date est postérieure à la célébration du mariage
- (60) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 51.
- (61) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 53.
- (62) Civ., 16 novembre 1932, DH 1933.4 ; 1^{re} Civ., 4 août 1952, Bull., I, n° 260 ; 1^{re} Civ., 17 décembre 1959, D. 1960.294 ; 1^{re} Civ., 20 octobre 1981, Bull., I, n° 301 ; 1^{re} Civ., 30 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984.2.675.
- (63) 1^{re} Civ., 26 février 1962, Bull., I, n° 125.
- (64) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 54.
- (65) J. GHESTIN : L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, D. 1994, chron., p. 293 et s.
- (66) P. DIENER : A propos d'une prétendue absence de cause, D. 1994, chron., p. 347 et s.
- (67) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 46.
- (68) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 49.
- (69) Cf. B. TEYSSIE : Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, D. 1976, chr., p. 281 et s.
- (70) Com., 22 octobre 1996, Bull., IV, n° 261, p. 223.
- (71) J. KULLMANN : Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, chron., p. 59 et s.
- (72) 3^è Civ., 9 mars 1988, D. 1989.143 ; 3^è Civ., 26 avril 1989, Bull., III, n° 93.
- (73) E. PIRE : Nullité ou inexistence ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 6 et 8.
- (74) 1^{re} Civ., 27 novembre 1961, Bull., I, n° 553.
- (75) 1^{re} Civ., 28 mars 2000, Bull., I, n° 105.
- (76) M.-A. GUERRIERO : L'acte juridique solennel, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1975, p. 141 et s. et p. 344 et s.
- (77) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 58.
- (78) Note sous Req., 5 mai 1879, S. 1879, p. 313.
- (79) Lamy fiscal, tome 2, n° 6308, la règle n'étant pas nouvelle : v. déjà, PILON, Principes et technique des droits d'enregistrement, 1929, tome 1, n° 518, cité *in* Nouveau répertoire Dalloz, 1964, V° nullité, n° 6 : "*cependant la distinction entre la nullité est l'inexistence est faite par le droit fiscal qui soumet à l'enregistrement les actes nuls alors que les actes imparfaits, c'est-à-dire ceux à qui un élément essentiel fait défaut, ne le sont pas*".
- (80) Civ., 6 avril 1903, D. 1904.1.395.
- (81) "*Théorie selon laquelle un acte juridique ou un acte de procédure dont il manque un élément essentiel doit être considéré comme n'existant pas, même si aucun texte ne précise une telle conséquence et si une décision de justice n'est pas intervenue pour le constater*", *in* A. NIZOU-LESAFFRE, Dictionnaire des termes juridiques, éd. de Vecchi, V° Inexistence.
- (82) G. MARTY et P. RAYNAUD : Droit civil, les personnes, 3^{ème} édition, n° 113 ; A. COLIN et H. CAPITANT, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE : traité de droit civil, tome 1, Dalloz, 1953, n° 615 (critique).
- (83) TGI Bordeaux, 27 juillet 2004, D. 2004, n° 33, p. 2392, note E. Agostini.
- (84) J. CARBONNIER : Droit civil, tome 2, la famille, l'enfant, le couple, 21^{ème} édition, Thémis, p. 647.
- (85) Ph. MALAURIE et L. AYNES : Droit civil, la famille, 6^{ème} édition, 1998-1999, n° 221 ; *contra* : Droit de la famille, Dalloz Action, 2001/2002, n° 170 et 171.
- (86) D. CARREAU : Droit international, Pédone, 1999, 6^{ème} édition, n° 437.
- (87) Le professeur GAUTIER, évoquant, à propos de l'inexistence, le "grenier juridique", *in* RTD. Civ., 1993.843.
- (88) Dictionnaire de droit international public, sous la direction de J. SALMON, Bruylant, AUF, p. 575.
- (89) CII 12 novembre 1991, Rec. 1991, p. 155.
- (90) Rép. communautaire Dalloz, V° Annulation (recours en), n° 17.
- (91) M.-C. BERGERES : La théorie de l'inexistence en droit communautaire, RTD. Eur. 1989, p. 393 et s. (1^{re} partie), p. 647 et s. (2nde partie) ; M. VAN EMPEL : L'acte public inexistant en droit communautaire, C.D.E. 1971, p. 251 et s.
- (92) CJCE 15 juin 1994, aff. C-137-92 P, Commission contre BASF et autres, Rec., I, p. 2555 et s., § 49.
- (93) TPI 27 février 1992, aff. jtes T-79 et autres, BASF AG et autres contre Commission, Rec., II, p. 315 et s. ; Europe 1992, n° 183.
- (94) CJCE 26 février 1987, aff. 15/85, Consorzio cooperative d'Abruzzo contre Commission, Rec., p. 1005 s.
- (95) CJCE 21 février 1974, aff. jtes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, Roswitha Kostner, épouse Schots, et autres contre Conseil, Commission et Parlement, Rec., p. 177 et s., concl. A. Trabucchi.
- (96) TPI 16 septembre 1998, aff. T-133/95 et T-204/95, IECC contre Commission, Rec., II, p. 3645 et s.
- (97) CE 9 novembre 1983, Saerens, Rec., p. 453 ; CE 7 octobre 1994, Ville de Narbonne c/ Mme Ardit, Rec., p. 426.
- (98) CE 8 décembre 1982, Commune de Dompierre, Rec., p. 555
- (99) Tribunal des conflits, 27 juin 1966, D. 1968.7.
- (100) P. LE MIRE : Inexistence et voie de fait, RDP 1978, p. 1219 et s.
- (101) G. BRAIBANT : Le droit administratif français, 1992, 3^{ème} édition, p. 314.
- (102) CE Ass., 31 mai 1957, Rosan-Girard, D. 1958.152 ; GAJA, n° 78, p. 512 et s.
- (103) J. BOULOUIS : Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit public français, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Turin, 4-7 juin 1962, p. 792.
- (104) P. WEIL : Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif, D. 1958, chron., p. 50 et 51.
- (105) L. SEGUR : L'inexistence en procédure civile, JCP (G) 1968 I 2129 ; Jcl. Procédure civile, fasc. 136, 1996, Nullité des actes de procédure (Généralités), n° 17 à 25 ; Rép. Dalloz Procédure civile, V° Nullités, n° 33 à 49.
- (106) Cf. Rép. Dalloz Procédure civile, éd. octobre 1994, V° Nullités, n° 36.
- (107) Toulouse, 31 mars 1980, D. 1980.558, note Y. Lobin.
- (108) Civ., 30 novembre 1939, JCP 1940 II 1392.

- (109) 2è Civ., 19 janvier 1977, D. 1977, IR, 174.
- (110) D. TOMASIN : Remarques sur la nullité des actes de procédure, Mélanges Hébraud, p. 863.
- (111) 2è Civ., 15 mars 1989, Bull., II, n° 72.
- (112) R. PERROT : Rapport sur les nullités de procédure en matière civile selon le droit français, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Turin, 4-7 juin 1962, p. 744, n° 22.
- (113) D. TOMASIN : Remarques sur la nullité des actes de procédure, Mélanges Hébraud, p. 869-870.
- (114) Rép. Dalloz Procédure civile, V° Nullités, n° 46 ; L. SEGUR : L'inexistence en procédure civile, JCP (G) 1968 I 2129, n° 20 à 24.
- (115) H. ROLAND et L. BOYER : Adages du droit français, n° 468, p. 956 et s., qui écartent expressément le jeu de l'adage en cas d'inexistence : p. 958.
- (116) Crim., 4 janvier 1983, D.1983.562 ; JCP (G) 1984 II 20203.
- (117) Crim., 14 décembre 1961, Bull. Crim., n° 526, p. 1006.
- (118) X. BARRE, Nullité et inexistance ou les bégaiements de la technique juridique, LPA 30 juillet 1993, p. 12 ; M. ROGER, note sous Crim., 4 janvier 1983, D. 1983.564.
- (119) 3è civ., 15 décembre 1999, JCP (G) 2000 II 10236.
- (120) Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 78, p. 517, point 6, in limine.
- (121) in RTD. Civ. 1958.121.
- (122) Lexique des termes juridiques, Dalloz, V° Fiction.
- (123) Lexique des termes juridiques, Dalloz, V° Fiction.
- (124) CORNU, Vocabulaire juridique, V° Fiction, p. 382.
- (125) "*C'est-à-dire la disparition à la fois pour le passé et pour l'avenir de l'acte nul, le droit remontant ainsi le cours du temps en le modifiant alors que cette action est physiquement impossible*" (in, R. Cabrillac, Dictionnaire du vocabulaire juridique, V° fiction (théorie)).
- (126) R. CABRILLAC, Dictionnaire du vocabulaire juridique, V° fiction (théorie).
- (127) Possible interprétation de : 3è Civ., 30 avril 2003, Bull., III, n° 87.
- (128) H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, n° 383, p. 758 et s.
- (129) Directive CEE n° 68-151 du 9 mars 1968, JOCE du 14 mars 1968, L. 65.
- (130) Cf. P. LE CANNU, Bull. Joly sociétés 1992, § 274, p. 879, n° 18 : "*(l'inexistence), par nature, n'a pas à respecter les limites assignées à la nullité*".
- (131) Req., 30 décembre 1902, RTD. Civ. 1903, p. 887-888 ; D. 1903.1.137 ; S. 1903.257.
- (132) CE 20 mai 1988, Mme Nardin, Rec., p. 198, pour l'inexistence juridique d'un arrêté préfectoral tendant à compléter la motivation d'un arrêté antérieur, annulé par le tribunal administratif.
- (133) Rép. Dalloz Procédure civile, V° Nullités, éd. octobre 1994, n° 48.
- (134) 1re Civ., 21 mai 1990, Bull., I, n° 121, p. 86.
- (135) Com., 14 juin 2000, Bull. Joly sociétés 2000, p. 1078 et s.
- (136) 3è Civ., 8 janvier 1975, Rev. sociétés 1976.301.
- (137) Il est présenté ainsi aux grands arrêts de la jurisprudence civile, 11ème édition, tome 1, p. 63, point 5.
- (138) Com., 16 juin 1992, D. 1992.508 ; Joly sociétés, p. 960, 875 et s.
- (139) P. DIENER, note sous 3è Civ., 22 juin 1976, D. 1977, p. 622, n° 18.
- (140) CORNU, Vocabulaire juridique, p. 382, V° Fictivité : "*se dit d'une société qui n'existe qu'en apparence, sur le papier, en ce qu'elle ne correspond, dans la réalité, à aucune activité sociale propre*".
- (141) J. HAUSER et D. HUET-WEILLER : Droit civil, La famille, fondation et vie de la famille, LGDJ, 2ème édition, n° 313.
- (142) Civ., 30 juillet 1900, DP 1901.1.317 ; S. 1902.1.225 ; grands arrêts, 11ème édition, tome 1, n° 11, p. 58.
- (143) RTD. Civ. 1902, p. 584.
- (144) RTD. Civ. 1902, p. 585.
- (145) Douai, 3 février 1989, Mégacode civil 2003, note 100 sous art. 184.
- (146) Ex. : Versailles, 17 juin 1999, RG n° 1996-912 ; Caen, 13 décembre 2001, RG n° 00/00118.
- (147) D. VEAUX, Jcl. Civil, articles 1304 à 1314, fasc. 20, n° 60 in fine ; X. BARRE, Nullité et inexistance ou les bégaiements de la technique juridique, LPA, 30 juillet 1993, p. 13.
- (148) Paris, 17 février 1961, JCP (G) 1961 II 12020, dans l'hypothèse d'un mariage incestueux ; Com., 28 avril 1987, RTD. Civ. 1987.746.
- (149) D. VEAUX, Jcl. Civil, articles 1304 à 1314, fasc. 20, n° 12.
- (150) Cf. R. CHAPUS, droit administratif général, tome 1, 15ème édition, n° 1204.
- (151) Notamment : Civ., 26 octobre 1915, S. 1920.1.6 ; DP 1921.39.
- (152) J.-L. AUBERT, D. 1984.341 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, Dalloz, 8ème édition, n° 415.
- (153) Com., 27 novembre 2001, Bull., IV, n° 187.
- (154) Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 78, p. 518, point 6.
- (155) 1re Civ., 10 juin 1986, grands arrêts, 11ème édition, tome 1, p. 63, point 5.
- (156) 1re Civ., 1er décembre 1998, Bull., I, n° 338 ; 1re Civ., 9 novembre 1999, Bull., I, n° 298, p. 234 ; 1re Civ., 13 mars 2001, Bull., I, n° 70, p. 45 ; 1re Civ., 6 novembre 2001, Bull., I, n° 268, p. 170 ; 3è Civ., 10 mai 2001, Bull., III, n° 61, p. 48 ; 1re Civ., 5 mars 2002, Bull., I, n° 76, p. 58.
- (157) Conclusions de J.-F. Weber, sous 3è Civ., 15 décembre 1999, JCP (G) 2000 II 10236.
- (158) E. PIRE : Nullité ou inexistance ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 9, note 87.
- (159) Jcl civil, article 1338 à 1340, fasc. 10, n° 43.
- (160) Com., 30 novembre 1983, Bull., IV, n° 333.
- (161) E. PIRE : Nullité ou inexistance ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 13, et les auteurs cités *in fine*.
- (162) J.-M. AUBY : La théorie de l'inexistence des actes administratifs, Pédone, 1951, p. 295.
- (163) P. WEIL : Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif, D. 1958, chron., p. 56.
- (164) Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 78, p. 517, point 6.
- (165) A. BENABENT : Droit civil, les obligations, Montchrétien, 9ème édition, n° 202.
- (166) D. VEAUX, Jcl. Civil, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 11 ; E. PIRE : Nullité ou inexistance ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 10.
- (167) Exemple pouvant être pris de l'article 504, alinéa 1er, du Code civil.
- (168) E. PIRE : Nullité ou inexistance ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 10.
- (169) Com., 19 décembre 1983, RTD. Com. 1984.476.
- (170) 1re Civ., 20 janvier 1993, Bull., n° 31 ; RTD. Civ. 1993.843.

- (171) Paris, 8 juin 1954, D. 1954.577.
- (172) J. CHEVALLIER : Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome 14, Dalloz, p. 513 et s.
- (173) Cf. R. CHAPUS, droit administratif général, tome 1, 15ème édition, n° 1001.
- (174) E. PIRE : Nullité ou inexistence ?, Mémoire DEA, 2002, Université Paris XI, p. 9 ; RTD. Civ. 1914, p. 676 et s.
- (175) CE 5 mai 1969, préfet de Paris et autres c/ crédit municipal et autres, Rec., p. 329.
- (176) Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 78, p. 516, point 4, *in limine*, et p. 518, point 6, et l'arrêt cité.
- (177) Paris, 13 octobre 1979, GP 1980.151.
- (178) 1re Civ., 10 juillet 2002, D. 2003.549, note Gout.
- (179) 1re Civ. 20 janvier 1993, Bull., I, n° 31 ; RTD. Civ. 1993.843 ; Mégacode Procédure civile Dalloz, 1999, note 011.
- (180) CJCE 15 juin 1994, aff. C-137-92 P, Commission contre BASF et autres, Rec., I, p. 2555 et s. ; Europe 1994, n° 305.
- (181) Ord. référé T. Civil de la Seine, 19 juin 1957, RTD. Civ. 1958.121.
- (182) Par analogie avec l'article 111-5 du code pénal concernant l'appréciation de la légalité des actes administratifs dont dépend la solution du procès pénal.
- (183) Tribunal des conflits, 27 juin 1966, D. 1968.7.
- (184) Sur le recours aux fictions en droit privé, cf. R. Demogue, les notions fondamentales du droit privé, 1911, réédité en 2001, p. 238 à 251.
- (185) Dictionnaire du vocabulaire juridique, sous la direction de R. CABRILLAC, V° Fiction ; l'exemple n'est pas cité dans le lexique des termes juridiques Dalloz (V° fiction), ni dans le Vocabulaire juridique du Professeur CORNU (V° Fiction).
- (186) G. RIPERT et M. TEISSEIRE : Essai d'une théorie française de l'enrichissement sans cause en droit civil français, RTD. Civ., 1904, p. 727 et s.
- (187) Cf. R. PERROT : Rapport sur les nullités de procédure en matière civile selon le droit français, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Turin, 4-7 juin 1962, p. 744, n° 22, *in fine*.
- (188) CJCE 15 juin 1994, aff. C-137/92 P, Commission contre BASF et autres, Rec., I, p. 2555 et s., § 50.
- (189) Cf. P. PUIG : Hiérarchie des normes : du système au principe, RTD. Civ. 2001, p. 749 et s.

LES SERVITUDES DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR DE CASSATION

Laurent JACQUES
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

Le droit des servitudes souffre d'un certain discrédit, la servitude étant souvent considérée comme une institution ancestrale et vétuste, répondant plus aux préoccupations d'un monde rural qu'aux nécessités d'une société urbanisée.

Demolombe observait au XIX^e siècle que si les servitudes, à raison même de leur perpétuité et de leur grand nombre, pouvaient être considérées comme l'une des sources les plus fécondes des contestations et des procès, elles procuraient au fonds au profit duquel elles étaient instituées un avantage qui ne pouvait être comparé à l'inconvénient beaucoup moindre relativement, qui en résultait pour le fonds assujéti¹. Ce constat reste probablement vrai au XXI^e siècle, mais la difficulté à admettre d'autres restrictions aux prérogatives de la propriété que celles imposées par la puissance publique et fondées sur l'intérêt général, semble accroître la défaveur envers les servitudes.

La servitude, qui contribue à la bonne organisation des rapports de voisinage, reste une institution bien vivante, comme en attestent l'importance et la régularité du contentieux qu'elle suscite.

Le contrôle de la Cour de cassation en la matière témoigne d'une fidélité aux principes du Code civil (I), qui n'exclut pas une adaptation de la servitude à la vie moderne (II).

I. La fidélité aux principes du code civil

La Cour de cassation se livre à une interprétation stricte des dispositions du Code civil, qu'elles aboutissent à des solutions favorables (A) ou défavorables (B) aux servitudes.

A. L'interprétation favorable aux servitudes

La rigueur de la Cour de cassation se manifeste tant dans l'interprétation des prescriptions relatives aux servitudes légales que dans les solutions retenues en cas de transgression d'une servitude.

1. L'application des règles relatives aux servitudes légales

Deux servitudes légales de voisinage retiendront plus particulièrement l'attention : les vues sur la propriété voisine et les distances à observer pour les plantations.

a) L'interprétation des dispositions relatives aux vues

La Cour de cassation, qui excluait l'application des prescriptions des articles 678 et 680 du Code civil, relatifs aux distances à observer pour l'établissement de vues droites sur le fonds voisin, lorsque le fonds n'étaient pas contigus², a précisé, dans un **arrêt du 14 janvier 2004**³, que ces prescriptions s'appliquent lorsque le fonds dans lequel la vue a été établie est séparé du fonds sur lequel elle donne par

¹ G. Demolombe, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. 1er, 4^e éd. 1867, n° 1, p. 3.

² 3^e Civ., 21 décembre 1987, *Bull.*, III, n° 217 ; 22 mars 1989, *Bull.*, III, n° 74, RTD. Civ. 1991, p. 147, obs. F. Zénati.

³ *Bull.*, III, n° 9 ; JCP G 2004, I, 171, n° 17, obs. H. Périnet-Marquet.

un espace privé commun. La distance se calcule en tenant compte de toute la largeur de cet espace privatif. Cet arrêt, qui renforce la protection contre les risques d'indiscrétion, précise en outre que la distance légale se compte toujours jusqu'à la limite du fonds sur lequel s'exerce la vue, même en présence de balcons ou autres saillies avançant au-delà de cette limite.

b) La stricte application des prescriptions légales relatives aux distances à observer pour les plantations

Il ressort d'un **arrêt du 19 mai 2004**⁴ que la hauteur maximale autorisée par les articles 671 et 672 du Code civil pour arbres, arbrisseaux et arbustes plantés à moins de deux mètres de la ligne séparative s'applique en toute saison, sans qu'un dépassement puisse être admis au prétexte qu'il résulte de la croissance naturelle de végétaux qu'il est recommandé de ne tailler qu'à l'automne.

Cette interprétation résolument rigoureuse de la réglementation relative aux ouvertures et aux plantations s'accompagne du maintien d'une jurisprudence très ferme en matière de sanction de la transgression des servitudes.

2. La sanction de la méconnaissance des servitudes

La Cour de cassation veille au respect scrupuleux de l'inviolabilité de la servitude. Outre qu'elle rappelle que toutes les servitudes peuvent bénéficier de la protection possessoire, elle sanctionne leur violation par la démolition.

a) La protection possessoire des servitudes

La cour de cassation a dû réaffirmer, dans un **arrêt du 27 janvier 2004**⁵, le principe constant suivant lequel une servitude discontinue ou non apparente peut faire l'objet d'une protection possessoire, bien qu'elle ne puisse être acquise par une possession prolongée, même immémoriale, à condition qu'elle repose sur un titre duquel il résulte que le demandeur au possessoire a entendu exercer un droit et non user d'une simple tolérance.

La matière est délicate voire empreinte d'une grande subtilité, qui induit souvent en erreur : le juge du possessoire est tenu de rechercher l'existence d'un titre dans le dessein de caractériser la possession de la servitude discontinue ou non apparente et de faire tomber la présomption de précarité dont une telle servitude est l'objet, mais le principe du non-cumul du possessoire et du pétitoire lui interdit de statuer par des motifs exclusivement tirés du fond du droit ou de consacrer, dans son dispositif, l'existence ou l'inexistence de la servitude invoquée. Ce dernier impératif a été rappelé par deux arrêts récents : le premier, du **23 mars 2004**⁶, a cassé l'arrêt qui avait constaté, dans son dispositif, la disparition de l'état d'enclave et l'extinction de la servitude de passage ; le second, du **16 juin 2004**⁷, a censuré la décision qui, dans son dispositif, avait dit qu'une servitude de passage s'étendait au passage des services municipaux de ramassage des ordures ménagères et des services de La Poste.

b) La sanction de la violation d'une servitude

La sanction de la transgression d'une servitude est particulièrement rigoureuse.

Elle consiste en la démolition de la construction qui contrarie le libre exercice de la servitude.

⁴ Bull., III, n° 106 ; JCP G 2004, I, 171, n° 21, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 2004, Somm. comm., p. 2409, obs. B. Mallet-Bricout.

⁵ Pourvoi n° 02-18.959.

⁶ Pourvoi n° 02-12.764.

⁷ Pourvoi n° 03-12.014.

Telle est la solution qu'a rappelé un **arrêt du 17 décembre 2003**⁸ dans une affaire où les propriétaires du fonds dominant reprochaient au propriétaire du fond servant d'avoir édifié une construction en violation d'une servitude conventionnelle de prospect. La cour d'appel avait refusé d'ordonner la démolition et avait seulement alloué des dommages et intérêts en retenant qu'il convenait de tenir compte de la particulière gravité des conséquences d'une démolition et qu'une demande subsidiaire de dommages et intérêts avait été formulée. Son arrêt a été cassé au motif que la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé et que les propriétaires du fonds dominant demandaient, à titre principal, la démolition de l'immeuble.

Le principe selon lequel la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé est affirmé de façon constante et très ferme par la Cour de cassation qui sanctionne les décisions des juges allouant des dommages et intérêts alors que la démolition était demandée⁹. Le juge ne peut donc pas, en cette matière, décider de la nature de la sanction et préférer l'allocation de dommages et intérêts à la réparation en nature qui lui est demandée. Rien ne semble en revanche interdire à la victime de la transgression de limiter sa prétention à la réparation par équivalent du préjudice en résultant¹⁰.

La transgression d'une servitude est donc sanctionnée aussi rigoureusement qu'est assurée la défense de la propriété contre l'empiètement. Dans l'une et l'autre hypothèses, le demandeur n'a pas à rapporter la preuve d'une faute, que suffit à caractériser l'atteinte apportée au droit réel¹¹, ni à justifier de l'existence d'un préjudice¹². Si cette convergence des solutions traduit l'idée que la servitude est un démembrement du droit de propriété auquel elle emprunte son attribut essentiel, l'exclusivité¹³, elle n'en est pas moins remarquable en ce que, du point de vue de la sanction, elle place sur un pied d'égalité le droit de propriété, reconnu inviolable et sacré, et la servitude, pourtant généralement considérée avec une certaine défaveur et dépourvue de l'absolutisme du droit de propriété. Fondée, pour l'atteinte au droit de propriété, sur l'article 545 du Code civil, qui prohibe l'expropriation pour cause d'utilité privée, et pour la violation d'une servitude, sur l'article 701, qui dispose que le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode, la solution est souvent critiquée. La Cour de cassation la maintient fermement sans retenir les correctifs, tels que l'abus de droit ou les mécanismes de la responsabilité civile, préconisés en vue d'infléchir sa jurisprudence. Assurément rigoureuse, celle-ci a néanmoins l'avantage de la simplicité et de la certitude, alors que l'absence d'automatisme de la démolition conduirait à prendre en compte l'importance quantitative de l'empiètement ou de l'atteinte apportée à l'exercice de la servitude. Elle produit en outre un effet dissuasif en incitant le propriétaire, mais aussi l'architecte, dont, selon un **arrêt du 14 décembre 2004**¹⁴, la responsabilité peut être engagée pour manquement à son devoir de conseil, à prendre toutes les précautions, avant de construire, pour éviter d'empiéter sur le fonds voisin ou de troubler l'exercice d'une servitude.

La convergence des solutions en matière de propriété et de servitude est circonscrite à la sanction applicable en cas de violation de ces droits. En cas de conflit opposant la servitude et la propriété, la première cède le pas sur la seconde, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence qui refuse de consacrer l'existence d'une servitude en cas d'empiètement.

⁸ Bull. n° 241 ; RD imm. 2004, p. 281, obs. E. G.M.O.

⁹ Cf., à propos d'une servitude *non altius tollendi*: 3° Civ., 4 octobre 1989, Bull., III, n° 183 ; D. 1991, somm. comm. p.26, obs. A. Robert ; RTD. Civ. 1990, p. 682, obs. F. Zénati ; RDI 1990, p. 470, obs. J.-L. Bergel ; Defrénois 1990, p. 1028, obs. H. Souleau ; 3° Civ., 31 janvier 1995, pourvoi n° 93-12.490 ; à propos d'une servitude *non aedificandi*: 3° Civ., 19 juillet 1995, Bull., III, n° 207 ; Defrénois 1996, p. 798, obs. C. Atias ; 15 janvier 1997, pourvoi n° 94-19.337.

¹⁰ L'opinion contraire est toutefois soutenue par un auteur, qui estime que la victime ne peut réduire son droit à réparation à une simple indemnisation car elle "prive sa demande de base légale" ; cf. E.G.M.O., obs. précitées.

¹¹ 3° Civ., 10 novembre 1992, Bull., III, n° 292 ; 23 mars 1999, pourvoi n° 97-16.974.

¹² 3° Civ., 31 janvier 1995, pourvoi n° 93-12.490.

¹³ V. F. Zénati, obs. précitées.

¹⁴ Pourvoi n° 03-17.070, en cours de publication.

B. L'interprétation défavorable aux servitudes

L'application rigoureuse des principes du Code civil peut aussi conduire à retenir des solutions défavorables au développement des servitudes. Celles-ci seront illustrées par l'interprétation restrictive donnée à la notion même de servitude, qui interdit la reconnaissance des servitudes d'empiétement, et par les limitations apportées aux possibilités d'acquisition par prescription des servitudes du fait de l'homme.

1. La prohibition des servitudes d'empiétement

La servitude trouve ses limites lorsqu'elle réalise un empiétement sur la propriété d'autrui.

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser, dans un **arrêt du 24 mai 2000**¹⁵, qu'une servitude ne pouvait être constituée par "un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété". Cet arrêt a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait retenu que l'aménagement réalisé par l'auteur commun, consistant dans l'affectation d'un local avec cabinet d'aisances à l'usage exclusif du propriétaire du fonds voisin, établissait l'existence d'une servitude par destination du père de famille.

Critiquée en ce qu'elle restreint la liberté des parties de déterminer les services fonciers propres à répondre à leurs besoins¹⁶, alors même que la servitude, spéciale, ne grèverait qu'une fraction minime du fonds servant, cette jurisprudence a néanmoins été confirmée par deux arrêts ultérieurs, dans une formulation toutefois différente, qui en fait ressortir la raison d'être, tenant à la "détestation" du droit français pour l'empiétement¹⁷.

Par un **arrêt du 27 juin 2001**¹⁸, la Cour de cassation a en effet jugé, pour censurer une décision qui avait à nouveau retenu l'existence d'une servitude par destination du père de famille pour rejeter une demande de démolition d'une véranda édiflée en surplomb du fonds voisin, "qu'une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui".

De même, elle a jugé **le 12 juin 2003**¹⁹, pour le même motif, qu'un dépassement d'une toiture sur le fonds voisin, existant depuis plus de trente ans, ne pouvait faire acquérir une servitude par prescription trentenaire.

La servitude d'empiétement est donc bannie du droit français, qui n'admet pas que l'empiétement puisse se pérenniser à l'abri de la notion de servitude. Les aménagements qui réalisent un empiétement sur la propriété voisine ne peuvent être justifiés par le recours à la technique de la servitude. Définie par l'article 637 du Code civil comme une charge imposée à un héritage pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage, la servitude ne peut que diminuer l'exercice du droit du propriétaire du fonds servant, sans priver celui-ci de tous les attributs de son droit de propriété.

Cette conception restrictive de la notion de servitude condamne les servitudes de surplomb²⁰.

La jurisprudence freine par ailleurs les possibilités d'acquisition des servitudes par prescription.

2. L'acquisition par prescription des servitudes du fait de l'homme

¹⁵ 3^e Civ., 24 mai 2000, *Bull.*, III, n° 113 ; D. 2001, p. 151, note R. Libchaber ; JCP G 2000, I, 265, n° 21, obs. H. Périnet-Marquet ; Defrénois 2000, p. 1170, obs. C. Atias ; RD imm. 2000, p. 316, obs. J.-L. Bergel.

¹⁶ R. Libchaber, note précitée.

¹⁷ R. Libchaber, note précitée.

¹⁸ 3^e Civ., 27 juin 2001, *Bull.*, III, n° 87 ; JCP G 2002, I, 126, n° 18, obs. H. Périnet-Marquet ; Constr.-Urb. 2001, n° 205, obs. D. Sizaire ; RD imm. 2002, p. 141, note J.-L. Bergel ; JCP G 2003, II, 10141, note J.-L. Elhoueiss.

¹⁹ Pourvoi n° 01-14.371, D. 2003, p. 2111, note R. Degorces.

²⁰ V. D. Sizaire et H. Périnet-Marquet, notes précitées.

Oeuvre de compromis entre le mécanisme romain de l'acquisition de la propriété par la possession prolongée²¹ et les solutions coutumières, elles-mêmes opposées²², le Code civil n'a admis la prescription acquisitive que pour les servitudes à la fois continues et apparentes.

La difficulté, voire l'impossibilité de justifier logiquement et en équité la solution restrictive de ce code²³, jointe au fait que "l'acquisition des droits par l'usage prolongé répond à un sentiment commun, à une réaction instinctive"²⁴, ont conduit à imaginer divers correctifs pour en atténuer la portée, notamment en élargissant le nombre des servitudes continues et en facilitant la preuve des servitudes discontinues. Ces tentatives pour s'affranchir des règles du Code civil se sont heurtées à la rigueur de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, d'une part, veille au respect de l'interprétation traditionnelle donnée aux articles 690 et 691 du Code civil relatifs à la distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues et qui, d'autre part, est revenue récemment à une conception plus orthodoxe des règles régissant la preuve des servitudes discontinues.

a) **La rigueur persistante dans la distinction traditionnelle entre les servitudes continues et les servitudes discontinues**

Le Code civil distingue d'après leur mode d'exercice les servitudes continues et discontinues (art. 688).

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continu, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. Telles sont les servitudes de vues, d'aqueduc ou d'égout des eaux pluviales, même si l'exercice de cette dernière est intermittent.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées. Tels sont les droits de passage, puisage, pacage, etc. Leur usage n'est continu, ni en actes, ni en puissance et le caractère d'apparence qu'elles pourraient avoir n'en changerait point la nature, pas plus que l'existence d'un ouvrage permanent, dès lors que l'exercice de la servitude ne se conçoit pas sans l'action de l'homme.

Aussi, alors que la servitude d'écoulement des eaux pluviales est continue, la servitude d'écoulement des eaux usées est discontinue, parce que son exercice ne se conçoit pas sans l'intervention renouvelée de l'homme. Dans un **arrêt du 8 décembre 2004**²⁵, la troisième chambre civile a, en application de cette jurisprudence traditionnelle, cassé, sur un moyen relevé d'office, l'arrêt qui avait retenu qu'une installation d'égout d'eaux usées sur un fonds étranger correspondait à une servitude continue, pouvant être acquise par prescription trentenaire.

Un **arrêt du 19 mai 2004**²⁶ a affiné la distinction dans le cas d'une servitude s'exerçant par elle-même, au moyen d'ouvrage permanent, en retenant, à propos d'une servitude de puisage qui s'exerçait au moyen d'une crépine²⁷ et d'une canalisation partant du puits et aboutissant à une installation de pompage, qu'une servitude discontinue restait telle quand l'outillage qui la rendait artificiellement permanente ne pouvait fonctionner que sous le contrôle de l'homme.

²¹ V. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Droit fondamental, 1989, n° 121, p. 150.

²² V. F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 6^{ème} éd., n° 895, p. 711.

²³ C. Larroumet, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, Economica, T. II, 4^e éd., n° 866, p. 532.

²⁴ C. Atias, note sous 3^e Civ., 15 février 1995, *Defrénois* 1995, art. 36214.

²⁵ Pourvoi n° 03-17.225 ; jurisprudence constante : cf. 3^e Civ., 29 avril 2002, pourvoi n° 00-15.629 ; 21 juin 2000, *Bull.*, III, n° 127 ; 15 février 1995, *Bull.*, III, n° 54 ; 11 mai 1976, *Bull.*, III, n° 198.

²⁶ *Bull.*, III, n° 105 ; JCP G 2004, I, 171, n° 22, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 2004, Som. m. comm., p. 2471, obs. B. Mallet-Bricout.

²⁷ Crépine : "tôle perforée servant à arrêter les corps étrangers à l'ouverture d'un tuyau" (Le Petit Robert).

Un arrêt du 23 juin 1981 avait néanmoins admis le caractère continu d'un droit à l'usage de l'eau d'un étang qui s'exerçait au moyen d'un ouvrage permanent, "encore que l'usage n'en soit qu'intermittent et comporte, pour sa suspension ou sa reprise, l'intervention de l'homme"²⁸.

Il résulte du rapprochement de ces deux décisions que le critère de distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues tient, bien sûr, à l'intervention de l'homme, mais qu'il faut également prendre en considération l'importance de celle-ci et sa fréquence. Lorsque l'activité humaine est seulement secondaire, elle n'affectera pas le caractère continu de la servitude. Quand, en revanche, l'intervention de l'homme apparaît constante ou incessante, de sorte que la servitude ne peut s'exercer sans son fait actuel, celle-ci sera nécessairement discontinuée, même si elle s'exerce au moyen d'ouvrages permanents.

Cette jurisprudence, qui limite les possibilités d'acquisition par prescription trentenaire des servitudes, est critiquée par la doctrine, qui appelle de ses vœux une redéfinition des contours de la servitude discontinuée, en reprochant à la Cour de cassation de n'avoir pas tiré toutes les conséquences de l'évolution des techniques et du recul de l'intervention humaine dans l'exercice de certaines servitudes²⁹.

La doctrine loue en revanche le retour à une conception plus restrictive de la preuve des servitudes.

b) La rigueur retrouvée dans l'interprétation des dispositions légales relatives à la preuve des servitudes discontinuées

La preuve des servitudes discontinuées ou non apparentes s'avère difficile à rapporter, du fait de l'impossibilité de les acquérir par prescription.

Aux termes de l'article 691 du Code civil, ces servitudes ne peuvent être établies que par titre et l'article 695 n'admet comme seul substitut au titre constitutif qu'un titre récognitif. Ce texte énonce que "le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi". Ainsi cet article admet-il qu'une servitude puisse être prouvée par un titre récognitif, c'est-à-dire un titre qui n'établit pas la servitude, mais en reconnaît l'existence.

L'interprétation de la portée de ces dispositions a sensiblement évolué.

La jurisprudence a pendant longtemps facilité la preuve de la servitude, d'abord en dispensant le titulaire du titre récognitif de la représentation du titre primordial normalement exigée par l'article 1337 du Code civil pour les actes récognitifs et confirmatifs, puis en n'exigeant plus que la reconnaissance porte sur un titre constitutif, ce qui transformait le titre récognitif en un simple aveu écrit résultant de la reconnaissance de celui qui doit la servitude.

Elle s'est même contentée d'un aveu tacite, résultant du comportement du propriétaire du fonds servant qui a toléré, sans contestation, l'exercice prolongé de la servitude³⁰.

La jurisprudence est revenue depuis à une conception plus restrictive de la preuve légale.

Elle a décidé que le titre récognitif ne peut être constitué par un aveu du propriétaire du fonds servant résultant de son comportement, car l'aveu extrajudiciaire ne peut établir qu'un fait, alors que l'existence d'un titre récognitif est une question de droit³¹.

²⁸ Civ. 3, 23 juin 1981, *Bull.* n° 133 ; D. 1983, IR, 19, obs. A. Robert ; RD imm., 1982, p. 57, obs. J.-L. Bergel.

²⁹ V. B. Mallet-Bricout, obs. précitées.

³⁰ 3^e Civ., 21 février 1978, *Bull.*, III, n° 86.

³¹ 3^e Civ., 27 avril 1988, *Bull.*, III, n° 82 ; 22 mars 1989, *Bull.*, III, n° 72 ; 15 décembre 1993, *Bull.*, III, n° 173 ; 7 avril 1994, *Bull.*, III, n° 82.

Elle a également jugé que l'acte récongnitif doit constater l'existence d'un acte juridique antérieur, constitutif de la servitude. Ainsi, dans un **arrêt du 30 avril 2003**³², a-t-elle cassé la décision qui s'était fondée, pour reconnaître l'existence d'une servitude de passage, sur un acte de partage qui mentionnait l'existence d'un droit de passage, sans faire référence au titre constitutif de la servitude.

Abandonnant la référence à l'aveu d'un droit, critiquée dans la mesure où l'aveu de l'exercice d'une servitude peut être considéré comme l'aveu d'un fait, la Cour de cassation a, dans un **arrêt du 7 avril 2004**³³, censuré un arrêt qui s'était fondé sur des aveux non équivoques de la constitution de la servitude, en rappelant que l'article 691 du Code civil n'autorise à prouver l'existence d'une servitude discontinue qu'en se fondant sur un titre récongnitif.

La servitude ne peut donc être prouvée, conformément au dispositif légal, que par un acte écrit, constitutif ou récongnitif.

La rigueur de la jurisprudence dans l'interprétation de la notion de titre récongnitif est toutefois tempérée par le recours à la notion de commencement de preuve par écrit, confirmé par un **arrêt du 24 novembre 2004**³⁴, qui admet l'existence d'une servitude verbalement convenue entre les parties, dont la preuve est rapportée par un commencement de preuve par écrit complété par des éléments de preuve précis et concordants.

Comment expliquer cette interprétation plus orthodoxe voire rigoriste des principes du Code civil ? Faut-il en conclure que la troisième chambre civile mériterait, dans la matière des servitudes, d'être qualifiée de "princesse de l'exégèse", soucieuse d'appliquer à la lettre le Code civil, même au risque d'accentuer le divorce entre le droit des servitudes organisé par ce code et les réalités actuelles ?

Cette image ne lui correspondrait pas plus que la désignation de "prince de l'exégèse" ne correspond à Demolombe³⁵. La rigueur dont elle fait preuve s'explique par le souci d'assurer la sécurité juridique. Elle s'accompagne en outre d'une volonté de rénovation du droit des servitudes afin de l'adapter à la vie moderne.

II. Les adaptations de la servitude à la vie moderne

Si le droit des servitudes a perdu une partie de son empire en raison de l'apparition de formes nouvelles de la propriété, la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation révèle une tendance notable à faciliter le recours aux servitudes, qui se traduit non seulement par un élargissement de leur champ d'application (A), mais encore par un assouplissement de leurs modalités d'acquisition et d'extinction (B).

A. L'élargissement du champ d'application des servitudes

Jusqu'à présent, les servitudes n'avaient pas leur place dans la copropriété, ce qui restreignait sérieusement leur champ d'application dans les zones urbanisées³⁶.

La Cour de cassation décidait en effet, depuis plus de vingt ans³⁷, qu'il existait une incompatibilité absolue entre servitudes et copropriété. Se fondant sur la définition de la servitude figurant à l'article 637

³² *Bull.*, III, n° 93.

³³ *Bull.*, III, n° 83, D. 2004, Som. m. comm., p. 2472, obs. B. Mallet-Bricout.

³⁴ Pourvoi n° 03-15.168, en cours de publication.

³⁵ V. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 80.

³⁶ V. J. Peyret, *L'évolution du droit des servitudes*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées René Savatier, Puf, Paris, 1991, p. 75.

³⁷ Voir notamment 3^e Civ., 30 juin 1992, *Bull.*, III, n° 231 ; Defrénois 1993, art. 35490, note J.-L. Aubert ; JCP N 1994, II, p. 82, note C. Giverdon.

du Code civil, elle jugeait qu'une servitude n'existe que si le fonds servant et le fonds dominant constituent des propriétés distinctes et séparées appartenant privativement à des propriétaires différents. Or, la copropriété est constituée par des lots qui eux-mêmes sont composées de deux éléments indissolublement liés : les parties privatives et la quote-part correspondante de parties communes. Les parties privatives ne représentant pas, pour la Cour de cassation, un fonds distinct et les parties communes dont chaque lot détient une quote-part étant indivises, la Cour de cassation en déduisait l'absence de fonds distincts et séparés et l'impossibilité corrélatrice de constituer une servitude sur des parties privatives d'un lot au profit des parties privatives d'un autre lot.

En dépit des considérations à la fois pratiques et théoriques³⁸ qui la justifiaient, cette prohibition prétorienne rencontrait l'hostilité de nombreux auteurs, qui faisaient notamment valoir que l'article 637 du Code civil signifie seulement qu'aucune servitude n'est concevable, ni nécessaire, lorsque les deux fonds sont la propriété d'une seule et même personne. La doctrine semblait néanmoins faire preuve d'une certaine résignation devant sa constante réitération, alors que dans la pratique, les notaires continuaient souvent d'insérer des clauses établissant des servitudes dans les règlements de copropriété et dans les actes de vente de biens dépendant d'immeubles en copropriété.

Par un arrêt de principe du **30 juin 2004**³⁹, la troisième chambre civile a mis fin à ce "tabou"⁴⁰. Elle considère désormais que la partie privative d'un lot et la quote-part correspondante de parties communes constituent un "héritage" au sens de l'article 637 et admet en conséquence la possibilité d'établir une servitude entre les parties privatives de deux lots appartenant à des propriétaires distincts. Dans l'espèce considérée, les actes notariés énonçaient qu'un lot à usage de garage était grevé d'un droit de passage au profit d'un lot contigu pour permettre au propriétaire de ce lot d'accéder à son emplacement de garage qui se trouvait enclavé. A été en conséquence rejeté le moyen du pourvoi qui, invoquant l'incompatibilité entre servitudes et copropriété, reprochait à la cour d'appel d'avoir retenu que ce droit de passage prévu par les actes constituait une servitude réelle et non un droit personnel.

Il n'existe plus désormais d'incompatibilité de principe à l'établissement d'une servitude au profit de la partie privative d'un lot sur la partie privative d'un autre lot. Considérée parfois comme une survivance d'une technique obsolète, dont le déclin puis la disparition seraient inéluctables en raison de son inadaptation à la vie moderne, la servitude, conservée par le Code civil, fait ainsi son entrée, par la grande porte, dans le droit de la copropriété et confirme le déplacement de son centre principal d'intérêt de la campagne à la ville⁴¹.

Cette extension considérable du champ d'application de la servitude s'accompagne d'un assouplissement des règles relatives à leur acquisition et à leur extinction.

B. L'assouplissement des règles régissant l'acquisition et l'extinction des servitudes

1. L'acquisition des servitudes par destination du père de famille

La destination du père de famille est l'acte par lequel le propriétaire avisé d'un héritage, destine cet héritage ou une partie de celui-ci à l'usage ou à l'utilité d'un autre fonds lui appartenant ou d'une partie de cet autre fonds, de telle sorte que l'aménagement existant entre eux, qui ne constituait jusqu'alors que l'exercice du droit de propriété, deviendra, par l'effet de la loi, et sous certaines conditions, une servitude.

³⁸ Sur la justification de cette jurisprudence : V. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1991, p. 305.

³⁹ *Bull.*, III, n° 140 ; RTD. Civ. 2004, p. 753, obs. T. Revet ; JCP G 2004, I, 171, n° 15, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 2004, IR, p. 2083 ; Loyers et copropriété, novembre 2004, p. 24, note G. Vigneron ; Construction-Urbanisme, septembre 2004, p. 14, note 16, par D. Sizaire ; Revue des loyers 2004, p. 706, note T. Dubaie.

⁴⁰ V. D. Sizaire, note précitée.

⁴¹ V. F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 866, p. 692.

L'aménagement des fonds constituant la destination du père de famille doit avoir été réalisé par le propriétaire avant leur séparation et subsister à ce moment, faute de quoi il ne peut révéler l'intention du constituant d'assujettir une parcelle à une autre.

Aux termes de l'article 694 du Code civil, "si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné".

La conciliation de ce texte, qui n'exige pas que la servitude soit continue, avec l'article 692, qui pose en principe que la destination du père de famille ne vaut titre que pour les servitudes apparentes et continues, a suscité de nombreuses controverses doctrinales.

Il est désormais acquis que chaque texte a son propre domaine d'application : l'article 692 vise le cas où l'aménagement, établi ou maintenu par le propriétaire commun, correspond à une servitude apparente et continue ; l'article 694 s'applique en revanche aux servitudes apparentes mais discontinues. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire de produire le titre qui a opéré la séparation, car l'existence d'un aménagement permanent et apparent est présumée traduire la volonté du propriétaire commun d'établir une servitude. Au contraire, si l'aménagement correspond à une servitude apparente, mais discontinue, cette servitude naît bien, elle aussi, de la séparation des fonds en vertu de la destination du père de famille, mais seulement si l'acte de séparation ne contient "aucune convention relative à la servitude". Par suite, celui qui invoque la servitude doit prouver cette circonstance et, à cette fin, produire l'acte de séparation des fonds, afin que le juge puisse vérifier que cet acte ne contient aucune stipulation contraire au maintien de la servitude.

La possibilité d'établir par destination du père de famille une servitude discontinue mais apparente semblant encore assez souvent méconnue, ce principe a été rappelé par un **arrêt du 24 novembre 2004**⁴² qui énonce, pour casser une décision qui avait retenu à tort que seules les servitudes continues et apparentes pouvaient être établies par destination du père de famille, que "la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes discontinues, lorsqu'existent, lors de la division du fonds, des signes apparents de la servitude et que l'acte de division ne contient aucune stipulation contraire à son maintien".

Un **arrêt du 19 février 2003**⁴³ a en outre rappelé que l'aménagement des fonds constituant la destination du père de famille doit avoir été réalisé par le propriétaire avant leur séparation et subsister à ce moment, faute de quoi il ne peut révéler l'intention du constituant d'assujettir une parcelle à une autre.

Cet arrêt a cassé, pour manque de base légale, une décision qui avait admis la protection possessoire d'une servitude de passage par destination du père de famille, en visant "les restes d'un portillon", sans rechercher si ce portillon existait lors de la division des fonds.

Au-delà de ce rappel, cet arrêt est intéressant en ce qu'il précise que les juges du fond doivent procéder à cette recherche d'office, même en l'absence de contestation des parties, et relever dans leur décision que l'aménagement invoqué par celui qui revendique le bénéfice de la servitude existait lors de la séparation des fonds.

Les deux conditions posées par l'article 694 sont "nécessaires et suffisantes"⁴⁴. Il en résulte que le juge qui en constate la réunion justifie sa décision par ces seuls motifs, ceux relatifs au caractère continu de la servitude pouvant dès lors être tenus pour surabondants⁴⁵.

⁴² Pourvoi n° 03-16.366, en cours de publication.

⁴³ *Bull.*, III, n° 45.

⁴⁴ Req., 27 janvier 1937, D. H. 1937, p. 132 : "Mais attendu que deux conditions sont nécessaires et suffisantes pour l'établissement des servitudes par destination du père de famille : un signe apparent et l'inexistence de toute convention relative à la servitude dans l'acte séparatif des fonds".

⁴⁵ 3^e Civ., 22 octobre 2003, pourvoi n° 02-11.733.

De même, le juge n'est pas tenu de caractériser spécialement l'intention de l'auteur commun.

Depuis une quinzaine d'années, la jurisprudence avait toutefois semblé marquer une inflexion en posant une exigence accrue quant à la recherche de cette intention. Deux arrêts avaient en effet censuré des décisions de cours d'appel qui avaient pourtant relevé l'existence d'un signe apparent de servitude et l'absence, dans l'acte de division, de toute stipulation relative à la servitude, au motif que le juge avait omis de constater que l'auteur commun de la division avait voulu, lors de cette division, établir une servitude à la charge de la parcelle au profit d'une autre⁴⁶.

Un **arrêt du 28 mai 2003**⁴⁷ a cependant redonné toute sa place à la présomption légale résultant du silence de l'acte de division. A été cassé, pour violation des articles 693 et 694 du Code civil, l'arrêt d'une cour d'appel qui, tout en retenant l'existence d'un signe apparent de servitude, avait rejeté une demande tendant à la reconnaissance d'une servitude par destination du père de famille au motif que si les propriétaires originels avaient voulu consentir une servitude, ils auraient demandé au notaire rédacteur de l'acte de division de rédiger une clause en ce sens, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'acte de division n'avait rien prévu relativement à la servitude et qu'elle n'avait pas relevé d'éléments de nature à démontrer la volonté de l'auteur d'écarter la présomption légale qui s'attachait à la situation de fait constatée.

La jurisprudence la plus récente tend donc à faciliter l'acquisition des servitudes par destination du père de famille. Parallèlement, elle élargit, très prudemment, les modes d'extinction des servitudes.

2. L'extinction des servitudes

L'article 703 du Code civil dispose que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

En dépit des réserves d'une partie de la doctrine, la jurisprudence est bien établie en ce sens que l'inutilité de la servitude conventionnelle ne peut entraîner son extinction⁴⁸. Ainsi est écartée l'extension, proposée par certains, de l'article 703 à cette hypothèse.

Un arrêt du **9 juillet 2003**⁴⁹ a cependant été perçu comme un revirement de jurisprudence, bien qu'il puisse difficilement être considéré, en l'état, comme consacrant une nouvelle cause d'extinction des servitudes conventionnelles reposant sur leur inutilité.

Cet arrêt approuve une cour d'appel, qui avait relevé que les choses se trouvaient en tel état qu'on ne pouvait plus en user conformément au titre, d'en avoir déduit qu'était éteinte une servitude affectée, selon le titre constitutif, à une destination déterminée. Ainsi que l'ont relevé les commentateurs, la Cour de cassation ne s'est pas fondée sur la perte d'utilité de la servitude mais sur la non-conformité de son usage par rapport à ce que les parties avaient prévu dans l'acte constitutif qui, dans le cas d'espèce, limitait l'exercice de la servitude à une destination précise. Rappelant, en s'inspirant d'une précédente décision⁵⁰, que lorsque l'obstacle mis à l'exercice d'une servitude conformément à son titre constitutif peut être supposé définitif, l'impossibilité d'exercice n'agit pas seulement comme une cause de suspension de la servitude, qui ne s'éteindrait définitivement qu'après l'accomplissement de la prescription extinctive trentenaire, mais revêt le caractère d'une cause immédiate d'extinction, cet arrêt, qu'il semble prématuré de qualifier de revirement de jurisprudence, assouplit néanmoins les modalités d'extinction des servitudes conventionnelles par le biais du respect dû au titre constitutif.

⁴⁶ 3^e Civ., 22 juillet 1987, *Bull.*, III, n° 157 ; 6 janvier 1993, pourvoi n° 91-14.422.

⁴⁷ *Bull.*, III, n° 117.

⁴⁸ 3^e Civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-12.898 ; 5 mars 1997, pourvoi n° 95-12.485 ; 3 novembre 1981, *Bull.*, III, n° 178 ; 5 juin 2002, pourvoi n° 99-18.923.

⁴⁹ *Bull.*, III, n° 157 ; D. 2004, p. 1115, note V. Fernandez ; Revue des loyers 2004, p. 1678, note R. Martin ; Gaz. Pal. 23-24 mai 2004, p. 23, note S. Piédelièvre ; AJDI, janvier 2004, p. 53, note O. Abram ; RD imm. 2003, p. 570, note M.B.

⁵⁰ 3^e Civ., 10 février 1976, *Bull.*, III, n° 60.

Conclusion

L'étude de la jurisprudence récente de la Cour de cassation fait donc apparaître une inclinaison dans deux directions qui pourraient, de prime abord, sembler opposées : d'un côté, la troisième chambre civile semble faire preuve d'une rigueur renouvelée pour assurer le respect des principes du Code civil ; de l'autre, elle manifeste sa volonté de faire évoluer le droit des servitudes pour l'adapter à la vie moderne et à la société urbaine.

La contradiction, qui n'est qu'apparente, s'explique par le souci de concilier la sécurité juridique avec la nécessaire modernisation de la matière des servitudes.

La technique de la servitude n'est pas un "chef d'oeuvre juridique"⁵¹ en péril, condamné, par sa vétusté et son archaïsme, à une disparition imminente. Le rajeunissement entrepris, accompagné de la volonté constante de veiller aux principes issus du Code civil, peut, en se poursuivant voire en s'amplifiant, contribuer, dans l'attente d'une éventuelle refonte globale du droit des biens⁵², à une "régénération" du droit des servitudes, sans le plonger dans une "ébullition"⁵³ qui risquerait d'en entraîner l'évaporation.

⁵¹ A.-M. Patault, *op. cit.*, n° 118, p. 148.

⁵² V. R. Libchaber, *La recodification du droit des biens*, in *Le code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz et Litec, 2004, p. 373.

⁵³ V. B. Mallet-Bricout et N. Nadège-Maupin, D. 2004, Somm. comm. p. 2405.

LA LOYAUTÉ DE LA PREUVE **(à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle)**

Pascal LEMOINE
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

L'interrogation de la base documentaire Jurinet, effectuée en accolant les mots-clés "loyauté" et "preuve", permet de consulter 177 arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis 1963. Même si toutes ces décisions ne concernent pas directement notre sujet, elles permettent néanmoins de constater, à travers ce simple prisme statistique, qu'il s'agit d'une question qui est fréquemment invoquée au soutien d'un pourvoi en cassation formé en matière pénale.

Domat a défini la preuve comme "*ce qui persuade l'esprit d'une vérité*"¹, ce qu'exprime également la maxime latine "*idem est non esse et non probari*"².

Aussi, dès lors que la recherche de la vérité reste l'objectif majeur du procès pénal, les questions liées à l'origine et à la valeur de la preuve sont d'autant plus importantes qu'elles ne peuvent plus, dorénavant, être dissociées des impératifs d'efficacité et de célérité³ qui doivent également guider la conduite de la procédure pénale jusqu'à son terme. Cette préoccupation, qui explique que le panel des réponses pénales se soit largement diversifié au cours des deux décennies écoulées, a pour effet de confier fréquemment à la juridiction de jugement, saisie sur le fondement de l'article 385 du Code de procédure pénale, le soin de trancher d'éventuelles nullités de procédure.

Dans le même temps, la délinquance et la criminalité ont évolué. En ayant habilement recours aux nouvelles technologies, aussi bien pour commettre les faits que pour tenter d'empêcher l'identification de leurs auteurs et leur permettre d'échapper aux poursuites, elles tendent à revêtir plus largement que par le passé un caractère sophistiqué, occulte, parfois opaque⁴. De son côté, l'accusation souhaite également profiter des avancées technologiques, dans un souci évident d'efficacité.

Du point de vue de la loyauté de la preuve, cette évolution de la délinquance et des techniques d'investigation pose à la Justice la question de l'étendue du contrôle qu'elle exerce sur les preuves qui lui sont soumises, au regard notamment des principes contenus, dans les articles 3, 5, 6, 8 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article 6 pose les deux principes d'égalité des armes et de respect du contradictoire qui emportent des conséquences originales, par exemple, sur la définition des règles admises pour recueillir les témoignages, avec le développement de la notion de procès équitable. En outre, à la différence de l'article 8, il ne prévoit pas de possibilité de déroger aux principes qu'il édicte, hormis celui -limité- de la publicité des débats à l'audience de la juridiction de jugement.

Pour autant, ce texte ne mentionne pas le principe de loyauté, et l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques n'y fait référence qu'en consacrant le droit de chacun à ne pas s'auto-incriminer, tandis que l'article préliminaire du Code de procédure pénale n'y fait pas davantage allusion, alors pourtant qu'il définit les principes directeurs du procès pénal⁵.

¹ J. Domat, "Les lois civiles dans leur ordre naturel", Paris, éd. Cavelier, t.1, 1771, p. 204.

² "Ce qui n'est pas prouvé n'est pas".

³ Cf., notamment, "Rapport sur l'efficacité et la célérité de la Justice" de M. J.-C. Magendie, disponible sur le site Intranet du Ministère de la Justice.

⁴ Et encore n'évoque-t-on pas l'allongement constant des délais de prescription de l'action publique en matière d'infractions commises sur des mineurs qui posent déjà et poseront davantage encore à l'avenir de redoutables difficultés de preuve !

⁵ En matière civile, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile ne mentionne pas davantage le principe de loyauté.

Si l'on définit la loyauté comme *"la fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur, de la probité"*⁶, il s'ensuit que le respect du principe de loyauté devient, non seulement, la condition d'exercice des droits de la défense mais, plus généralement, celle de la conduite du procès équitable.

Cette définition rejoint d'ailleurs celle qu'en donnait, il y a plus de quarante ans, le doyen Bouzat⁷, pour lequel la loyauté est *"une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice"*.

Plus récemment, les auteurs d'une recherche universitaire portant sur les transformations de l'administration de la preuve pénale⁸ ont relevé que *"philosophiquement, les objectifs de la procédure pénale -vérité, légitimité, efficacité- au service desquels est mise la preuve se révèlent en tension interne, la légitimité pouvant cantonner la recherche de vérité et d'efficacité, ou l'inverse ; l'efficacité pouvant tendre à l'objectivation de la vérité, ou à sa défiguration, etc."*.

Comment garantir, dans ces conditions, une exigence de loyauté dans la production des preuves qui soit compatible, non seulement avec le principe de liberté des preuves posé, notamment, par l'article 427 du Code de procédure pénale, mais aussi avec l'assurance d'une procédure pénale équitable et impartiale tout en restant efficace ?

Tenter cette conciliation c'est finalement essayer d'ériger au rang d'un principe général de procédure⁹ et conférer valeur juridique à un concept, celui de loyauté, qui appartient, faute d'affirmation textuelle explicite, essentiellement au domaine moral.

La Cour européenne des droits de l'homme, depuis un arrêt du 6 décembre 1988¹⁰, paraît avoir consacré une obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves, corollaire de l'exigence d'un procès équitable. Elle prend soin cependant de rappeler que l'admissibilité des modes de preuve relève essentiellement du droit interne¹¹, et que les organes de la Convention se bornent *"à rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des preuves, revêt un caractère équitable"*¹².

Une telle approche est critiquée car cette conception *"globalisante (est) finalement moins protectrice de l'accusé qu'on aurait pu l'espérer"*¹³.

Aussi, dès lors qu'il se trouve ainsi renvoyé à ses propres responsabilités, en quelque sorte, le juge national doit-il se montrer particulièrement exigeant sur les conditions d'obtention des preuves qui lui sont soumises, et doit-il admettre celles qui auraient été obtenues de manière déloyale, voire illicite, et même illégale ?

En effet, si *"l'intérêt supérieur de la société, mais aussi l'intérêt du présumé innocent convergent pour que, devant la vérité, tout obstacle juridique tenant aux modes de preuve soit aplani"*¹⁴, n'y-a-t'il pas

⁶ Dictionnaire Le Robert.

⁷ P. Bouzat, "La loyauté dans la recherche des preuves", Mélanges Huguency, Sirey, 1964, p. 172.

⁸ "Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées", sous la dir. de G. Guidicelli-Delage, Université Paris I, déc. 2003.

⁹ M.-E. Boursier, "Le principe de loyauté en droit processuel", Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, préf. S. Guinchard.

¹⁰ CEDH, 6 déc. 1988, *Barbara, Masegue et Jabardo c/ Espagne*, série A, n° 146 ; cf. également CEDH 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, JCP 1999, I, 105, n° 38, obs. F. Sudre ; Rev. sc. crim. 1999, p. 401, obs. R. Koering-Joulin.

¹¹ CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse*, série A, n° 140 § 46.- Rev. sc. crim. 1988, p. 840, obs. Pettiti et Teitgen.

¹² CEDH, 6 déc. 1988, *Barbara, Masegue et Jabardo*.

¹³ A. Huet et R. Koering-Joulin, "Droit pénal international", PUF, coll. Thémis, 1° éd., 1994, n° 174, p. 274.

¹⁴ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, "Procédure pénale", A. Colin, 4° éd., 2002, p. 32.

“quelque contradiction à sanctionner la transgression de la loi sur la base de preuves elles mêmes obtenues illégalement”¹⁵ ?

La Cour européenne ne paraît pas avoir condamné, de manière générale, le recours à des preuves déloyales voire illégales¹⁶.

En effet, dans l’arrêt “*Schenk c/ Suisse*” précité du 12 juillet 1988¹⁷, elle a admis qu’une preuve illégale pouvait être produite et utilisée en justice dès lors qu’elle avait pu être discutée dans le cadre d’un procès équitable.

Dans cette affaire, un ressortissant helvétique avait été condamné pour avoir voulu faire assassiner son épouse par un intermédiaire qui, en France, avait enregistré leur conversation à son insu et l’avait ensuite produite devant le juge d’instruction suisse¹⁸.

La Cour rappelle d’abord que la Convention ne réglemente pas l’admissibilité des modes de preuve en tant que tels, matière qui relève des droits internes, ce qui l’amène à ne pas exclure, par principe, l’admissibilité d’une preuve recueillie de manière illégale. Puis, une fois ce rappel opéré, elle recherche si, en l’espèce, le procès auquel a été soumis le requérant a ou non présenté, dans son ensemble, un caractère équitable. Relevant que la preuve contestée n’avait pas été produite en méconnaissance des droits de la défense, puisque le requérant n’en ignorait ni l’existence ni l’origine, qu’il avait pu en contester l’authenticité ainsi que l’utilisation dans le cadre de l’instance et, enfin, que cet enregistrement n’avait pas constitué le seul élément de preuve fondant la condamnation, elle en conclut qu’il n’a pas été privé d’un procès équitable.

Il est vrai, toutefois, que dans l’arrêt “*Teixeira de Castro c/ Portugal*”¹⁹, rendu postérieurement, la Cour a semblé revenir à une conception plus restrictive.

Le requérant avait, en l’espèce, été condamné pour infraction à la législation sur les stupéfiants après avoir été l’objet d’une provocation policière consistant en un coup d’achat portant sur de l’héroïne.

La Cour rappelle, une nouvelle fois, que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et qu’il revient aux juridictions nationales d’apprécier les éléments de preuve recueillies par elles ; puis, elle affirme que l’intervention d’agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties ; enfin, relevant que dans cette affaire le requérant n’avait pas d’antécédents, qu’il était inconnu des services de police, qu’il n’avait pas été retrouvé de drogue à son domicile et qu’il avait été condamné “*essentiellement*” sur la base des déclarations des deux policiers, elle en conclut qu’il n’avait pas bénéficié d’un procès équitable.

Ainsi, au terme d’une analyse casuistique, la Cour fonde principalement sa décision sur le fait que la preuve illicitement obtenue avait été, en l’espèce, déterminante de la condamnation du requérant. Il semble donc difficile d’en conclure que, ce faisant, elle aurait ainsi entendu condamner, par principe et de manière générale, le recours à des preuves obtenues illicitement ou illégalement.

Cependant, à partir du moment où, en France, le législateur a fait le choix d’ouvrir largement le droit, pour une personne physique ou une personne morale, d’engager l’action publique en se constituant

¹⁵ E. Molina “Réflexion critique sur l’évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain” : Rev. sc. crim., 2002, p. 263.

¹⁶ Contra : J.-F. Renucci, “Droit européen des droits de l’homme”, LGDJ, 3^e éd., 2002, n° 146, p.306; en faveur de cette thèse : E. Molina, op. cit., p. 279.

¹⁷ Cette solution a été reprise par quatre arrêts postérieurs : *Khan c/ Royaume Uni*, 12 mai 2000; J.D.I. 2001, p. 205 ; *PG et JH c/ R.U.*, 25 sept. 2001, JDI 2002, p. 301 ; *Jasper c/ R.U.*, 16 fév. 2000, id. ; *Fitt c/ R.U.*, 16 fév. 2000, id.

¹⁸ Etant observé qu’en Suisse un tel enregistrement est pénalement sanctionné, sauf s’il est ordonné par une autorité administrative ou judiciaire, ce qui n’était pas le cas en l’espèce.

¹⁹ Cf. note n° 13.

partie civile, la question se pose nécessairement de savoir si les preuves produites par une partie privée (II) doivent ou non être soumises aux mêmes exigences que celles émanant des autorités publiques de poursuite (I).

1. Les preuves produites par l'autorité publique

Lorsque le ministère public ou les administrations pouvant engager l'action publique sont à l'origine des poursuites, la chambre criminelle continue de faire preuve de rigueur lorsqu'elle doit se prononcer sur la régularité d'une preuve (A). Elle ne va pas, cependant, jusqu'à exiger que l'autorité publique se soit cantonnée dans un rôle purement passif (B).

A. La prohibition des machinations, artifices et stratagèmes

La position restrictive de la chambre a été exprimée avec force par l'arrêt "*Schuller*" rendu le 27 février 1996²⁰ dans lequel elle a solennellement affirmé le principe selon lequel n'était pas admissible une preuve procédant d'une "*machination de nature à déterminer (l)es agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves*".

Il faut dire qu'au siècle dernier elle avait déjà fustigé le comportement d'un juge qui, dissimulant son identité et sa fonction, avait téléphoné à un suspect pour obtenir une preuve de sa participation à un trafic de décorations²¹.

Cette doctrine avait encore trouvé matière à s'exprimer dans un arrêt du 28 octobre 1991²² rejetant le pourvoi formé par l'administration des douanes contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui, dans des poursuites engagées pour infractions cambiaires, avait écarté des documents bancaires dérobés en Suisse par deux employés de banque déclarant avoir agi à l'instigation des douaniers²³. La chambre avait énoncé, à ce propos, que "*...les dispositions de l'article 342 du Code des douanes, selon lesquelles les délits en matière douanière ou cambiaire peuvent être prouvés par toutes voies de droit, impliquent que les éléments de preuve produits devant le juge pénal n'aient pas été obtenus par des procédés frauduleux*".

Mais on peut se demander, à la lecture de l'arrêt, si la circonstance que des fonctionnaires, appartenant de surcroît à l'administration qui était à l'origine des poursuites, soient à l'initiative du délit ayant permis de réunir les preuves contestées et de les produire en justice n'a pas été déterminante de la décision, dans cette affaire.

Récemment, la loi n° 2004-904 du 2 mars 2004, dite loi Perben II, a précisé les hypothèses dans lesquelles, lorsqu'une enquête ou une instruction sont ouvertes pour un certain nombre d'infractions relevant de la criminalité organisée, il est désormais possible de procéder à des opérations de surveillance, d'infiltrations et de sonorisation de locaux privés²⁴. Ces dispositions sont entrées en application le 1er octobre 2004, et ce délai est trop bref pour que la chambre ait déjà à connaître de ce contentieux.

1. En matière de perquisition

C'est sous l'angle d'une éventuelle manoeuvre qu'a été posée à la chambre criminelle la question de la validité d'une perquisition ordonnée par un juge d'instruction dans les locaux d'une officialité régionale et ceux d'un évêché dans le cadre d'une information ouverte à l'encontre d'un ecclésiastique,

²⁰ Cass. crim., 27 fév. 1996 : bull. crim., n° 93 ; JCP 96, éd. G, II-22629, note M.-L. Rassat ; D. 96, p. 346, note Ch. Guéry.

²¹ Cass. crim., 31 janv. 1888, "*Wilson*" : S. 1889, I, p. 241.

²² Cass. crim., 28 oct. 1991 : bull. crim., n° 381 ; JCP, 1991.II.21704, note J. Pannier.

²³ Ces deux employés avaient d'ailleurs été condamnés en Suisse pour ces faits.

²⁴ Code de procédure pénale, art. 706-80 et suivants.

au cours de laquelle avaient été, notamment, saisies plusieurs pièces du dossier de l'enquête canonique concernant les faits en cause.

Saisie, une fois n'est pas coutume, par les personnes mise en examen, d'une part, et par le procureur de la République, d'autre part, la chambre de l'instruction avait annulé ces opérations considérant, pour l'essentiel, que le juge d'instruction avait en réalité recherché des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés dans la procédure qu'il avait en charge, ce qu'il ne pouvait faire dès lors qu'il existait "*une antinomie radicale des conceptions*" entre la procédure pénale, qui garantit le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, et la procédure régie par le droit canonique, qui prévoit l'obligation de répondre, y compris sous serment, aux questions posées. Et la chambre de l'instruction d'en conclure qu'en recherchant, dans le dossier de la procédure canonique, des preuves susceptibles d'être utilisées dans celui de la procédure pénale, davantage protectrice des droits de la personne mise en cause, le juge d'instruction avait eu recours à un procédé déloyal aboutissant à faire échec aux règles de celle-ci et aux droits de la défense.

Dans ses conclusions à l'audience de la chambre criminelle, l'avocat général avait invité cette dernière à constater que les documents saisis consistaient en des notes et comptes-rendus établis par l'official de Lyon et non dans des procès-verbaux d'audition sous serment de la personne mise en cause ou de témoins, et qu'ainsi le moyen manquait en fait.

Pour censurer la décision déferée, par un arrêt rendu le 17 décembre 2002²⁵, la chambre criminelle adopte un raisonnement différent : après avoir constaté que les perquisitions et saisies contestées avaient été effectuées dans le strict respect des prescriptions du Code de procédure pénale, elle censure l'arrêt au motif que le déroulement des opérations contestées n'a pas permis de caractériser l'existence d'un quelconque artifice ou stratagème qui aurait vicié la recherche et l'établissement de la vérité.

2. En matière d'expertise

Dans un domaine tout à fait différent, la chambre a eu à se prononcer à trois reprises sur la régularité de procédures dans lesquelles étaient intervenus des "experts" en analyse comportementale et, de manière générale, sur le recours aux méthodes dites "proactives" visant à identifier l'auteur possible d'une infraction à partir de son "profil" plus ou moins scientifiquement élaboré.

Au-delà du caractère anecdotique que l'on pourrait être tenté d'attribuer à ces affaires, les décisions rendues revêtent néanmoins une certaine importance compte-tenu de l'intérêt qu'ont, un temps, suscité en France ces méthodes d'investigation qui sont déjà largement utilisées dans les pays anglo-saxons ; un groupe de travail interministériel s'était d'ailleurs réuni en 2002 à la chancellerie, sous l'égide de la direction des affaires criminelles et des grâces, pour tenter d'intégrer les méthodes d'analyse criminelle et comportementale dans la procédure pénale²⁶.

Dans les deux premières affaires, qui ont fait l'objet d'arrêts rendu les 12 décembre 2000²⁷ et 28 novembre 2001²⁸, la chambre s'est prononcée sur la validité d'une audition effectuée sous hypnose ; il s'agissait, dans le premier cas, de l'audition d'un témoin et, dans le second, de celle d'une personne placée en garde à vue qui, l'un et l'autre, avaient exprimé leur consentement pour être entendus selon ces modalités et dont l'audition avait été recueillie avec l'assistance d'un expert désigné par le juge d'instruction.

²⁵ Cass. crim., 17 déc. 2002 : bull. crim., n° 231 ; Gaz. Pal., 23 mai 2003, p. 17, concl. D. Commaret, note A. Damien et O. Echappé.

²⁶ Ces travaux ont fait l'objet, en juin 2003, d'un rapport intitulé "Analyse criminelle et analyse comportementale" disponible sur le site Intranet de la DACG.

²⁷ Cass. crim., 12 déc. 2000 : bull. crim., n° 369 ; D. 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing.

²⁸ Cass. crim., 28 nov. 2001 : bull. crim., n° 247.

Dans ces deux cas, la chambre a jugé que l'audition réalisée dans ces conditions était irrégulière et qu'elle avait compromis l'exercice des droits de la défense ; la raison réside vraisemblablement dans le fait que cette forme d'audition neutralise la volonté et l'on peut donc légitimement se demander dans quelle mesure elle demeure compatible avec le serment que la personne concernée a prêté.

Dans la dernière affaire, qui a fait l'objet d'un arrêt rendu le 29 janvier 2003²⁹, la chambre a rejeté le pourvoi formé par un procureur général contre l'arrêt de la chambre de l'instruction annulant l'expertise par laquelle un juge d'instruction avait fait procéder à l'analyse "psychocriminologique" des pièces d'une procédure criminelle ; au terme de son analyse des pièces du dossier, l'expert avait, notamment, identifié un suspect dont il avait considéré, avant même son audition par les enquêteurs, qu'il présentait une *"personnalité...totalement compatible avec un passage à l'acte meurtrier"*.

La chambre a considéré que, ce faisant, l'expert avait, en méconnaissance des articles 156 et suivants du Code de procédure pénale, tranché une question relevant de la compétence exclusive du juge, ce qui justifiait l'annulation décidée par la chambre de l'instruction.

Mais il est parfois des situations dans lesquelles il est plus difficile de faire le partage entre ce qui relève du travail d'enquête et d'investigation nécessaire à la réunion des preuves de ce qui correspond à un stratagème affectant la régularité des preuves.

En d'autres termes, jusqu'à quel point peut-on admettre qu'un enquêteur fasse preuve d'activisme dans la recherche des preuves ?

3. En matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants

C'est surtout le contentieux des opérations de surveillance et de livraison contrôlée de stupéfiants qui a fourni à la chambre l'occasion d'affirmer sa doctrine et de sanctionner l'opération lorsqu'elle a été montée de toutes pièces par des fonctionnaires dont l'intervention a été déterminante de la commission des faits ; dans cette hypothèse, la chambre a rappelé à plusieurs reprises que la provocation, par un agent de l'autorité publique, à commettre l'infraction exonérait le prévenu de sa responsabilité pénale lorsqu'elle procédait de manoeuvres ayant déterminé les faits délictueux et porté ainsi atteinte au principe de loyauté des preuves³⁰.

Si, à l'inverse, l'intervention des policiers n'a pas déterminé le prévenu à commettre les faits, mais qu'elle a eu pour seul effet de permettre de constater un trafic de stupéfiants déjà commis et d'y mettre fin, l'opération est alors régulière. Il en a ainsi été jugé, par exemple, lorsqu'un officier de police judiciaire se fait passer pour l'ami d'une personne décédée par overdose et déclare vouloir acquérir de la drogue auprès d'un tiers soupçonné d'avoir fourni la dose mortelle. Par un arrêt rendu le 24 février 1999, la chambre a jugé que la preuve résultant de cette action ne constituait pas un stratagème ni des manoeuvres déloyales susceptibles de dénaturer l'opération de police et de la rendre illicite³¹.

B. La reconnaissance d'un rôle actif dans la production des preuves

Dans le cas d'infractions clandestines, ou à tout le moins occultes, la question se pose en effet de savoir dans quelle mesure une participation active de l'enquêteur est compatible avec leur constatation et leur imputation à l'auteur sans, pour autant, le provoquer à commettre l'infraction.

Quelques dispositions légales, en matière de trafic de stupéfiants et, plus récemment, de criminalité organisée, notamment, prévoient des procédures spécifiques qu'il n'entre pas dans notre propos

²⁹ Cass. crim., 29 janv. 2003 : bull. crim., n° 22.

³⁰ Cf. notamment Cass. crim., 5 mai 1999 : bull. crim., n° 87.

³¹ Cass. crim., 24 fév. 1999 : D. 1999, p. 560, note J. Coulon.

d'examiner, car ce qui nous intéresse concerne, précisément, les situations non prévues par la loi mais dont la pratique a démontré la nécessité, ou à tout le moins l'efficacité.

Deux arrêts rendus successivement dans le même affaire sont cependant venus jeter, quelque peu, le trouble sur la cohérence de l'architecture qui vient d'être rapidement exposée.

1. En matière de corruption active de fonctionnaire

Par un premier arrêt du 16 décembre 1997³², la chambre avait censuré le fait, pour un fonctionnaire de police dont le service était dépositaire d'une commission rogatoire, après qu'il eut avisé sa hiérarchie des sollicitations répétées dont il était l'objet de la part d'un avocat, d'avoir enregistré clandestinement les propos tenus par ce dernier au cours d'une rencontre à l'initiative de celui-ci au cours de laquelle l'avocat avait tenté d'obtenir des informations concernant l'affaire en cours moyennant rétribution, ce qui entraînera sa mise en examen pour corruption active.

Relevant que *“l'enregistrement effectué de manière clandestine, par un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense (et) que la validité d'un tel procédé ne peut être admise”*, la chambre criminelle censure l'arrêt de la chambre d'accusation qui avait considéré ce procédé régulier aux motifs que le policier n'avait fait que répondre à des sollicitations, qu'il n'avait, en aucune manière, participé de manière active à une provocation et que le procédé d'interception utilisé ne consistait pas en une interception téléphonique.

Puis, la cour de renvoi s'étant rebellée, l'affaire est revenue devant la chambre criminelle ; cette dernière, par un arrêt du 19 janvier 1999³³, après avoir relevé que *“les policiers n'ont en rien provoqué la commission de l'infraction”*, a jugé que *“l'enregistrement critiqué ne constituait pas un acte de procédure susceptible d'annulation, mais seulement un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties, ayant été effectué par un fonctionnaire de police, non dans l'exercice de ses fonctions, en vue de constater des faits de trafic de stupéfiant, sur délégation judiciaire, mais, en tant que victime de faits de corruption, pour se constituer une preuve des sollicitations dont il était l'objet”*.

Ce revirement a été critiqué³⁴. Il ne semble pouvoir s'expliquer que par le fait que, tout en s'assurant que l'agent public n'avait en rien provoqué à la commission de l'infraction, la chambre criminelle ait cherché à opérer une distinction parmi les activités de ce fonctionnaire de police selon qu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions et dans un cadre procédural adapté pour caractériser une infraction et en rassembler les éléments constitutifs, ou selon qu'il n'avait fait que constater, sans aller pour autant jusqu'à refuser des sollicitations dont il était l'objet, des faits qui lui avaient été rapportés par un tiers qui, de surcroît tentait de l'associer à la commission d'une infraction.

Si, dans le premier cas, ce fonctionnaire ne pouvait avoir recours qu'aux moyens de preuve “classiques”, dans le second cas, en revanche, il ne lui serait pas interdit de se montrer plus “imaginatif” et d'user de moyens de preuve considérés comme efficaces au regard de la difficulté, indiscutable, de rapporter la preuve de l'infraction en cause.

Peut-être même les précautions prises pour constater l'infraction, qui sont énumérées dans l'arrêt, à savoir la présence de fonctionnaires de police servant de témoins et procédant à la prise de clichés photographiques destinés à être versés au dossier, ont-elles également servi à la chambre criminelle pour étayer la motivation de son second arrêt.

³² Cass. crim., 16 déc. 1997 : bull. crim., n° 427.

³³ Cass. crim., 19 janv. 1999 : bull., n° 9 ; JCP 1999, II, 10156, note D. Rebut.

³⁴ Cf. note D. Rebut, précitée.

Si l'on suit ce raisonnement, si tant est encore une fois qu'il soit celui de la chambre criminelle, il serait alors possible d'opérer une distinction dans les activités du fonctionnaire entre celles qui correspondent à la mise en oeuvre de prérogatives d'autorité ou de puissance publique, qui sont inhérentes à l'exercice des fonctions, et celles dans lesquelles ce fonctionnaire, n'instrumentant pas directement pour l'exécution d'une délégation judiciaire, pourrait se voir reconnaître un rôle plus actif pour caractériser une infraction répondant aux conditions de la flagrance.

Par un arrêt du 23 novembre 1999³⁵, rendu quelques mois après celui qui vient d'être mentionné, la chambre a eu à connaître du fait, pour un policier agissant en accord avec sa hiérarchie et sans aucune initiative de sa part, d'avoir simulé d'accepter la proposition, plusieurs fois réitérée, de fournir à des malfaiteurs préparant une action criminelle des renseignements contre rémunération ultérieure et de les avoir rencontré à cette fin à plusieurs reprises, sans jamais provoquer ces contacts.

Elle a jugé que la participation simulée de ce fonctionnaire de police à une action illicite n'avait pas vicié la procédure dès lors qu'elle n'avait pas provoqué, ni même déterminé, la personne à commettre le délit de corruption active de fonctionnaire.

C'est en suivant le même raisonnement que la chambre a, récemment, appliqué sa doctrine dans l'affaire de l'incendie de la paillote "Chez Francis". Par un arrêt rendu le 13 octobre 2004³⁶, elle a jugé qu'un enregistrement des propos du préfet, effectué à l'insu de celui-ci par un officier de gendarmerie qu'il avait convoqué dans son bureau une semaine après les faits, n'avait pas à être retiré du dossier dès lors que la cassette sur laquelle figurait cette conversation avait fait l'objet d'une expertise qui avait permis d'identifier les propos tenus, qu'elle avait été soumise à la libre discussion des parties et qu'elle ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation des juges.

Il est toutefois important de relever que l'officier de gendarmerie à l'origine de cette initiative n'était pas personnellement en charge de l'enquête sur les faits mais, ayant été informé un mois auparavant d'un projet d'incendie concernant des paillotes, qu'il croyait abandonné, que c'était pour se constituer d'éventuelles preuves si sa responsabilité ou celle de ses subordonnés venait à être recherchée qu'il avait décidé d'enregistrer les propos tenus par le préfet lors d'un entretien qu'il n'avait pas sollicité et auquel il avait été convoqué.

2. En matière de proxénétisme

Par un arrêt du 25 octobre 2000³⁷, elle a jugé que ne constituait pas un stratagème destiné à dissimuler sa qualité le fait, pour un officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'une enquête pour proxénétisme, d'utiliser un pseudonyme pour se connecter à un service de messagerie télématique et constater ainsi la commission d'une infraction réalisée grâce à ce moyen de communication.

3. En matière de détention de photographies de mineurs à caractère pornographique

Plus récemment, en suivant le même raisonnement, elle a considéré qu'était régulière la dénonciation non anonyme faite aux policiers par un utilisateur d'internet qui avait révélé la détention, par un autre utilisateur, de photographies de mineurs à caractère pornographique dès lors que il n'avait en rien déterminé les faits délictueux mais avait seulement permis de les constater³⁸.

Ainsi, dans les trois domaines qui viennent d'être évoqués, la chambre criminelle, tout en continuant de veiller à ce que l'agent ne soit pas allé jusqu'à provoquer la commission de l'infraction,

³⁵ Cass. crim., 23 nov. 1999 : bull. crim., n° 269.

³⁶ Cass. crim., 13 oct. 2004 : bull., n° 243.

³⁷ Cass. crim., 25 oct. 2000 : bull. crim., n° 317.

³⁸ Cass. crim., 1er oct. 2003 : bull. crim., n° 176.

s'est-elle montrée soucieuse de prendre en compte la difficulté particulière à rapporter la preuve de certaines infractions du fait de leur caractère occulte.

Cependant, à partir du moment où le législateur a fait le choix d'ouvrir largement le droit, pour une personne physique ou une personne morale, d'engager l'action publique en se constituant partie civile, au "*risque d'une privatisation rampante du procès pénal et de son instrumentalisation*"³⁹, la question se pose nécessairement de savoir si les preuves produites par une partie, prévenu, accusé ou partie civile, doivent ou non être soumises aux mêmes exigences que celles émanant des autorités publiques de poursuite.

Si l'on met à part la situation de la victime directe des agissements incriminés -tel, par exemple, le destinataire d'appels téléphoniques malveillants qui décide de les enregistrer de sa propre initiative et de les produire en justice au soutien de sa plainte-, dans quelle mesure peut-on -doit-on- exiger de la part d'une personne morale qui n'est pas directement victime des faits qu'elle dénonce, qu'elle soit soumise aux mêmes contraintes que l'autorité publique de poursuite du point de vue de la recevabilité de la preuve ?

II. Les preuves produites par les parties

Depuis une vingtaine d'années, la doctrine de la chambre criminelle est établie pour considérer qu'à partir du moment où la preuve ne révèle aucun fait positif de provocation à commettre l'infraction et que celui qui la produit s'est borné à profiter des circonstances pour la constituer, il ne peut se voir opposer une éventuelle atteinte à l'intimité de la vie privée⁴⁰ commise au détriment de celui auquel cette preuve fait grief.

A l'inverse, la chambre a longtemps refusé d'admettre une preuve révélant que celui qui l'invoquait était, pour reprendre l'expression d'un auteur⁴¹, sorti de sa "*passivité*" ; il en était ainsi, *a fortiori*, s'il était allé jusqu'à provoquer directement la commission de l'infraction.

Il n'est cependant pas certain, à l'examen des arrêts récents de la chambre criminelle, que la ligne de partage entre la preuve admissible et celle qui ne l'est pas réside toujours dans le caractère passif ou actif de celui qui la produit et, dans ce domaine également, la chambre semble désormais se prononcer davantage au regard de la difficulté intrinsèque de prouver telle ou telle infraction. C'est ainsi qu'après avoir admis la preuve déloyale (A), elle accepte à présent la preuve illicite (B). Cette évolution est critiquée par un large courant de la doctrine⁴².

A. La preuve déloyale

Dans ce domaine, la motivation des arrêts repose sur le syllogisme suivant : aucun texte ne prohibant la production de preuves déloyales ou illicites, dès lors que ces dernières sont soumises à la discussion contradictoire des parties, il appartient au juge d'apprécier leur pertinence et leur valeur probante, même si leur origine est contestée.

Il peut paraître, de prime abord, surprenant qu'une preuve déloyale puisse se trouver ainsi "*blanchie*" par les seules vertus du débat contradictoire devant le juge et rien ne semble, de surcroît,

³⁹ D. Commaret, "Les métamorphoses de la preuve", Rev. pén. et de dr. pénal, déc. 2003, p. 763.

⁴⁰ Cf. A. Merle et A. Vitu, "Traité de droit criminel, Procédure pénale", Cujas, 5^e éd., 2001, n° 159, p. 200 ; E. Molina, op. cit., p. 278.

⁴¹ A. Vitu, op. cit., n° 160, p. 201.

⁴² Cf., notamment, E. Molina, op. cit., p. 274 ; S. Guinchard, "Vers une démocratie procédurale", dans "Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans", Dalloz, 1999, p. 117 ; S. Guinchard, J. Buisson, "Procédure pénale", Litec, 2^e éd., 2002, n° 468 s., p. 473 ; M.-L. Rassat, "Traité de procédure pénale", PUF, 2001, n° 214 s., p. 334 ; J. Pradel, "La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire", D. 2000, chron., p. 6 ; D. Rebut, Chronique de procédure pénale, RGDP 1999, n° 4, p. 641 ; M.-L. Rassat, note sous Cass. crim., 27 fév. 1996, JCP 1996.II.22629 ; Ph. Conte, "L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur", JCP 1988.I.doctr. 3343

s'opposer à ce que cette règle profite également à la personne poursuivie, puisque l'article 427 du Code de procédure pénale n'opère pas de distinction entre les bénéficiaires de la liberté de la preuve.

C'est cependant ce même texte qui, après avoir édicté, en son premier alinéa, le principe de liberté de la preuve, soumet, dans le second, la recevabilité d'une preuve aux seules exigences de son versement aux débats et de sa discussion contradictoire devant le juge.

1. L'état de la question

Particulièrement intéressant apparaît être, de ce point de vue, l'arrêt rendu par la chambre le 11 juin 2002⁴³ par lequel elle a cassé, sur un pourvoi formé par l'association SOS-Racisme, partie civile, l'arrêt d'une cour d'appel qui, dans des poursuites engagées du chef de discrimination raciale, avait écarté comme illicite la preuve résultant d'une opération dite de "testing" organisée par cette association.

Celle-ci avait constitué plusieurs groupes composés, pour les uns, de couples d'origine européenne et, pour les autres, d'origine maghrébine ; ils s'étaient présentés ensemble à la porte de discothèques et autres établissements de nuit comme des clients potentiels, et ceux d'origine maghrébine s'étaient vu refuser l'entrée tandis que les autres y avaient été admis ; sur la base de ces constatations et des dépositions des participants⁴⁴, l'association avait déposé une plainte sur la base de laquelle le ministère public avait engagé des poursuites à l'encontre des gérants et portiers des établissements concernés.

La cour d'appel avait écarté ces preuves et relaxé les prévenus aux motifs que le procédé n'offrait aucune transparence et, ne respectant pas la loyauté nécessaire dans la recherche des preuves, qu'il avait porté atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable.

Pour censurer cette décision, au visa de l'article 427 du Code de procédure pénale, la chambre rappelle d'abord qu'aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; puis elle énonce qu'il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire.

Déjà, par un arrêt du 23 juin 1999⁴⁵, la chambre avait admis que bien qu'obtenu de manière illicite, un enregistrement vidéo réalisé par une caméra de surveillance placée dans les parties communes d'un immeuble collectif pouvait valablement constituer un élément permettant de rapporter la preuve de dégradations et d'en identifier les auteurs ou qu'un film réalisé à l'aide d'une caméra installée dans une officine pharmaceutique pouvait servir de preuve pour établir des vols de numéraire commis par des employés⁴⁶.

Mais, dans l'arrêt rendu en matière de testing, la chambre criminelle est allée, à l'évidence, plus loin dès lors que le scénario imaginé par l'association ne relevait manifestement pas du seul constat, et l'on peut se demander si, ce faisant, elle n'a pas enfoncé un coin dans la rigueur dont elle faisait jusqu'alors preuve pour refuser d'admettre la provocation à commettre l'infraction.

2. Les incertitudes qui demeurent

Toute la difficulté, en l'espèce, consiste en effet à déterminer à partir de quel moment on peut considérer que se commet l'infraction de discrimination.

⁴³ Cass. crim., 11 juin 2002 : bull. crim., n° 131 ; cf. également L. Collet-Askri, "Testing or not testing, à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 11 juin 2002 ?", D. 2003, chr. p. 1309.

⁴⁴ Lesquelles, comme la cour d'appel l'avait d'ailleurs relevé pour motiver la relaxe, avaient été effectuées sans qu'un officier de police judiciaire ou un huissier soit présent.

⁴⁵ Pourvoi n° 98-84.701 ; cf. également Cass. crim. 6 avr. 1994 (bull. crim., n° 136).

⁴⁶ Cass. crim., 6 avr. 1994 : bull., n° 136.

Tant qu'aucun client ne se présente à la porte de l'établissement concerné, aucun acte matériel n'est caractérisé, il s'agit là d'une évidence. En revanche, peut-on pour autant considérer qu'il se trouve établi lorsqu'un client se présente à la porte avant-même d'avoir manifesté son intention d'entrer, que ce soit en pénétrant dans l'établissement si la porte en est ouverte, ou à sonner lorsque, cas le plus fréquent, la porte est fermée pour permettre au portier de sélectionner la clientèle ?

Il est difficile d'apporter une réponse précise à cette question, tant il est évident que, dans cette configuration, l'élément matériel de l'infraction ne peut se réaliser qu'à partir d'un acte positif du client, d'un événement déclenchant, en quelque sorte, lequel client devient, au même instant, une victime potentielle.

Mais il est vrai, également, qu'à aucun moment les participants à l'opération de testing n'ont eu recours à un quelconque artifice ou stratagème et, que dans l'esprit de l'association qui était à l'origine de cette opération, il s'agissait de prendre une initiative qui soit tout à la fois médiatiquement efficace et procéduralement efficiente pour lutter *“contre l'une des formes détestables d'atteinte à la dignité de la personne humaine”*⁴⁷.

Peut-on adopter la même position lorsque le bénéficiaire de la preuve a connaissance de son origine illicite ?

B. La preuve illicite

Songer qu'une juridiction puisse admettre une telle preuve peut, de prime abord, apparaître incongru si l'on considère qu'*“une preuve n'est recevable dans le procès criminel qu'à la condition d'avoir été obtenue légalement”*⁴⁸.

Néanmoins, suivant le même raisonnement que celui qu'elle a adopté à propos de la preuve déloyale, la chambre considère également que le juge n'a pas le pouvoir de rejeter une preuve obtenue par une partie au seul motif qu'elle a été illégalement obtenue⁴⁹.

Cette conception a été critiquée par une partie de la doctrine qui considère que, ce faisant, *“...la chambre criminelle fait à l'évidence une application très stricte de l'article 427 du Code de procédure pénale à laquelle elle se réfère assez habilement sous l'angle de la liberté d'appréciation des juges du fond.”*⁵⁰.

En revanche, un auteur⁵¹ -il est vrai assez isolé- a approuvé cette position qui peut être justifiée par les trois arguments suivants : il s'agit, d'abord, en matière pénale de rapporter la preuve d'un fait juridique, pour lequel le droit civil admet également la liberté de preuve ; le juge a, ensuite, un rôle particulièrement actif dans la recherche de la vérité dans un domaine où les preuves risquent de disparaître très rapidement, ce qui constitue une autre différence avec le procès civil ; enfin, *“le procès pénal met en jeu l'ordre public et la sécurité de la collectivité ; l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité justifie la recevabilité de tout moyen de preuve”*⁵².

Ce faisant, la chambre criminelle s'inscrit, ainsi qu'il a déjà été précisé, dans la logique de l'arrêt *“Schenk c/ Suisse”* précité qui, rendu au visa de l'article 6 de la Convention, a jugé que la recevabilité d'une preuve *“...ne saurait exclure par principe in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de*

⁴⁷ D. Commaret, op. cit.

⁴⁸ R. Vouin, “La preuve obtenue par des moyens illégaux”, Rev. de dr. pénal, 1955, p. 338.

⁴⁹ Cass. crim. 15 juin 1993 : bull. crim., n° 210.- 6 avr. 1993, JCP 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat.

⁵⁰ E. Molina, op. cit.

⁵¹ C. Mascala, note sous Cass. crim., 15 juin 1993 : D. 1994, jurisp. p. 613.

⁵² C. Mascala, op. cit.

*manière illégale*⁵³, sous réserve du respect du principe de l'égalité des armes et du respect des droits de la défense⁵⁴.

Il est cependant intéressant de noter que, très récemment, la deuxième chambre civile a adopté une position nettement plus restrictive ; en effet, par un arrêt du 7 octobre 2004⁵⁵, elle a censuré, au double visa des articles 9 du nouveau Code de procédure civile et 6 de la Convention, l'arrêt d'une cour d'appel qui avait admis que soit produit, au soutien d'une demande en paiement formée par les héritiers du *solvens*, l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, que celui-ci avait effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos. Elle a jugé qu'il s'agissait là d'un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue.

Le principe de loyauté des preuves, bien qu'affirmé par certains arrêts de la chambre criminelle, est donc cantonnée dans son étendue.

Il faut dire qu'il n'est reconnu comme un principe de droit processuel ni par la Convention européenne, ni par la Cour européenne des droits de l'homme, ni par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, ni même totalement par la Cour pénale internationale. L'article 69, § 7, du statut de cette dernière permet en effet d'admettre, sous réserve de l'interprétation qui en sera faite par la Cour, des preuves obtenues en violation des droits de l'homme dès lors que la violation alléguée ne met pas sérieusement en question la crédibilité des preuves qui en découlent ou que ces éléments de preuve sont de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité.

En revanche, l'article 67, § 2, du même statut se réfère à la "*crédibilité des éléments de preuve à charge*", ce qui peut constituer une manière détournée de faire allusion à la loyauté.

Au cours des débats parlementaires de la future loi du 15 juin 2000, un amendement avait été déposé tendant à ce qu'il soit précisé qu'il ne pouvait être statué sur l'accusation que "*sur le fondement de preuves loyalement obtenues*". Cette proposition ayant été repoussée, peut-on véritablement reprocher à la chambre criminelle de n'avoir pas pris l'initiative de pallier les carences du législateur et incombe-t-il nécessairement aux juges "*le soin -et la responsabilité- de combler les creux*"⁵⁶ laissés par le législateur ?

Si le pragmatisme de la doctrine dégagée au fil de ses arrêts par la chambre criminelle a été critiqué par un certain nombre d'auteurs, sa pertinence peut en tout cas s'autoriser de la formule appliquée par le doyen Carbonnier au procès civil, selon laquelle "*si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas*"⁵⁷.

⁵³ CEDH, 12 juill. 1988, *Schenck c/ Suisse*, précité.

⁵⁴ Cf. F. Sudre et autres, "Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", PUF, 2^e éd. 2004, n° 32, p. 288 et s.

⁵⁵ Cass. Civ. 2^e, 7 oct. 2004 : D. 2004, p. 122, note Ph. Bonfils qui relève que la chambre sociale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 26 novembre 2002, déclaré illicite comme moyen de preuve, au visa de l'article 8, les constatations effectuées à l'occasion d'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié.

⁵⁶ La formule est de Philippe Conte, op. cit., n° 7.

⁵⁷ J. Carbonnier, "Droit civil, Introduction", PUF, Thémis, 26^e éd., 1999, n° 188, p. 363.

LES SANCTIONS CIVILES DE NATURE A ASSURER LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS EN MATIÈRE DE CRÉDIT

Marie-Sophie RICHARD
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

L'objectif d'une protection préventive à travers des mesures destinées à encadrer la phase précontractuelle comme celles qui concernent les mentions obligatoires contenues dans les offres de crédit, se démarque du droit commun des obligations et constitue notamment par les sanctions spécifiques prévues en cas de non-respect du formalisme des contrats de crédit, une des particularités du droit de la consommation.

Après avoir examiné la sanction civile dérogatoire au droit commun qu'est la déchéance du droit aux intérêts (I), il conviendra, après avoir analysé les limites tant législatives que jurisprudentielles qui lui sont posées (II), d'évaluer l'importance que revêtent d'autres sanctions comme la nullité ou la mise en jeu de la responsabilité du prêteur au titre de son devoir de conseil et enfin l'apport de la sanction particulière relative à la prohibition des clauses abusives (III).

I. La déchéance du droit aux intérêts, sanction spécifique qui devient la règle

Le formalisme informatif du droit de la consommation impose dans un souci d'efficacité d'organiser la phase précontractuelle du contrat de crédit et d'édicter des sanctions propres à assurer cette efficacité.

A cette fin, le législateur a institué aux termes des articles L 311-33 et L 312-33 du Code de la consommation, une sanction particulière, celle de la déchéance du droit aux intérêts qui vient réprimer le non-respect des mentions que doit contenir l'offre de crédit ainsi que celui du délai de réflexion du consommateur.

Après avoir laissé coexister la sanction de la nullité au côté de celle de la déchéance du droit aux intérêts, la Cour de cassation a admis que lorsqu'elle était prévue par le législateur, la déchéance du droit aux intérêts était la seule sanction civile applicable et qu'elle ne revêtait pas le caractère d'une nullité (Civ. 1ère, 2 juillet 1996, Bull. n° 283 et 9 mars 1999, Bull. n° 86 commentée au rapport annuel 1999, p 389).

A. Son champ d'application

1. En matière de crédit à la consommation

Il résulte des dispositions de l'article L 311-33 du Code de la consommation que :
“le prêteur qui accorde un crédit sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable satisfaisant aux conditions fixées par les articles L 311-8 à L 311-33 est déchu du droit aux intérêts et l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu”.

Les conditions dont le non-respect est ainsi sanctionné sont relatives à :

- la remise d'une offre préalable en double exemplaire, ainsi qu'éventuellement un exemplaire à la caution, maintenue pendant une durée minimale de quinze jours (article L 311-8),
- l'apposition de mentions obligatoires relatives notamment à l'identité des parties, au montant du crédit, au taux effectif global, (la mention par écrit du TEG étant également exigée par l'article L 313-2) ou au bien financé en cas de crédit affecté (article L 311-10). Dans ce dernier cas, le bien financé doit être expressément mentionné dans l'offre de prêt (Civ. 1ère, 29 juin 2004, Bull. n° 188),
- la notice d'assurance lorsque l'offre est assortie d'une proposition d'assurance (article L 311-12),
- la réitération de l'offre et les conditions de son renouvellement pour le crédit permanent (article L 311-9).

A ce propos, le contentieux du renouvellement des contrats de crédit utilisables par fractions a donné lieu à de nombreuses décisions desquelles il résulte qu'en cas de modification des conditions du contrat, il convient de respecter les dispositions des articles L 311-8 et L 311-10.

Sont ainsi regardées comme nouvelles offres, la modification du TEG (Civ. 1ère, 18 janvier 2000, Bull. n° 14), ou l'offre de crédit prévoyant outre une réserve d'achat initiale, un montant maximum de découvert global autorisé constituant un plafond (Civ. 1ère, 26 octobre 2004, pourvoi n° 02-20.564, cette dernière décision ayant pour intérêt de mettre un frein à la pratique consistant à présenter des offres initiales de faible montant mais avec des possibilités d'augmentation du découvert sans proportion avec l'offre initiale).

Le prêteur doit également apporter la preuve qu'il a satisfait à l'obligation d'information qui lui incombe en ce qui concerne l'envoi des conditions de renouvellement et le contenu de cette information (Civ. 1ère, 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-20.517 et Civ. 1ère, 1^{er} février 2005, pourvoi n° 01-16.733). Dans cette dernière espèce, la cour a jugé abusive une clause de l'offre préalable de crédit prévoyant que la délivrance de cette information serait établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi, dans la mesure où la société de crédit, s'exonérant ainsi de la preuve qui lui incombe du contenu de l'information de l'emprunteur sur les conditions de reconduction du contrat, la dite clause inversait au détriment du consommateur, la charge de la preuve.

Etant observé que les dispositions de l'article L 311-9 issues de la loi du 31 décembre 1989 ne s'appliquent pas aux reconductions de contrats intervenues moins de trois mois avant l'entrée en vigueur de cette loi, soit au 1^{er} mars 1990. Ainsi dans une espèce relative à un contrat initial venu à expiration le 27 mars 1990, il a été jugé que celui-ci "s'était tacitement reconduit avant que le prêteur n'ait eu la possibilité de délivrer l'information qu'il était légalement tenu de donner" (Civ. 1ère, 16 mars 2004, pourvoi n° 99-20.316).

- la conformité à l'un des modèles-types (article L 311-13).

A cet égard, une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation mérite d'être signalée.

Ainsi, si en application des dispositions des articles L 311-10 et L 311-13, la Cour de cassation avait considéré que n'était pas valable le bordereau de rétractation prévu à l'article R 311-7 qui ne comportait ni le nom ni l'adresse du prêteur et avait prononcé la déchéance du droit aux intérêts (Civ. 1ère, 8 juillet 1997, Bull. n° 240), adoptant une lecture plus restrictive de l'article R 311-7, elle a jugé dans un arrêt du 17 juillet 2001 (Civ. 1ère, Bull. n° 233), que cet article "*qui interdit, au verso du bordereau, toute autre mention que le nom et l'adresse du prêteur, n'impose pas pour autant que ces mentions doivent y figurer.*" La position nuancée adoptée par la cour et confirmée depuis (Civ. 1ère, 13 novembre 2002, Bull. n° 267), semble avoir été favorablement accueillie par la doctrine : "*le formalisme informatif devant conserver sa vertu protectrice sans verser dans les excès que fait naître une totale dissociation entre l'appréciation de la forme et le fond*" ("Les paradoxes du formalisme informatif, Agathe Lepage in Mélanges Calais-Auloy 2003).

Toutefois, il résulte du même arrêt (Civ. 1ère, 17 juillet 2001, Bull. n° 233) que l'obligation d'établir une offre conforme aux modèles-type ne pouvait : "*dispenser le prêteur de satisfaire aux exigences légales lorsque, comme en l'espèce, le modèle-type n'avait pas été adapté à une modification législative ultérieure*".

La Cour de cassation qui prononce la déchéance du droit aux intérêts, alourdit ainsi les obligations du prêteur qui doit actualiser ses propres modèles de contrat en considération de l'évolution de la loi puisque la seule conformité de l'offre au modèle-type n'est pas de nature à en garantir la régularité.

Cette décision est conforme au principe du respect de la hiérarchie des normes.

Un acte réglementaire, le modèle-type, ne peut être invoqué pour échapper à l'application de la loi et à la sanction qu'entraîne son défaut d'application.

Le modèle type doit être adapté à une modification législative ultérieure : l'offre est régulière si elle est conforme au modèle-type (article L 311-13) lequel doit reproduire l'article L 311-37 (article L 311-10). Il appartient donc aux autorités réglementaires de mettre les modèles-types que les professionnels proposent aux consommateurs en conformité avec les modifications législatives qui les intéressent.

2. En matière de crédit immobilier

En application des dispositions de l'article L 312-33 du Code de la consommation, "*Le prêteur ou le bailleur qui ne respecte pas l'une des obligations prévues aux articles L 312-7 et L 312-8, à l'article L 312-14, deuxième alinéa, ou à l'article L 312-26 sera puni d'une amende de 3 750 euros... Dans les cas prévus aux alinéas précédents, le prêteur ou le bailleur pourra en outre être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge*".

Les conditions relatives à l'offre préalable dont le non-respect peut être sanctionné sont :

- l'envoi gratuit par voie postale d'une offre écrite (article L 312-7), cette obligation étant applicable à la caution (Civ. 1ère, 10 décembre 2002, pourvoi n° 00-14.355),
- la mention, outre l'identité des parties (Civ. 1ère, 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-17.469, à propos de la signature du conjoint co-emprunteur), des modalités du prêt et notamment de l'échéancier des amortissements et du TEG défini conformément à l'article L 313-1 (article L 312-8),
- la remise d'une nouvelle offre préalable en cas de modification des conditions d'obtention du prêt avec une exception pour les prêts à taux variable (article L 312-8).

L'offre doit comprendre un échéancier des amortissements sauf en cas de taux variable (article L 312-8, 2°bis dans sa rédaction issue de la loi du 12 avril 1996) et le non-respect de cette disposition est sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts (Civ. 1ère, 9 mars 1999, Bull. n° 86).

Cette disposition législative conforme à l'interprétation jurisprudentielle (voir article de M. J-P Bouscharain et de Mme P Girard au rapport annuel 2000), a conduit le législateur à prévoir des mesures transitoires qui ont donné lieu à un important contentieux dont il sera question ci-dessous.

En ce qui concerne la mention du TEG dans l'offre de crédit, la Cour de cassation, après avoir décidé que la méconnaissance de l'article L 313-2 du Code de la consommation était sanctionnée par une nullité relative dont l'action s'éteint par cinq ans à compter de la signature du prêt (Civ. 1ère, 21 janvier 1992, Bull. n° 22), juge désormais que la déchéance du droit aux intérêts qui sanctionne l'absence de mention du TEG tel qu'il résulte de l'article L 313-1 du même code doit seule recevoir application (Civ. 1ère, 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-14.955).

Cette sanction est également applicable en cas de mention d'un TEG erroné (Civ. 1ère, 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-20.664) ou d'un TEG incomplet (Civ. 1ère, 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.206).

La Cour de cassation avait jugé que l'article L 312-8 devait s'appliquer lors de la renégociation d'un prêt immobilier notamment en cas de difficultés financières (Civ. 1ère, 6 janvier 1998, Bull. n° 5), mais la loi du 25 juin 1999 a dispensé pour l'avenir, selon les termes de l'article L 312-14-1, les prêteurs de l'obligation de remettre une nouvelle offre et seul un avenant est exigé.

Les dispositions de l'article 115 II de la même loi ont également prévu une mesure transitoire pour les contrats en cours dont les renégociations antérieures sont réputées régulières dès lors qu'elles sont favorables aux emprunteurs.

Le caractère favorable de la renégociation doit être apprécié en considération de tous les éléments sur lesquels elle a porté (Civ. 1ère, 6 juillet 2004, pourvoi n° 01-14.618).

La sanction de la déchéance du droit aux intérêts tend donc à s'appliquer exclusivement en cas de non-respect des conditions de formation du contrat de prêt dès lors qu'elle est prévue par le législateur. Cette uniformisation est favorable à l'emprunteur, les effets de cette sanction étant particulièrement adaptés à la volonté du consommateur de maintenir l'exécution du contrat tout en sanctionnant le prêteur non-respectueux du droit de la consommation.

B. Ses effets

La déchéance du droit aux intérêts constitue une sanction civile qui peut être prononcée par le juge civil indépendamment de toute poursuite pénale (Civ. 1ère, 18 mars 1997, Bull. n° 97).

Elle apparaît en outre comme la sanction la plus opportune, dès lors que l'anéantissement rétroactif du contrat de prêt consécutif au prononcé de la nullité implique que le consommateur rembourse l'intégralité du crédit consenti sans pouvoir bénéficier de l'échéancier conventionnel.

Les conséquences dissuasives du prononcé de la nullité ne sont pas à démontrer, l'emprunteur de bonne foi hésitant à soulever des irrégularités du contrat, celles-ci n'étant plus invoquées que par l'emprunteur de mauvaise foi pour s'opposer à une demande en paiement.

Mais si ces effets communs aux prêts à la consommation et aux prêts immobiliers, sont de nature à donner sa pleine efficacité à cette sanction propre au droit de la consommation, la complexité de son régime rend son application malaisée et en atténue l'efficacité.

1. Une sanction unique

La déchéance du droit aux intérêts sanctionnant une offre de prêt irrégulière, constitue une remise en cause des obligations stipulées au contrat en ce qui concerne la stipulation des intérêts conventionnels, mais le lien contractuel, certes modifié, puisque la créance d'intérêts conventionnels est éteinte en tout ou partie par compensation avec la sanction prononcée, subsiste (Civ. 1ère, 16 octobre 2001, Bull. n° 258).

La Cour de cassation a également jugé que les intérêts couraient au taux légal à compter de la mise en demeure (Civ. 1ère, 26 novembre 2002, Bull. n° 288 et Civ. 1ère, 27 mai 2003, Bull. n° 131).

En vertu du principe d'interprétation stricte des textes édictant des sanctions civiles, la déchéance du droit aux intérêts ne s'étend pas à celle des frais et elle n'empêche pas le prêteur de prétendre aux intérêts légaux depuis le jour de la mise en demeure sur la somme restant due en capital (Civ. 1ère, 18 mars 2003, Bull. n° 84).

Cette solution a l'avantage d'uniformiser le régime des prêts à la consommation et des prêts immobiliers et d'être conforme à la règle posée par l'article 1153 du Code civil tout en restant compatible avec les dispositions du Code de la consommation.

Enfin, il convient de remarquer que lorsque la demande est présentée par voie d'exception, celle-ci, dès lors que le prêt à la consommation ou le prêt immobilier a reçu exécution, même partiellement, est soumise au même régime que celui auquel obéit la demande présentée par voie d'action (Civ. 1ère, 16 octobre 2001, Bull. n° 258).

2. Une sanction à géométrie variable

Totale et obligatoire pour les prêts à la consommation, la déchéance du droit aux intérêts présente un caractère facultatif et peut n'être que partielle pour les prêts immobiliers, le juge conservant le pouvoir de moduler les effets de la sanction. Cette faculté laissée au juge est régulièrement rappelée par la Cour de cassation qui précise qu'elle relève de son pouvoir discrétionnaire (Civ. 1ère, 2 juillet 2002, Bull. n° 181 et Civ. 1ère, 4 février 2003, Bull. n° 34).

Une autre différence tient à la place des sanctions pénales dans l'articulation des textes relatifs aux sanctions en matière de prêt immobilier et en matière de prêt à la consommation.

Pour ce dernier, la sanction civile de la déchéance du droit aux intérêts est posée comme un principe (article L 311-33) et précède les textes relatifs aux sanctions pénales (articles L 311-34 et L 311-35).

Pour le premier, l'article L 312-33 prévoit d'abord des sanctions pénales en cas de non-respect de certaines obligations, non-respect qui ne peut être sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts que si la sanction pénale est prévue. Il devient dès lors plus difficile d'élargir le champ d'une telle déchéance. L'exemple le plus topique en est la divergence de régime relative à la sanction du non-respect des dispositions de l'article L 312-10, (v. infra).

D'autres différences entre les sanctions applicables selon que les irrégularités affectent un prêt à la consommation ou un prêt immobilier méritent d'être soulignées.

Il en est ainsi en matière d'exigence des mentions relatives à l'assurance qui accompagne la formation du contrat de prêt : l'exigence de la mention des conditions d'assurance est prévue à l'article L 311-10 et sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts à l'article L 311-33 pour les crédits à la consommation, alors que le défaut de mention de la notice d'assurance qui doit être annexée au contrat de prêt immobilier en application des dispositions de l'article L 312-9 1°) n'est pas sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts en cette matière, seule l'inopposabilité à l'adhérent des limitations de garantie en cas de modification ultérieure étant prévue (Civ. 1ère, 20 juin 2000, Bull n° 194).

II. Les limites de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts

A. les limites tenant au principe selon lequel il n'y a pas de sanction sans texte

Si en l'absence de texte, le juge ne peut appliquer la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, à l'inverse, le législateur peut intervenir pour modifier les dispositions relatives à l'information du consommateur en allégeant les mentions obligatoires.

1. Les limites posées par le législateur

Qu'en est-il du sort des contrats conclus sous l'empire d'un texte qui faisait de l'omission d'une telle mention une irrégularité sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts ?

La survie de la loi ancienne concernant les contrats en cours conduisait normalement le juge à prononcer la déchéance du droit aux intérêts malgré la nouvelle loi.

C'est pourquoi, dans un souci d'uniformiser le sort des contrats en cours avec celui des nouveaux contrats, le législateur est intervenu par la loi du 12 avril 1996 et a permis, par l'application de l'article 87-1, d'écarter sous certaines conditions la déchéance du droit aux intérêts pour les contrats conclus avant le 31 décembre 1994 et qui devaient en application de l'article L 312-8 2° dans sa rédaction antérieure à la loi du 12 avril 1996 préciser les modalités de l'échéancier des amortissements.

Cette loi de validation a donné lieu à un important contentieux fondé sur la violation de l'article 6.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de l'article 1er du Premier Protocole additionnel de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales et pour lequel la cour a répondu dans un premier temps que :

“l'intervention du législateur dans sa fonction normative n'avait eu pour objet que de limiter pour l'avenir la portée d'une interprétation jurisprudentielle et non de trancher un litige dans lequel l'Etat aurait été partie” et que : *“la déchéance du droit aux intérêts étant une sanction civile dont la loi laisse à la discrétion du juge tant l'application que la détermination du montant, la prétention d'un emprunteur sollicitant une telle déchéance n'est pas constitutive d'un droit”* (Civ. 1ère, 20 juin 2000, Bull. n° 191), encore que : *“l'emprunteur qui sollicite la déchéance du droit aux intérêts ne fait valoir qu'une prétention à l'issue incertaine qui n'est dès lors pas constitutive d'un droit”* (Civ. 1ère, 13 novembre 2002, Bull. n° 268), avant de décider que :

“obéit à d'impérieux motifs d'ordre général l'intervention du législateur destinée par l'adoption de la loi du 12 avril 1996, à aménager les effets d'une jurisprudence de nature à compromettre la pérennité des activités bancaires dans le domaine du crédit immobilier.” (Civ. 1ère, 29 avril 2003, Bull. n° 100).

Outre la finalité de la loi, ce contentieux a permis à la cour de rappeler la nature de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts en matière de prêts immobiliers : il s'agit d'une sanction purement civile laissée à l'appréciation des juges du fond.

2. L'éclairage jurisprudentiel

En matière de crédit à la consommation :

On a vu que contrairement à la sanction telle qu'elle est prévue pour les contrats de prêt immobilier, le législateur a donné un caractère automatique à la sanction de la déchéance du droit aux intérêts en matière de crédit à la consommation, renforçant ainsi le formalisme du droit de la consommation.

Aussi, à l'effet d'éviter toute dérive, la Cour de cassation rappelle-t-elle régulièrement que *“la sanction de la déchéance du droit aux intérêts ne s'applique qu'au non-respect des dispositions prévues aux articles L 311-8 à L 311-13 du Code de la consommation”*, de sorte qu'y échappent par exemple, les irrégularités affectant le versement du crédit mis à la disposition de l'emprunteur (Civ. 1ère, 10 mai 2000, Bull. n° 139).

En matière de crédit immobilier :

Le domaine d'application des sanctions spécifiques reste là encore limité par la règle selon laquelle les textes qui les prévoient sont d'interprétation stricte.

Ainsi la déchéance du droit aux intérêts n'est pas encourue en l'absence de mention dans l'offre des clauses sanctionnant l'inexécution du contrat, l'article L 312-8 n'imposant pas cette mention, dès lors que ces clauses qui figurent dans les conditions générales du prêt et sont annexées à l'acte authentique, sont conformes aux dispositions des articles L 312-22 et L 312-23 (Civ. 1ère, 20 juin, 2000, Bull. n° 191).

En vertu du même principe, la Cour de cassation a jugé que les articles visés par l'article L 312-33 ne concernaient pas les modalités matérielles de signature de l'offre par un membre du personnel de l'établissement de crédit et elle a exclu l'application de la déchéance du droit aux intérêts dans ce cas (Civ. 1ère, 6 juin 2000, Bull. n° 177).

De même, lorsque la modification des conditions du prêt résulte de la mise en place d'un plan de redressement amiable, l'article L 312-8 n'est pas applicable (Civ. 1ère, 4 octobre 2000, Bull. n° 237), non plus dès lors, que la sanction de la déchéance du droit aux intérêts.

Enfin est également exclue du champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts, l'irrégularité tirée de l'absence de présentation d'une nouvelle offre, lors d'une cession du prêt entre vifs dans la mesure où le contrat s'est en réalité poursuivi dans les mêmes conditions (Civ. 1ère, 18 octobre 2000, Bull. n° 255 et Civ. 1ère, 28 septembre 2004, pourvoi n° 01-14.744).

La nécessaire interprétation stricte par la Cour de cassation des textes relatifs à la déchéance du droit aux intérêts a donné lieu à un important contentieux concernant les modalités d'acceptation de l'offre régies par les articles L 312-10 et L 312-33 du Code de la consommation.

L'article L 312-10 prévoit deux obligations : la première, relative au délai de réflexion préalable à l'acceptation (dix jours après avoir reçu l'offre) et la seconde relative à la forme que doit revêtir l'acceptation donnée à l'issue de ce délai (par lettre, le cachet de la poste faisant foi).

L'article L 312-33 fait, contrairement à l'article L 311-33, dépendre l'existence de la sanction civile de la déchéance du droit aux intérêts de celle de la sanction pénale ("Dans les cas prévus aux alinéas précédents"), laquelle n'a vocation à être prononcée que dans le cas où, par un comportement volontaire, le prêteur reçoit une acceptation non datée ou comportant une date fautive de nature à faire croire au respect du délai de dix jours.

Qu'en est-il alors de l'acceptation anticipée par l'emprunteur sans fraude du prêteur ?

En l'absence de texte, la Cour de cassation décide que la sanction est la nullité (Civ. 1ère, 27 février 2001, Bull. n° 48 et Civ. 1ère, 9 juillet 2003, Bull. n° 170).

Mais après avoir jugé qu'il s'agissait d'une disposition d'ordre public à laquelle l'emprunteur ne pouvait renoncer notamment en signant ultérieurement l'acte de prêt notarié (Civ. 1ère, 9 décembre 1997, Bull. n° 368), elle a ensuite admis la validité du renouvellement de l'acceptation après expiration du délai de dix jours dans une espèce où une telle acceptation avait été constatée par acte authentique (Civ. 1ère, 18 janvier 2000, pourvoi n° 97-20.750), étant observé que la cour de renvoi a retenu que celui-ci avait été rédigé dans des conditions excluant tout vice du consentement (CA Rouen, 11 décembre 2001).

En ce qui concerne la sanction de la seconde obligation relative à la forme de l'acceptation, la Cour de cassation applique la sanction de la déchéance du droit aux intérêts plus conforme aux intérêts des emprunteurs (Civ. 1ère, 29 octobre 2002, Bull. n° 255).

Cette différence de traitement entre l'acceptation et la forme qu'elle revêt peut s'expliquer par le fait que dans un cas il s'agit de sanctionner une condition de formation du contrat alors que dans l'autre il s'agit de sanctionner l'inobservation d'une règle de forme tenant aux modalités d'envoi de l'acceptation.

Cependant les différences de régimes entre la sanction de la nullité et celle de la déchéance sont sans doute de nature à faire regretter l'absence d'une sanction expresse et unique prévue par la loi.

Ainsi la sanction de la déchéance du droit aux intérêts applicable en matière de prêts immobiliers et retenue pour sanctionner le non-respect de l'obligation relative à la forme de l'acceptation, ne relève pas du régime des nullités de l'article 1304 du Code civil de sorte que, s'agissant d'un acte mixte, le délai pour agir est celui de dix ans prévu par l'article L 110-4 du Code de commerce (Civ. 1ère, 2 juillet 1996, Bull. n° 283 et Civ. 1ère, 30 septembre 1997, Bull. n° 262) tandis que le non-respect du délai de dix jours est sanctionné par une nullité relative soumise au délai de prescription de cinq ans (Civ. 1ère, 21 janvier 1992, Bull. n° 22, Civ. 1ère, 13 mars 2001, Bull. n° 70).

Dans ce dernier cas, la demande ne peut être formée que par l'emprunteur et dans un délai de cinq ans à compter de la conclusion du contrat, que la demande en nullité soit formée par voie d'action ou

d'exception (Civ. 1ère, 16 octobre 2001, Bull. n° 258), l'exception n'étant recevable au delà de ce délai, que pour un contrat qui n'a pas encore été exécuté (Civ. 1ère, 9 novembre 1999, Bull. n° 298, Civ. 1ère, 25 mars 2003, Bull. n° 88) et ce, que l'exécution soit totale ou partielle (Civ. 1ère, 16 octobre 2001, précitée), ce qui est pratiquement toujours le cas pour les contrats à exécution successive que sont les contrats de crédit.

Mais le champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts, se heurte également, particulièrement en matière de crédit à la consommation, au point de départ du délai de forclusion biennale tel qu'il résulte de l'application de l'article L 311-37 dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 11 décembre 2001.

B. Les limites tenant au point de départ de la forclusion biennale opposable à l'emprunteur qui invoque l'irrégularité de l'offre de crédit

En matière de crédit à la consommation, il résultait de l'article L 311-37 dans sa rédaction antérieure à la réforme issue de la loi Murcef du 11 décembre 2001 que les actions nées de l'application des dispositions protectrices du consommateur devaient être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion.

Cette disposition a été appliquée par la Cour de cassation non seulement aux actions en paiement du prêteur mais également aux contestations de la régularité de l'offre de crédit par l'emprunteur et ce qu'il agisse par voie d'action ou d'exception, s'agissant d'un délai de forclusion (voir article de Mme I. Gelbard-Le Dauphin au rapport annuel 2003 et Civ. 1ère, 9 décembre 1997, Bull. n° 364, Civ. 1ère, 2 octobre 2002, Bull. n° 229).

La Cour de cassation a également étendu l'application du délai biennal de forclusion à tous les litiges concernant les opérations de crédit à la consommation et leur cautionnement réglementés par les articles L 311-1 et suivants (Civ. 1ère, 15 décembre 1998, Bull. n° 365), y compris les contestations tenant à la validité des engagements souscrits à ce titre (Civ. 1ère, 15 décembre 1999, Bull. n° 246, Civ. 1ère, 26 février 2002, Bull. n° 72).

Cependant, le point de départ de l'action de l'emprunteur étant fixé par la jurisprudence à "la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé" (Civ. 1ère, 10 avril 1996, Bull. n° 178), le décalage dans le temps entre la demande en paiement formée par le prêteur, généralement plus de deux ans après la formation du contrat, et la réplique de l'emprunteur tendant à voir constater une irrégularité du contrat, conduisait le plus souvent la Cour de cassation à constater l'acquisition de la forclusion relativement à cette contestation.

En effet, du principe selon lequel le délai de forclusion qui est d'ordre public s'applique à tous les litiges concernant les opérations de crédit à la consommation et leur cautionnement, découle l'exigence pour le juge de relever d'office cette fin de non-recevoir en application des dispositions de l'article 125 du nouveau Code de procédure civile (Civ. 1ère, 26 février 2002, Bull. n° 72).

Cette jurisprudence est également applicable aux contrats renouvelés avec toutefois la précision que le délai de forclusion court en cas de contestation de la régularité des conditions de la reconduction ou du renouvellement à compter de chaque reconduction ou renouvellement (Civ. 1ère, 27 mai 2003, pourvoi n° 01-12.489 et Civ. 1ère, 16 mars 2004, Bull. n° 90).

La loi du 11 décembre 2001 a mis un terme pour l'avenir à cette application du délai de forclusion aux contestations de l'emprunteur, mais la Cour de cassation maintient sa jurisprudence pour les contrats en cours, lesquels ne sont pas concernés par la modification législative (Civ. 1ère, 2 octobre 2002, Bull. n° 229, 18 mars 2003, Bull. n° 83).

Si l'application de la forclusion biennale constituait un obstacle aux actions tendant à voir constater l'irrégularité des contrats de crédit à la consommation, on rappellera cependant que ces actions n'étaient souvent que la réponse d'un emprunteur défaillant à une demande en paiement, que les irrégularités sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts sont des irrégularités de forme liées à la formation du contrat et qui sont normalement censées éclairer le consentement du consommateur et enfin que la sanction civile de la déchéance du droit aux intérêts, qui ne remet pas en cause le contrat lui-même, prive le prêteur de sa rémunération, ce qui est particulièrement lourd de conséquence quand cette sanction est prononcée tardivement (voir article de Xavier Lagarde, JCP janvier 2002, p 173).

La disparition pour l'avenir du délai de forclusion biennale opposable à l'action de l'emprunteur en déchéance du droit aux intérêts va nécessairement conduire à définir le régime d'une telle action en matière de prêt à la consommation et par référence à la jurisprudence en matière de prêt immobilier, à appliquer vraisemblablement la prescription décennale de l'article L 110-4 du Code de commerce à laquelle est soumise une telle action (Civ. 1ère, 9 juillet 2003, Bull. n° 170).

Que ce soit en matière de prêt immobilier en raison notamment de l'absence de sanction pour certaines obligations, la sanction de la déchéance demeurant en outre facultative, ou en matière de prêt à la consommation, la déchéance à caractère automatique étant partiellement neutralisée jusqu'à l'adoption de la loi Murcef par la jurisprudence sur la fixation du point de départ du délai de forclusion de la contestation de la régularité du contrat de crédit, à la date de sa formation, les limites du champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts conduisent à examiner la place tenue par d'autres types de sanctions.

III. Le maintien nécessaire d'autres sanctions

Le respect des formes légales n'est exclusif ni de la protection du consentement par l'application des règles qui en sanctionnent les vices, ni de la recherche de la responsabilité du banquier (A).

De même, la place prépondérante d'une protection préventive s'illustre par le recours au juge à l'effet d'éradiquer les clauses abusives à l'initiative soit du consommateur, soit des associations qui le représentent (B).

A. Les sanctions de droit commun

1. La nullité

Cette sanction retrouve son utilité lorsque l'existence du consentement est en cause. En pareil cas, l'action tendant à la contestation de l'existence même du consentement, est soumise aux règles de la prescription de droit commun. Tel est l'enseignement d'un arrêt de la 1ère chambre civile du 1er avril 2003 (Bull. n° 94). Dans cette espèce, un époux contestait avoir contracté plusieurs crédits pour le paiement desquels des prélèvements avaient été effectués tant sur le compte joint de dépôt ouvert avec son épouse que sur le compte professionnel sur lequel son épouse disposait d'une procuration. La cour a jugé que cette action n'était pas soumise aux dispositions des articles L 311-1 et suivants du Code de la consommation et que le délai de forclusion de l'article L 311-37 n'était pas applicable.

La sanction de la nullité est également encourue lorsque la nullité du contrat de crédit est accessoire à la nullité du contrat principal. Selon les dispositions de l'article L 311-20 du Code de la consommation, les obligations relatives au crédit affecté ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation et selon les dispositions de l'article L 311-21, en cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal peut suspendre l'exécution du contrat de crédit, lequel est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat principal est lui-même judiciairement résolu ou annulé.

En cas de crédit affecté, la protection du consommateur tend à aligner le sort du contrat de prêt sur celui du contrat principal et les vices affectant ce dernier sont susceptibles d'entraîner le prononcé de la nullité des deux contrats, celle du contrat de crédit ayant lieu de plein droit (Civ. 1ère, 27 février 1996, Bull. n° 112, Civ. 1ère, 18 juin 1996, Bull. n° 261). Cette interdépendance est rappelée par la Cour de cassation qui décide que le contrat principal doit faire l'objet d'une action en annulation ou avoir été annulé et que le vendeur doit être appelé dans la cause (Civ. 1ère, 26 octobre 2004, pourvoi n° 02-13.240).

La nullité peut-elle être prononcée comme sanction civile d'une disposition d'ordre public sanctionnée pénalement ?

Dans un arrêt récent rendu en matière d'informations concernant les produits vendus et devant figurer sur les bons de commande, la Cour de cassation a jugé que "la méconnaissance de ces dispositions d'ordre public (était) sanctionnée non seulement pénalement... mais aussi... par la nullité du contrat de vente" et ce en application des dispositions de l'article 6 du Code civil (Civ. 1ère, pourvoi n° 01-11.823).

Cette décision fait écho à un précédent arrêt rendu en matière de démarchage et de vente à domicile en application également de l'article 6 du Code civil (Civ. 1ère, 7 octobre 1998, Bull. n° 290).

L'existence d'une sanction pénale n'est pas exclusive du prononcé de la sanction civile qu'est la nullité du contrat dès lors qu'il s'agit de réprimer la méconnaissance d'une disposition d'ordre public.

2. Le devoir de conseil du professionnel

Les dispositions de l'article L 312-9 imposent au prêteur d'apporter diverses informations à l'adhérent d'une assurance-groupe et la notice d'assurance doit être annexée au contrat de prêt et non à l'offre comme en matière de prêt à la consommation (Civ., 20 janvier 1998, Bull. n° 25).

On a rappelé ci-dessus que l'obligation relative à la communication de la notice d'assurance n'était pas sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts en matière de prêt immobilier, seule l'inopposabilité à l'emprunteur de toute modification ultérieure des risques garantis, à défaut d'accord exprès, est prévue (Civ. 1ère, 20 juin 2000, Bull. n° 194).

La Cour de cassation distingue en matière de crédit, l'obligation d'information du banquier, qui apparaît remplie dès que la notice d'assurance ou même l'offre de crédit a été établie conformément à un modèle-type, lequel ne prévoyait pas d'information complémentaire (Civ. 1ère, 14 juin 1989, Bull. n° 240), du devoir de conseil, pour lequel elle considère que la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences légales ne dispense pas l'établissement de crédit de ce devoir à l'égard de l'emprunteur, particulièrement lorsqu'il doit apparaître à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport aux ressources du consommateur (Civ. 1ère, 27 juin 1995, Bull. n° 287).

Un tel devoir ne s'étend pas à l'assurance. Ainsi, dès lors que l'établissement de crédit a, par la remise de la notice d'assurance, informé avec précision les emprunteurs des risques contre lesquels ils étaient garantis, il n'est pas tenu de conseiller la souscription d'une assurance complémentaire (Civ. 1ère, 30 janvier 2002, Bull. n° 37).

Les sanctions destinées à assurer l'existence et l'intégrité du consentement des consommateurs peuvent être utilement complétées par l'application d'autres dispositifs, privilégiés notamment par le droit communautaire, comme celui relatif à la suppression des clauses abusives.

B. La sanction des clauses abusives

1. L'action fondée sur les dispositions de l'article L 132-1 du Code de la consommation

Il résulte des dispositions de l'article L 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995 que :

"Sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat."

Le texte précise que le caractère abusif d'une clause s'apprécie notamment :

"en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat."

Le caractère abusif de la clause litigieuse est l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation qui vérifie en quoi les dispositions de la clause contestée "créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties" (Civ. 1ère, 19 juin 2001, Bull. n° 181, Civ. 1ère, 29 octobre 2002, Bull. n° 318, Civ. 1ère, 26 octobre 2004, pourvoi n° 02-13.737) après avoir, sous l'empire de l'article L 132-1 dans sa rédaction antérieure, contrôlé en quoi les clauses litigieuses étaient imposées au consommateur "par un

abus de la puissance économique de l'autre partie et conféraient à cette dernière un avantage excessif.”(Civ. 1ère, 10 avril 1996, Bull. n° 177).

Si le contrôle du caractère abusif des clauses portant “sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir, d'autre part”, est normalement exclu, le juge peut exceptionnellement contrôler de telles clauses pour vérifier que leur rédaction est “claire et compréhensible”.

Cette notion de “clause formellement abusive” (voir article de Xavier Lagarde in JCP 11 juin 2003, p. 1097) conduit à poser la question de l'articulation entre les dispositions relatives aux clauses abusives et celles qui sanctionnent les irrégularités aux dispositions spéciales qui encadrent la formation des contrats de crédit.

Ainsi, ne faut-il pas réserver l'application de la clause abusive aux stipulations du contrat dont le non-respect n'est pas sanctionné par une disposition spéciale ?

A ce jour, la Cour de cassation n'a pas été amenée à prendre position sur cette question.

En outre et en raison de l'application de modèles-types, peut-on sanctionner par le recours à la clause abusive, une clause formellement autorisée sans porter gravement atteinte à la sécurité des contrats ?

Dans la mesure où de telles clauses issues de modèles-types sont par définition claires et compréhensibles, le contrôle de leur caractère abusif ne pourrait en tout état de cause porter que sur des clauses autres que celles relatives à “la définition de l'objet principal du contrat ou à l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert”.

L'arrêt rendu par la CJCE le 21 novembre 2002 (aff. C-473/00 ; Cofidis c/ Fredout), relatif à l'interprétation de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives et duquel il résulte que le juge national doit soulever d'office le caractère abusif d'une clause dont l'application est sollicitée, le délai de forclusion biennale n'étant pas opposable à une telle action, a donné lieu à d'importants débats doctrinaux notamment quant à sa transposition aux actions en déchéance du droit aux intérêts, ranimant les réactions face à la position de la Cour de cassation sur “l'office du juge”.

La Cour de cassation, depuis un arrêt du 15 février 2000 (Bull. n°49), juge que : “ la méconnaissance des exigences des dispositions” relatives aux obligations du prêteur (telles qu'elles résultent des articles L 311-8 à L 311-10 notamment) “même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que cette disposition a pour objet de protéger.”

La Première Chambre maintient depuis lors cette position (Civ. 1ère, 16 mars 2004, Bull. n° 91).

Il en résulte que le juge ne peut soulever d'office de telles irrégularités, sauf en application de l'article 125 du nouveau Code de procédure civile.

Dans un arrêt récent en date du 23 novembre 2004 (Civ. 1ère, pourvoi n° 03-11.411), la Cour de cassation a jugé que la seule sanction de l'irrégularité de l'offre de crédit étant la déchéance du droit aux intérêts, la fin de non-recevoir tirée de la forclusion biennale ne pouvait être écartée sur le fondement de l'arrêt du 21 novembre 2002 de la CJCE, propre aux clauses abusives qui ne peuvent qu'être réputées non écrites.

Ainsi la Cour de cassation écarte la transposition de l'arrêt de la CJCE propre à l'exception de forclusion en matière de clauses abusives, aux irrégularités de l'offre préalable sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts.

On remarquera également que la CJCE a bien précisé que le pouvoir du juge se limitait à l'examen du caractère abusif de la clause dont l'application était sollicitée, ce qui ne permet donc pas de transposer cette décision à l'examen de l'entier contrat.

Force est cependant de reconnaître que comme l'a relevé la CJCE dans un arrêt en date du 27 juin 2000 (Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores C-240/98 à C-244/98, Rec p 1-4941) :

“Il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée.”

Peu d'actions individuelles en suppression de clauses abusives sont intentées devant les tribunaux bien que la sanction applicable de l'éradication de la clause soit particulièrement appropriée au contentieux du droit de la consommation.

Il convient dès lors d'examiner la place que peut occuper l'action collective des associations de consommateurs dont le rôle préventif dans le contrôle des clauses abusives est reconnu.

2. L'action des associations de consommateurs

Si en application des dispositions des articles L 421-1 et L 421-2 du Code de la consommation, les associations agréées peuvent devant les juridictions civiles ou répressives obtenir réparation du préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif des consommateurs et/ou faire cesser des agissements illicites en faisant notamment supprimer dans les contrats proposés aux consommateurs des clauses illicites, elles peuvent également, en application des dispositions de l'article L 421-6, demander la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé aux consommateurs.

La Cour de cassation a jugé que l'application combinée des articles L 421-1 et L 421-6 permettait aux associations de demander devant les juridictions civiles la réparation, dans le cadre d'une action en suppression de clause abusive, du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs par l'octroi de dommages-intérêts (Civ. 1ère, 5 octobre 1999, Bull. n° 260).

La nature préventive de cette dernière action a été affirmée dans une décision de la CJCE du 24 janvier 2002 (affaire C-372/99).

Une telle action est-elle recevable alors que les clauses litigieuses ont été supprimées antérieurement à la décision de justice, voire avant l'introduction de la procédure ?

La seule existence de clauses abusives est-elle de nature à démontrer le préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs ?

La 1ère Chambre a récemment jugé, sur le fondement de l'article L 421-6, que si les associations de défense de consommateurs sont en droit, dans le cadre de l'exercice de leur action préventive en suppression de clauses abusives, de demander la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur, en revanche, dès lors que le type de contrat n'était plus proposé au consommateur à la date d'introduction de l'assignation en première instance et que l'association ne pouvait poursuivre, au moyen d'une telle action préventive, l'annulation des clauses de contrats individuels déjà conclus, une telle action est irrecevable (Civ. 1ère, 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16.905).

Dans une espèce où les clauses litigieuses avaient été supprimées postérieurement à l'introduction de l'instance, la Cour de cassation a dit que la demande en suppression de clauses abusives, initialement recevable, était devenue sans objet et dépourvue de fondement quant à l'indemnisation du préjudice prétendument causé à l'intérêt collectif des consommateurs en l'absence de preuve de ce que le contrat eût été proposé à des particuliers postérieurement à l'introduction de l'instance (Civ. 1ère, 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16.935).

Enfin, elle a jugé que la stipulation de clauses abusives constituait en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs sur le fondement des articles L 421-2 du Code de la consommation et 1382 du Code civil dans une espèce où la cour d'appel avait débouté l'association de consommateurs de sa demande en dommages-intérêts au motif qu'en l'absence de décision préalable déclarant certaines clauses abusives, la société de crédit n'avait pas commis de faute en les insérant dans ses contrats (Civ. 1ère, 1^{er} février 2005, pourvoi n° 02-20.633).

Aux fins de favoriser une action préventive, la réglementation européenne des clauses abusives tend à développer la concertation entre prêteurs et associations de consommateurs, les associations pouvant également agir à l'intérieur de l'Union européenne pour faire cesser les infractions intracommunautaires.

Par son caractère "fonctionnel", le droit de la consommation participe au phénomène de "l'instrumentalisation du droit".

Le droit est ainsi mis au service d'une politique économique et sociale destinée à assurer la protection des consommateurs.

Mais un régime de "surprotection" bénéficiant aux emprunteurs de mauvaise foi ne doit pas émerger. Il appartient en conséquence à la Cour de cassation de conserver au formalisme du droit de la consommation sa véritable fonction protectrice en veillant notamment à une évolution des sanctions de son non-respect conforme à cet objectif.

"Un formalisme allégé, sanctionné de façon plus mesurée, associé au droit commun des contrats et à la prohibition des clauses abusives" est sans doute souhaitable (F.Pollaud-Dulian, "Le devoir d'information du banquier et les crédits au consommateur" Revue de Droit Bancaire et financier, Novembre/Décembre 2002, p. 341).

Alors qu'un projet communautaire tendant notamment à accroître l'importance de la sanction des clauses abusives est à l'étude et qu'une loi "tendant à redonner confiance au consommateur" a été adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale, le droit de la consommation se présente plus que jamais comme un droit mouvant au coeur des évolutions économiques et sociales.

Troisième partie

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE

Présentation d'ensemble

1. ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

1. Bail commercial - Prix - Révision - Fixation du prix du loyer révisé - Valeur locative - Valeur inférieure au loyer indexé - Portée

(Assemblée plénière, 23 janvier 2004, Bull. n° 1 ; BICC n° 594, p. 11, rapport de Mme Favre et avis de M. de Gouttes)

Selon l'article L. 145-38 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, applicable à l'espèce, le prix du bail ne peut excéder la valeur locative. Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a pu fixer le loyer du bail révisé au montant de la valeur locative, soit à une somme inférieure au montant du loyer en cours, hors toute modification matérielle des facteurs de commercialité.

Voir également le commentaire page 232

2. Lois et règlements - Non-rétroactivité - Principe - Application en matière civile - Etendue - Détermination

(Assemblée plénière, 23 janvier 2004, Bull. n° 2 ; BICC n° 594, p. 11, rapport de Mme Favre et avis de M. de Gouttes)

Si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges. Cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès. Dès lors qu'il ne résulte ni des termes de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du Code de commerce et donner à cette loi une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, en écarte l'application aux instances en cours.

Voir également le commentaire page 351

3. Sécurité sociale - Assujettissement - Personnes assujetties - Ouvriers "sous décret" de la société nationale GIAT Industries - Conditions

(Assemblée plénière, 6 février 2004, Bull. n° 3, 4, 5 et 6 ; BICC n° 595, p. 7, rapport de M. Chagny et avis de M. Benmakhlouf)

Par application de l'article 6 b de la loi n° 89-924 du 23 décembre 1989, le maintien des droits et garanties de leur ancien statut aux "ouvriers sous décret" de la société nationale GIAT Industries concerne la protection sociale. Dès lors, une cour d'appel, qui a exactement décidé que l'application immédiate du taux des cotisations du régime général de la sécurité sociale à ces salariés était impossible avant le décret du 9 mai 1995 relatif à la protection sociale des intéressés, en a déduit, à bon droit, que l'employeur avait été fondé à appliquer le taux de cotisation réduit des fonctionnaires et ouvriers de l'Etat jusqu'à l'entrée en vigueur de ce décret, justifiant l'annulation du redressement notifié par l'URSSAF.

Voir également le commentaire page 216

4. Bail à loyer (loi du 6 juillet 1989) - Prix - Fixation - Bail initial - Contestation du loyer - Recevabilité - Conditions - Saisine de la commission de conciliation - Domaine d'application
(Assemblée plénière, 16 avril 2004, Bull. n° 7 ; BICC n° 600, p. 5, rapport de M. Duffau et avis de M. Benmakhlouf)

L'action en contestation d'un loyer libre fixé en application de l'article 17 a) de la loi du 6 juillet 1989 est soumise au préalable nécessaire de la saisine de la commission de conciliation dans les deux mois de la conclusion du bail, que cette action soit fondée sur le non-respect des dispositions des articles 17 et 19 de la loi du 6 juillet 1989 ou sur celui des dispositions du décret du 28 août 1989, pris en application de l'article 18 de la loi précitée.

Voir également le commentaire page 230

5. Sécurité sociale, prestations familiales - Prestations - Bénéficiaires - Enfant mineur étranger résidant en France - Régularité du séjour en France - Appréciation - Modalités - Détermination
(Assemblée plénière, 16 avril 2004, Bull. n° 8 ; BICC n° 600, p. 27, rapport de M. Coeuret et avis de M. de Gouttes)

Selon les articles L. 512-1 et L. 512-2 du Code de la sécurité sociale, les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales. Dès lors, la cour d'appel qui constate qu'il n'était pas contesté que la demanderesse aux allocations familiales résidait régulièrement en France avec ses enfants mineurs antérieurement à la date de dépôt de la demande auprès de la caisse compétente, en a exactement déduit, par une interprétation des textes précités conforme aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les prestations familiales étaient dues à compter de cette date et non à compter de la production des pièces attestant de la régularité de la situation des enfants sur le territoire français.

Voir également l'étude de M. le Premier avocat général de Gouttes, page 69

6. Entreprise en difficulté - Redressement judiciaire - Période d'observation - Gestion - Contrat en cours - Option - Exclusion - Cas - Bail commercial expiré
(Assemblée plénière, 7 mai 2004, Bull. n° 9 ; BICC n° 602, p. 3, rapport de M. Gillet et avis de M. de Gouttes)

Le bail commercial renouvelé après délivrance d'un congé est un nouveau bail, le précédent cessant par l'effet du congé. Il en résulte qu'étant arrivé à son terme, le bail en vigueur à la date d'ouverture de la procédure collective ne constitue pas, au sens de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985, dans sa rédaction applicable en la cause, un contrat en cours dont l'administrateur du redressement judiciaire du preneur peut exiger l'exécution.

Voir également le commentaire page 245

7. Propriété - Droit de propriété - Titulaire - Prérogatives - Etendue - Droit sur l'image de la chose - Limites - Utilisation de l'image par un tiers - Condition
(Assemblée plénière, 7 mai 2004, Bull. n° 10 ; BICC n° 602, p. 16, rapport de Mme Collomp et avis de M. Sainte-Rose)

Le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal.

Voir également le commentaire page 283

8. Cour d'assises - Débats - Témoins - Serment - Exclusion - Historien (non)

(Assemblée plénière, 11 juin 2004, Bull. n° 1 ; BICC n° 605 , p. 4, rapport de Mme Mazars et avis de M. de Gouttes)

Tout témoin cité et dénoncé est acquis aux débats et doit, avant de déposer, prêter le serment prescrit par l'article 331 du Code de procédure pénale. Dès lors, un historien, cité comme témoin et à l'audition duquel aucune partie ne s'est opposée, ne peut être entendu sans serment.

Cour d'assises - Débats - Président - Pouvoir discrétionnaire - Etendue - Production de pièces nouvelles - Applications diverses - Diffusion de l'enregistrement audiovisuel de témoignages recueillis au cours d'un précédent procès criminel

(Même arrêt)

Les dispositions de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 modifié par la loi du 13 juillet 1990, devenu l'article L. 222- du Code du patrimoine, dont l'objet est de réglementer l'accès des tiers aux archives audiovisuelles de la justice, notamment en soumettant à autorisation préalable la reproduction ou la diffusion, à des fins historiques ou scientifiques, des enregistrements audiovisuels des audiences d'un procès, ne s'imposent pas aux autorités judiciaires, lesquelles, tenues de procéder à tous actes utiles à la manifestation de la vérité, peuvent se faire communiquer ces documents en vertu des dispositions du Code de procédure pénale. Dès lors, n'encourt pas le grief d'excès de pouvoir le président d'une cour d'assises qui, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ordonne la diffusion de l'enregistrement audiovisuel de témoignages recueillis au cours d'un précédent procès criminel, sans avoir suivi la procédure prévue par le décret n° 86-74 du 15 janvier 1986 pris pour l'application de la loi du 11 juillet 1985.

Cour d'assises - Débats - Président - Direction des débats - Interrogatoire de l'accusé - Interrogatoire portant sur des faits non visés aux poursuites - Condition

(Même arrêt)

Si les questions posées à la Cour et au jury ne peuvent porter que sur les infractions retenues par l'arrêt de mise en accusation, rien ne s'oppose à ce que soient évoqués, au cours des débats, d'autres faits non visés aux poursuites dès lors que les parties estiment que cet examen peut être utile à la défense et leurs intérêts. Il appartient à cet égard au président de faire usage du pouvoir de direction des débats qu'il tient de l'article 309 du Code de procédure pénale, pour cantonner l'évocation de ceux-ci dans les limites qui lui apparaissent utiles à la manifestation de la vérité.

Cour d'assises - Questions - Feuille de questions - Mentions - Mentions nécessaires - Constatation de l'apposition séance tenante des signatures du président et du premier juré (non)

(Même arrêt)

Les dispositions de l'article 364 du Code de procédure pénale n'exigent pas qu'il soit constaté par une mention spéciale sur la feuille de questions, que les signatures du président et du premier juré y ont été apposées séance tenante.

Convention européenne des droits de l'homme - Article 6.1 - Tribunal - Impartialité - Défaut - Renonciation à s'en prévaloir - Partie s'étant abstenue de demander la récusation du président de la cour d'assises avant la clôture des débats

(Même arrêt)

L'accusé n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité du président de la cour d'assises, en invoquant une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le président de la cour d'assises par application de l'article 668 du Code de procédure pénale et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir.

Voir également le commentaire page 321

9. Procédures civiles d'exécution - Saisie et cession des rémunérations - Domaine d'application - Rappels de salaires dus à un ancien employé

(Assemblée plénière, 9 juillet 2004, Bull. n° 11 ; BICC n° 608, p. 10, rapport de M. Trédez et avis de M. Benmakhlouf)

La saisie des rémunérations dues par un employeur est soumise aux dispositions du Code du travail, que le contrat de travail soit ou non en cours d'exécution. Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui déclare régulière la saisie-attribution pratiquée par un créancier entre les mains de l'ancien employeur de son débiteur et portant sur le montant d'une condamnation prononcée au titre notamment de rappels de salaires.

Voir également le commentaire page 309

10. Testament - Nullité - Cas - Cause illicite - Contrariété aux bonnes moeurs - Domaine d'application - Exclusion - Libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère

(Assemblée plénière, 29 octobre 2004, Bull. n° 12 ; BICC n° 612, p. 7, rapport de M. Bizot et avis de M. Allix)

N'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes moeurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère.

Voir également le commentaire page 174

11. Appel civil - Acte d'appel - Mentions nécessaires - Identité de l'intimé - Qualité de l'intimé - Inexactitude de la mention - Cause - Erreur manifeste - Appréciation - Critères - Détermination

(Assemblée plénière, 6 décembre 2004, Bull. n° 13 ; BICC n° , p. , rapport de M. Gallet et avis de M. Benmakhlouf)

Viole les articles 4, 547 et 901 du nouveau Code de procédure civile, ainsi que l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel qui, pour déclarer un appel irrecevable comme ayant été dirigé contre une personne qui n'était pas partie en première instance, retient que la qualité mentionnée dans la déclaration d'appel ne pouvait résulter d'une erreur due à la rédaction de l'en-tête du jugement et que les événements procéduraux postérieurs à l'acte d'appel n'avaient pas pu modifier les formes dans lesquelles l'appel avait été formé, alors que l'erreur manifeste dans la désignation de l'intimé, au regard de l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions des parties devant les juges du fond, n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité de l'appel.

Voir également le commentaire page 304

12. Cautionnement - Etendue - Bail - Cautionnement de la créance de loyers - Transmission - Condition

(Assemblée plénière, 6 décembre 2004, Bull. n° 14 ; BICC n° , p. , rapport de Mme Lardet et avis de M. de Gouttes)

Par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil, en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire, en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur.

Voir également le commentaire page 284

B. CHAMBRE MIXTE

1. Cassation - Mémoire - Signification - Modalités - Notification entre avocats - Domaine d'application - Pourvoi du procureur général

(Chambre mixte, 6 février 2004, Bull. n° 1 ; BICC n° 595, p. 31, rapport de Mme Bezombes et avis de M. Sainte-Rose)

Un procureur général près la cour d'appel, dispensé de constituer avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, est en droit de signifier son mémoire à l'avocat constitué par la partie adverse par l'intermédiaire du procureur général près la Cour de cassation, selon les dispositions propres aux significations entre avocats.

Avocat - Barreau - Inscription au tableau - Conditions particulières - Article 98, 3° du décret du 27 novembre 1991 - Juriste d'entreprise - Activité exclusive - Nécessité

(Même arrêt)

L'article 98, 3° du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, qui dispense de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat les juristes d'entreprise justifiant de huit ans au moins d'une pratique professionnelle au sein d'un service juridique d'une ou plusieurs entreprises, implique que cette activité ait été exercée à titre exclusif.

Voir également le commentaire page 305

2. Vente - Nullité - Effets - Restitutions - Etendue - Détermination

(Chambre mixte, 9 juillet 2004, Bull. n° 2 ; BICC n° 608, p. 34, rapport de Mme Pinot et avis de M. Guérin)

En raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble.

Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle - Dommage - Etendue - Préjudice subi en raison de la conclusion du contrat annulé - Réparation - Conditions - Bonne foi

(Même arrêt)

Seule la partie de bonne foi peut demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat de vente annulé.

Voir également le commentaire page 228

3. Appel civil - Décisions susceptibles - Décision d'avant dire droit - Dispositif tranchant une partie du principal - Décision allouant une provision - Exclusion

(Chambre mixte, 25 octobre 2004, Bull. n° 4 ; BICC n° 611, p. 9 , rapport de M. Loriferne et avis de M. Viricelle)

Sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements qui ordonnent une mesure d’instruction ou une mesure provisoire ne peuvent être frappés d’appel indépendamment des jugements sur le fond que s’ils tranchent dans leur dispositif une partie du principal et l’absence d’ouverture d’une voie de recours doit être relevée d’office. A ce titre, l’appel interjeté contre un jugement se bornant dans son dispositif à ordonner une expertise médicale et le versement d’une provision, qui ne tranche pas une partie du principal, doit être déclaré d’office irrecevable.

Voir également le commentaire page 303

4. Assurance de personnes - Assurance-vie - Eléments constitutifs - Aléa - Définition

(Chambre mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 5, 6, 7 et 8 ; BICC n° 613, p. 17, rapport de Mme Crédeville et avis de M. de Gouttes)

Le contrat d’assurance dont les effets dépendent de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1,1 et R. 321-1,20 du Code des assurances, et constitue un contrat d’assurance sur la vie (arrêts n° 1, 2, 3 et 4).

Assurance de personnes - Assurance-vie - Primes - Montant - Caractère manifestement exagéré eu égard aux facultés du souscripteur - Appréciation - Critères - Détermination
(Même arrêt)

Selon l’article L. 132-13 du Code des assurances, les règles du rapport à succession et celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers ne s’appliquent pas aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n’aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés, caractère qui s’apprécie au moment du versement, au regard de l’âge ainsi que des situations patrimoniale et familiale du souscripteur (arrêts n° 1 et 3).

Voir également le commentaire page 291

I - DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

A. ATTEINTES À L'INTIMITÉ DE LA VIE PRIVÉE

Les renseignements relatifs aux ascendants décédés d'une personne relèvent-ils de la propre vie privée de cette dernière ?

2ème Chambre civile, 8 juillet 2004 (pourvoi n° 03-13.260)

Il résulte de l'arrêt concernant la publication des souvenirs du médecin personnel d'un ancien président de la République, décédé¹, que si les héritiers de ce dernier ne peuvent agir en réparation du préjudice causé par l'atteinte à la vie privée du défunt, dès lors que le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit, ils peuvent en revanche demander réparation du préjudice que les mêmes faits ont causé à leur propre vie privée et l'avocat général a rappelé à l'occasion de cette affaire que quand l'atteinte au respect de la vie privée d'une personne est postérieure à son décès, la jurisprudence tend à admettre que si la protection de la vie privée subsiste un certain temps après la mort et qu'après cette période elle s'efface devant la liberté de l'historien ou du critique, le maintien de cette protection n'est pas assuré à l'égard des proches du défunt. Ceux-ci n'agissent pas en leur qualité d'ayants cause mais en leur nom personnel.

En l'espèce une famille dont l'histoire avait été publiée dans un bulletin municipal a estimé que l'article concernant les membres de cette famille dont certains avaient connu *une longue vie d'errance et de misère et traversé une période assez agitée* et où allusion était faite à *des mariages consanguins et à des naissances hors mariage* est intervenue à titre personnel pour s'opposer à un usage attentatoire selon elle de la mémoire des ancêtres pour la vie privée de leurs descendants : c'est dire que la vie privée des ancêtres, qui n'existe plus pour ces derniers et qui n'est donc plus à défendre, constitue des faits qui font partie de l'histoire et donc de la propre vie privée de leurs descendants ; il y aurait ainsi une vie privée de famille et c'est autour de ces deux critères de temps et de famille que s'est nouée la discussion qui a abouti à l'arrêt rendu le 8 juillet 2004.

Dans une affaire où Charlie Chaplin était le demandeur² il a été dit que quelle que soit la personne, des renseignements relatifs à ses ascendants, conjoints et descendants relèvent en tout état de cause de sa vie privée ; puis dans une affaire concernant Pauline Carton il a été jugé que la mort ne saurait avoir pour effet de faire tomber la vie privée d'un défunt dans le domaine public et que le descendant de celle à la vie privée de laquelle il avait été porté atteinte était en droit de faire sanctionner la faute ; en retrait par rapport à cette jurisprudence de cour d'appel un arrêt de la même cour³ a pris en considération la liberté d'information et d'expression de l'historien et du critique et rappelé que les premiers juges avaient fait état de ce que l'article 9 du Code civil souffre certaines limites lorsqu'il s'agit de personnes appartenant à la vie publique et également de ce que l'étendue de la protection de la vie privée d'un défunt décroît avec le temps ; lorsque la petite-fille de George Sand a agi en dommages et intérêts contre l'auteur qui dans une biographie avait énuméré ses nombreux amants, elle a été déboutée au motif que, sans intention malveillante, l'auteur avait fait oeuvre d'historien mais en revanche un journal ayant en 1849 soit l'année de la mort de Mme Récamier, promis à ses lecteurs la publication de lettres de Benjamin Constant à Mme Récamier, la nièce de cette dernière a engagé une procédure pour s'y opposer et eut satisfaction (sans doute grâce à la concomitance entre le décès et le procès) ; dans une affaire qui opposait le poète Aragon aux héritiers du peintre Matisse, il a été décidé qu'un descendant, s'il ne peut valablement agir en réparation de l'atteinte à la vie privée de son ascendant, peut agir en réparation de l'atteinte que cause à sa propre vie privée la révélation de renseignements concernant ses ascendants.

Tous ces précédents renseignent sur la vie privée des défunts que leurs héritiers protègent mais tel n'était pas le cas de l'espèce soumise à la deuxième chambre où il s'agissait de protéger une vie privée personnelle aux membres d'une même famille n'appartenant pas à la vie publique et dont l'histoire a été

¹ Civ. 1, 14 décembre 1999, n° 345.

² Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1973.

³ Cour d'appel de Paris 21 décembre 1977.

divulguée par des historiens locaux puisque l'histoire n'est pas seulement celle des grands hommes mais celles des individus qui composent les peuples ; les juges du premier degré dont la décision a été confirmée ont relevé, s'agissant des faits constitutifs d'une atteinte à la vie privée de personnes de leur famille ayant pu vivre deux siècles auparavant, que

- les demandeurs à l'action ne justifiaient pas du lien de parenté avec ceux ayant vécu aux 18ème et 19ème siècles dont la vie était relatée dans l'article litigieux ;

- les faits relevés relevaient de l'histoire des familles et concernaient donc des faits qui appartiennent à l'histoire et sont par nature insusceptibles de constituer une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil ;

- dans la mesure où les actes dits de l'état civil peuvent être consultés par toute personne s'intéressant à l'histoire, il ne saurait être reproché à un historien d'engager sa responsabilité personnelle ;

- il était courant de voir à la fin du 18ème siècle des familles rurales connaître une vie d'errance et de misère et la référence à des faits judiciaires concernant la famille dès lors qu'ils ne sont pas contestés ne constitue pas une faute engageant la responsabilité de leur auteur ;

- l'auteur de l'article était lui-même descendant de la famille et donc en droit de publier un article concernant la vie de ses ascendants lointains dès lors que les faits relevés étaient exacts et excluaient toute atteinte à l'honorabilité de la famille.

Il n'en reste pas moins qu'une interrogation subsiste sur le sens à donner au terme de vie familiale dont rien n'empêche qu'elle concerne les origines de la famille ainsi que sur le contenu des révélations, que peuvent avoir eu envie de dissimuler les porteurs du nom, du fait de la nature des faits divulgués.

B. NOM

Loi du 6 fructidor an II - Article 4 - Fonctionnaires publics - Désignation des citoyens - Utilisation des nom et prénoms mentionnés dans l'acte de naissance - Obligation - Sanction
Chambre commerciale, 17 mars 2004 (Bull. n° 57)

Par cet arrêt, la chambre commerciale a jugé que la règle de l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II, qui fait défense à tous fonctionnaires publics de désigner les citoyens dans les actes autrement que par le nom de famille et les prénoms portés en l'acte de naissance, n'est pas prescrite à peine de nullité. Une cour d'appel ne pouvait donc pas prononcer l'annulation d'une procédure d'imposition au motif que la contribuable avait été désignée dans la notification de redressement par le nom de son époux en lieu et place de son nom de jeune fille.

C. SUCCESSION

Testament - Nullité - Cas - Cause illicite - Contrariété aux bonnes moeurs - Domaine d'application - Exclusion - Libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère
(Assemblée plénière, 29 octobre 2004, Bull. n° 12 ; BICC n° 612, p. 7, rapport de M. Bizot et avis de M. Allix)

Un homme marié avait noué depuis plus de quinze ans une relation adultère avec une femme de 64 ans sa cadette, qu'il employait comme secrétaire. Il l'avait instituée légataire universelle par testament authentique. Après son décès, la légataire ayant demandé l'envoi en possession du legs, la veuve et la fille unique du testateur s'y étaient opposées en réclamant l'annulation du legs comme contraire aux bonnes moeurs. Un arrêt confirmatif avait accueilli cette contestation et annulé le legs en considérant que le maintien de relations adultères en avait été la cause impulsive et déterminante.

Mais par un arrêt du 25 janvier 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation avait censuré cette décision en posant pour principe, conformément à un arrêt remarqué du 3 février 1999 (cf. Rapport 1999 page 307), que "n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretenait avec la bénéficiaire".

La cour d'appel de renvoi (Paris, 9 janvier 2002) ayant derechef annulé le legs au motif principal que celui-ci n'avait "*vocation qu'à rémunérer les faveurs*" de la bénéficiaire, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie du pourvoi, a, par arrêt du 29 octobre 2004, censuré cette décision, en énonçant pour principe que "*n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes moeurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère*".

Par cet arrêt, l'assemblée plénière a clairement décidé de tirer toutes les conséquences de la jurisprudence amorcée par l'arrêt du 3 février 1999 : quels que soient les mobiles du disposant adultère, et même s'il a entendu rémunérer les faveurs du ou de la bénéficiaire, une telle libéralité n'est plus, comme telle, contraire aux bonnes moeurs au sens des articles 1131 et 1133 du Code civil.

Cette décision met un terme à la jurisprudence traditionnelle antérieure, qui distinguait trop artificiellement, et en s'en remettant essentiellement à l'opinion personnelle des juges sur les moeurs acceptables, entre les libéralités adultères tenues pour valables lorsqu'elles traduisaient un "devoir de conscience" du disposant et celles qui étaient déclarées annulables pour cause immorale parce qu'elles avaient eu pour cause "impulsive et déterminante" l'établissement, le maintien ou la reprise des relations adultères. Subtile à l'excès, soumise au risque d'arbitraire des juges, cette distinction, en effet, ne rendait pas compte de la complexité des mobiles du disposant, comportant souvent sinon toujours, des aspects indissociables et de poids variable de sentiment d'amour ou d'affection sincère, d'intérêt personnel, de reconnaissance à l'égard du bénéficiaire, alors que, de surcroît, elle était généralement mise en oeuvre par les juges des années après la disparition de celui dont il fallait a posteriori reconstituer les intentions supposées.

Tenant compte de l'évolution actuelle des moeurs, en particulier dans le domaine de la fidélité conjugale, sur laquelle le contrôle social a quasiment disparu, l'assemblée plénière a préféré soustraire ces modes de transmission des patrimoines que sont les libéralités entre vifs ou à cause de mort à la surveillance "moralisatrice" des juges. L'adultère, tenu pour un événement purement privé, n'est donc plus en soi susceptible d'altérer la validité des libéralités consenties à cette occasion.

II - DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

I. DROIT DU TRAVAIL

1. A l'occasion d'un arrêt rendu le 10 novembre 2004 (pourvoi n° 02-45.156), la chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé que *“le remplacement définitif d'un salarié absent en raison d'une maladie ou d'un accident professionnel doit intervenir dans un délai raisonnable...”*. Un peu plus tard, le 8 décembre 2004 (pourvoi n° 01-46.877) la même chambre, statuant dans un litige afférent à un contrat de travail à durée indéterminée suivi d'un contrat à durée déterminée prenant effet quelques jours après la fin du CDD, a rejeté le pourvoi contestant, pour obtenir une prime de précarité, la prise d'effet différée, en énonçant qu'il n'avait *“pas été soutenu que le délai entre la signature du contrat et sa prise d'effet n'était pas raisonnable”*.

2. L'emploi du terme *“raisonnable”* n'est pas neutre. Il s'inscrit dans l'ambition de la chambre sociale de mettre en oeuvre ce que l'on pourrait appeler une *“jurisprudence du raisonnable”* qui, sans manichéisme, ni parti pris, s'efforce de prendre en considération les intérêts légitimes des salariés et des entreprises. Ce concept est au demeurant une notion indispensable à l'application de la plupart des règles de droit, sauf à multiplier les cas illustrés par l'adage célèbre de Cicéron *“Summum jus summa injuria”* (*“droit porté à l'extrême, extrême injustice”*). La Convention européenne des droits de l'homme s'y réfère d'ailleurs avec l'exigence qu'une cause soit entendue *“dans un délai raisonnable”* (art 6.1) ; et, en droit du travail, l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève et publiée en France par le décret n° 90-140 du 9 février 1990 (JO du 15 février), dispose que la faute grave est *“une faute d'une nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper le salarié pendant la période de préavis”*. Pourrait aussi être invoquée la notion de *“règle de raison”* (en donnant évidemment à ce terme un sens plus général que celui employé en droit américain des concentrations) destinée à corriger les excès auxquels pourrait conduire une application trop formelle d'un texte légal ou d'une situation juridique.

3. L'ambition d'une *“jurisprudence du raisonnable”* rejoint d'ailleurs d'une certaine façon la préoccupation du Conseil constitutionnel, encore exprimé dans sa décision n° 2004-509 du 13 janvier 2005 relative à la loi de programmation pour la cohésion sociale - cf considérant n° 25-, suivant laquelle *“... le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution (art 34), et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ; que, pour autant, ces autorités conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières”*. Il importe en effet que dans son office d'interprétation de la loi le juge, et notamment le juge de cassation, prenne en compte les impératifs d'intelligibilité et d'accessibilité de sa jurisprudence, c'est à dire soit raisonnable.

Mais cette ambition d'une jurisprudence du raisonnable ne saurait occulter la nécessité d'être d'une inflexible fermeté lorsque sont en jeu des principes et des valeurs fondamentales avec lesquelles on ne peut transiger dans un Etat démocratique, ce qui relève d'ailleurs d'une forme du *“raisonnable”*. Il faut en particulier tenir compte du fait que le contrat de travail est -sauf cas d'espèce- un contrat fondamentalement déséquilibré dès sa formation et que l'office du juge doit être, sinon de corriger ce déséquilibre -mais il ne peut réécrire un contrat- au moins d'apprécier les devoirs et obligations de l'employeur et du salarié eu regard de ce déséquilibre. Comme l'a affirmé la Cour de justice des communautés européennes dans son récent arrêt Pfeiffer du 5 octobre 2004 *“...le travailleur doit être considéré comme la partie faible au contrat de travail, de sorte qu'il est nécessaire d'empêcher que l'employeur dispose de la faculté de circonvenir la volonté du contractant ou de lui imposer une*

restriction de ses droits sans que ce dernier ait manifesté explicitement son consentement” (Aff 397/01 à 403/01 Pfeiffer c/ Deutsches Rotes Kreuz Kreisverband Waldshut, n° 82). Cette fermeté, la chambre sociale a entendu l’affirmer fortement dans son arrêt du 17 décembre 2004 (pourvoi n° 03-40.008) qui, à propos de la contestation de “l’effet rétroactif” d’une jurisprudence nouvelle souligne que “*l’exigence d’une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l’impérieuse nécessité d’assurer la sauvegarde et l’effectivité de la liberté fondamentale d’exercer une activité professionnelle ; que, loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l’article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, la cour d’appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d’application immédiate*”.

Et un autre arrêt du 12 octobre 2004 (pourvoi n° 02-40.392) met aussi l’accent sur l’importance des libertés fondamentales dans la relation de travail en réaffirmant avec force que le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l’intimité de sa vie privée, de sorte qu’un employeur n’est pas en droit de prendre directement connaissance d’une correspondance figurant sur la messagerie électronique du salarié. Par contre l’arrêt du 2 juin 2004 (Bull n° 152) illustre une situation dans laquelle l’employeur pouvait reprocher à l’un de ses salariés d’avoir commis une faute grave en envoyant, via la messagerie électronique mise à sa disposition, un courriel antisémite dès lors que son destinataire avait dénoncé ce courriel à l’employeur.

4. La vocation fondamentale de la Cour de cassation, et notamment de sa chambre sociale, est, comme le soulignait le rapport annuel 2003 (p. 291), de “*donner l’interprétation unifiante et normative de la règle de droit*”. Cette vocation s’est, on veut l’espérer, sans doute exprimée à travers les quelques arrêts qui viennent d’être évoqués, et ceux qui vont l’être par la suite, mais elle est fortement entravée, malgré le recours à la procédure de non admission, en raison de la persistance d’un accroissement du flux des pourvois en matière prud’homale. Au cours de l’année 2004, 9324 pourvois ont ainsi été enregistrés dans cette seule matière, contre 7391 en 2000, 7959 en 2001, 8259 en 2002, et 8935 en 2003. Seul le contentieux dit des élections sociales s’est maintenu à une étiage compris, depuis 5 ans, entre 425 et 463. Le total des affaires terminées, dans ces deux domaines, a été de 9214, dont 7354 par des arrêts ou décisions de non admission, soit une augmentation de 50% par rapport à 2000, où le chiffre était de 4914. Mais, et c’est une conséquence du maintien de l’accroissement du flux, le délai moyen de traitement d’un pourvoi, qui est de 1 an, 8 mois et 9 jours à la fin de 2004 (contre 1 an et 11 mois en 2000), n’a pu être suffisamment réduit. La mise en place prochaine de la représentation obligatoire -à l’exclusion des élections sociales- pour tous les pourvois formés contre des décisions rendues après le 1^{er} janvier 2005 devrait sans doute permettre d’améliorer la situation, mais il faudra attendre la fin de l’année 2005 pour en apprécier la portée.

5. La partie du rapport annuel consacrée à la jurisprudence est pour chaque chambre de la Cour, et il en est en particulier ainsi de sa chambre sociale, l’occasion de mettre en lumière les arrêts, mis en perspective, qui lui paraissent exprimer sa doctrine sur tel ou tel point. Traditionnellement la jurisprudence de la chambre sociale était présentée sous une forme binaire, à savoir les aspects à dominante individuelle du droit du travail et les aspects à dominante collective, auxquels étaient jointes les questions de procédure. Cette division est apparue artificielle et abusivement simplificatrice et ne permettant pas de situer d’emblée la place d’un commentaire. La présentation s’ordonne désormais autour de sept grandes rubriques : **Contrat de travail, organisation et exécution du travail - Durée du travail et rémunérations - Santé et sécurité au travail - Accords collectifs et conflits collectifs du travail - Représentation du personnel et élections professionnelles - Rupture du contrat de travail - Actions en justice.**

6. La première rubrique, à savoir “*Contrat de travail, organisation et exécution du travail*”, comporte tout ce qui concerne sa nature et sa définition au sens large (apprentissage, contrats et statuts particuliers, tels, par exemple, les VRP), les prérogatives et devoirs des parties au contrat de travail (pouvoirs de l’employeur quant aux modifications des conditions de travail et du contrat de travail et pouvoir disciplinaire, sanctions, mise à pieds..., engagement unilatéral), ainsi que les droits et obligations du salarié. Y figurent aussi les difficultés afférentes aux modifications de la situation juridique de l’employeur et au transfert du contrat de travail (art L 122-12 du code du travail). C’est dans cette rubrique qu’est classée, au titre des contrats particuliers, l’arrêt très commenté relatif au travail intérimaire que la

chambre a rendu le 21 janvier 2004 (Bull n° 27), et dans lequel elle précise à quelles conditions et suivant quelles modalités, les missions de travail temporaire qui ont pour effet de pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise doivent être requalifiées en contrats à durée indéterminée, la chambre sociale ayant cherché à mieux définir les cas où le recours à l'intérim est permis et ceux où il est illicite.

7. La deuxième rubrique, à savoir "*durée du travail et rémunérations*", concerne les questions afférentes à la notion de travail effectif, aux heures d'équivalences, aux congés divers, aux accords de réduction du temps de travail, aux rémunérations (en donnant à ce terme le sens large de l'article 141 du Traité CEE, dans sa rédaction résultant du traité d'Amsterdam, c'est à dire "*le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier*"), ce qui inclut notamment l'intéressement et les "stocks options". La protection particulière des rémunérations (AGS, procédures collectives) relève aussi de cette rubrique. On rappellera qu'en raison de l'accroissement du contentieux dans ces matières, une sous section a été créée à partir de janvier 2005 à la chambre sociale pour le traiter. C'est dans cette rubrique que figure un important arrêt du 26 mai 2004 (Bull n° 143) qui apporte des précisions sur les accords collectifs de modulation du temps de travail et sur la définition des cadres dits "autonomes" pouvant bénéficier de forfaits jours dans le cadre de la réduction du temps de travail.

8. La troisième rubrique s'intitule "*santé et sécurité au travail*" et englobe la protection particulière des salariés malades ou accidentés par le fait ou hors le fait du travail, et la maternité. Le statut des salariés handicapés (Cotorep), la médecine du travail, les examens médicaux et le reclassement entrent aussi dans cette rubrique. L'importance des questions traitées à ce sujet est illustrée par trois arrêts. Le premier, rendu le 2 juin 2004 (Bull n° 161), consacre le principe, déjà acquis en droit européen, selon lequel les congés annuels doivent être pris au cours d'une période distincte du congé de maternité, afin de mieux assurer la protection de la femme enceinte. Et le travail des salariés handicapés a donné lieu, également le 2 juin 2004 (Bull n° 151 et 154), à deux arrêts définissant les conditions de rupture du contrat en cas d'évolution favorable de l'aptitude du salarié et celles relatives à la cessation de la période d'adaptation prévue en ce domaine.

9. La quatrième rubrique "*accords collectifs et conflits collectifs du travail*" est relative pour l'essentiel à la négociation, à la conclusion, à la révision, et à la dénonciation des accords, ainsi qu'aux usages, à la grève et à l'application et l'interprétation de conventions collectives. On y trouvera en particulier un commentaire d'un arrêt du 4 février 2004 (Bull n° 33) qui a abordé la question controversée du préavis de grève dans le secteur public, en décidant, en raison du pluralisme syndical, que la fixation par les différentes organisations syndicales de périodes distinctes d'arrêts de travail n'était pas illicite.

10. La cinquième rubrique "*Représentation du personnel et élections professionnelles*" concerne les élections professionnelles et le processus électoral, les représentants syndicaux, les élus des diverses institutions représentatives, leur protection particulière (salariés dits protégés), l'Unité économique et sociale (UES) et les établissements distincts. En cette matière, la chambre sociale a notamment poursuivi la construction jurisprudentielle de la notion d'unité économique et sociale en décidant, par un arrêt du 13 juillet 2004 (Bull n° 218) que cette notion n'était pas relative et, par un arrêt du 2 juin 2004 (Bull n° 157), que l'UES pouvait être reconnue indépendamment de la mise en place d'institutions représentatives.

11. La sixième rubrique "*Rupture du contrat de travail*" regroupe toutes les questions relatives à la rupture amiable du contrat de travail, à la prise d'acte de la rupture, à la démission, aux licenciements disciplinaires, pour motifs personnel ou économiques (avec les questions des plans de sauvegarde de l'emploi, ex plans sociaux, et le reclassement..) ainsi que les licenciements liés à une procédure collective. On y trouvera par exemple un arrêt du 6 avril 2004 (Bull n° 103) qui précise que le refus par un salarié d'utiliser un matériel impliquant la mise en oeuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives ne peut justifier son licenciement si l'employeur s'est abstenu d'en faire la déclaration à la CNIL.

12. Enfin la septième rubrique “*Actions en justice*” concerne la saisine des juridictions (CPH, cours d’appel, Cour de cassation), les règles de procédure, la prescription, la règle de l’unicité de l’instance, l’exigence d’impartialité. En ce domaine, une décision rendue le 30 juin 2004 (Bull n° 187) détermine à quelles conditions le salarié peut produire en justice les documents de l’entreprise dont il a eu connaissance à l’occasion de ses fonctions, consacrant ici l’unité de la jurisprudence entre la chambre criminelle, dans son dernier état, et la chambre sociale.

A. CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL

1. Emploi et formation

Apprentissage - Rupture - Résiliation unilatérale - Délai de deux mois - Suspension pour cause de maladie de l’apprenti

Chambre sociale, 16 mars 2004 (Bull n° 86)

L’article L 117-7 du Code du travail ne précise pas la nature du délai de deux mois pendant lequel le contrat d’apprentissage peut être résilié par chacune des parties sans être tenue de saisir la juridiction prud’homale.

Le problème soumis à la chambre sociale était de savoir si ce délai peut être suspendu dans une espèce où l’apprenti avait été absent de l’entreprise pour cause de maladie.

La Cour de cassation statue pour la première fois sur cette question, en refusant tout caractère préfix au délai de deux mois dont elle admet qu’il puisse être suspendu. Ce faisant, elle applique à ce délai le régime de la période d’essai, rejoignant ainsi de façon raisonnable la réalité puisque cette période doit permettre au maître d’apprentissage d’évaluer l’aptitude de l’apprenti au métier. Et il ne peut évidemment objectivement le faire si pendant cette période l’apprenti est absent pour cause de maladie.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

a) Clauses du contrat de travail - Clause de non-concurrence - Condition de validité - Exigence d’une contrepartie financière - Application dans le temps - Conformité à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales

Chambre sociale, 17 décembre 2004 (pourvoi n° 03-40.008)

Par trois arrêts rendus le 10 juillet 2002 (Bull. n° 239 et rapport annuel 2002 p. 349), la chambre a décidé, au visa du principe fondamental du libre exercice d’une activité professionnelle, “*qu’une clause de non-concurrence n’est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise, limitée dans le temps et dans l’espace, qu’elle tient compte des spécificités de l’emploi du salarié et comporte l’obligation pour l’employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ; qu’est nulle la clause de non-concurrence qui n’est pas assortie d’une contrepartie financière*”.

Ces arrêts avaient fait l’objet d’une certaine contestation en raison de l’effet “rétroactif” attaché à cette nouvelle exigence, d’aucuns y voyant même un risque pour l’équilibre d’entreprises. Mais, comme le soulignait déjà le rapport annuel de 2003 (p. 292) cette jurisprudence était largement prévisible eu égard à de nombreuses décisions des juges du fond (dans la procédure ayant abouti à l’arrêt du 17 décembre, on constate ainsi que le CPH avait statué dans le même sens avant le 10 juillet 2002), aux controverses doctrinales et au fait que de nombreuses conventions collectives imposaient une contrepartie financière ; on fera ainsi mention, à titre d’exemple, de celle des produits alimentaires élaborés (anciennement “Industries de la conserve” - JO n° 3127) qui prévoit, en termes simples et clairs, dans l’article 3 de l’annexe applicable aux ingénieurs et cadres : “*Non-concurrence - Dans les cas où la nature des missions confiées à un cadre le justifie, une clause de non-concurrence peut être ajoutée au contrat du cadre. Cette clause doit préciser le secteur territorial, la durée d’application ainsi que les contreparties financières.*”

Enfin et surtout la liberté d’exercer une activité professionnelle est une liberté fondamentale, comme l’avait déjà affirmé un arrêt de la première chambre civile du 22 novembre 1983 (Bull. n° 277) ; or une clause de non-concurrence porte nécessairement atteinte à cette liberté. Et du droit d’être rémunéré

en contrepartie de la fourniture d'un travail, découle le droit de percevoir une rétribution lorsque, pour des intérêts légitimes, l'employeur empêche le salarié qui le quitte, de travailler.

L'un des moyens du pourvoi formé dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 décembre soutenait pourtant que l'application de cette jurisprudence à des faits antérieurs violait les articles 1, 2 et 1134 du Code civil et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La chambre a écarté ce moyen dans les termes qui sont rappelés au n° 3 de l'introduction de cette étude. Le fondement de l'exigence d'une contrepartie financière, à savoir, la liberté fondamentale précitée, implique qu'elle s'applique aussi bien pour le passé -mais dans les limites de la prescription quinquennale Cf Soc 26 septembre 2002 ,Bull. n° 283 - que pour le futur.

- b) Clause de non concurrence assortie d'une contrepartie financière - Violation par le salarié
Chambre sociale, 5 mai 2004 (Bull. n° 124)

Le contrat de travail d'un salarié comportait une clause de non concurrence assortie d'une contrepartie financière, mais il l'avait violée en créant une société ayant une activité similaire à celle de son ancien employeur et en en fixant le siège à son ancienne adresse professionnelle pour créer une confusion auprès des tiers. L'arrêt décide qu'en raison de cette violation, l'employeur n'avait pas à payer la contrepartie financière. On peut ajouter, plus généralement, que même sans clause de non concurrence, ou si celle-ci est nulle en raison de l'absence de contrepartie financière, le salarié engage sa responsabilité s'il se livre à des actes de concurrence déloyale contre son ancien employeur (Soc. 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-47.527, en cours de publication au bulletin).

- c) Clauses du contrat de travail - Clause de mobilité - Mise en oeuvre ayant pour effet de réduire la rémunération du salarié
Chambre sociale, 5 décembre 2004 (pourvoi n° 02-44.714)

On sait qu'un employeur ne peut sans l'accord de son salarié réduire, fût-ce indirectement, la rémunération de ce dernier, ce qui constituerait une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser. Cette affaire illustre un cas dans lequel la mise en oeuvre d'une clause contractuelle de mobilité aboutissait en fait à une baisse de la rémunération du salarié concerné, qui était donc en droit de la refuser sans commettre de faute.

- d) Modification du contrat de travail - Cas divers
Chambre sociale, 7 avril 2004 (Bull n° 107)
Chambre sociale, 17 novembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-46.100)

L'arrêt du 7 avril décide que le passage, même partiel, d'un horaire de jour à un horaire de nuit - c'est-à-dire entre 21 heures et 6 heures - constitue une modification du contrat de travail que l'employeur ne peut imposer sans l'accord du salarié. Il va dans le sens d'une protection de la personne eu égard aux effets pouvant être lourds pour la santé et la vie personnelle des salariés des rythmes de travail nocturnes.

L'arrêt du 17 novembre 2004 retient que constitue une modification du contrat de travail le fait d'imposer à un salarié de travailler deux dimanches sur trois au lieu de un sur trois ; celui-ci est donc en droit de la refuser.

- e) Exécution du contrat de travail - Harcèlement moral ou sexuel
Chambre sociale, 27 octobre 2004 (pourvoi n° 04-41.008)
Chambre sociale 30 novembre 2004 (pourvoi n° 03-41.757)

La prohibition du harcèlement moral est issue de la loi du 17 janvier 2002 qui a créé l'article L.122-49 du Code du travail aux termes duquel "Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'aucune mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation

ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements, ou les avoir relatés. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit".

Eu égard à son caractère récent, ce texte n'avait pas encore été appliqué par la Cour de cassation, alors qu'il ouvre sans doute de vastes perspectives et fait courir un risque d'autant plus grand aux employeurs que la sanction de sa transgression est le droit à réintégration consécutif à la nullité de plein droit encourue. L'arrêt du 27 octobre 2004 illustre des faits dont la conjonction et la répétition caractérisent des faits de harcèlement moral imputables à l'employeur (retrait sans motif d'un téléphone portable, obligation nouvelle sans justification, attributions de tâches sans rapport avec les fonctions, l'ensemble de ces brimades ayant abouti à une altération de la santé du salarié). Mais il n'appartient qu'aux juges du fond d'apprécier souverainement si les faits qu'ils constatent sont constitutifs d'un harcèlement moral, la Cour de cassation n'exerçant dans ce domaine qu'un contrôle de la motivation au regard de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile.

Le second arrêt du 30 novembre met en lumière les conséquences de faits de harcèlement émanant d'un employeur sur la validité d'un accord de rupture amiable d'un contrat de qualification. En l'espèce un employeur avait signé avec une jeune fille de 19 ans un contrat de qualification de 22 mois s'inscrivant dans le cadre d'un BTS d'action commerciale. Un peu plus de trois mois après les deux parties avaient signé une rupture d'un commun accord de ce contrat. Mais la jeune fille avait engagé peu après une action en nullité de cet accord pour violence, au sens de l'article 1122 du Code civil, et en dommages intérêts. Les juges du fond ayant retenu que l'employeur, nonobstant la nature du contrat impliquant une disponibilité pour suivre des cours, lui imposait de travailler à temps complet, et la harcelait de diverses manières, notamment en lui demandant de faire des massages de nature sexuelle, ce qui avait provoqué des troubles psychologiques d'angoisse et d'anxiété chez la jeune fille, la Cour de cassation a approuvé leur décision quant à la nullité de l'accord conclu sous la violence définie par l'article 1122 du Code civil.

- f) Pouvoir de direction de l'employeur - Cas divers
Chambre sociale 6 avril 2004 (Bull n° 103)
Chambre sociale, 13 juillet 2004 (Bull n° 205)

Le premier de ces arrêts, qui concerne la décision d'un employeur d'imposer à ses salariés l'usage d'un badge impliquant la mise en place d'un traitement automatisé d'informations nominatives non déclaré à la CNIL, sera analysé infra rubrique F Rupture du contrat de travail.

Le second arrêt décide que porte atteinte au pouvoir de direction de l'employeur le juge qui lui ordonne de modifier l'implantation dans son entreprise d'appareils de pointage. Une telle injonction revient en effet pour le juge à contrôler un choix de gestion ou d'organisation de l'employeur, contrairement à la doctrine exprimée par l'arrêt SAT du 8 décembre 2000 (Bull. 2000 Ass. plén n° 11). Seules des raisons de sécurité auraient pu, au titre de la prévention d'un danger imminent, permettre au juge de prendre une telle mesure.

3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

Modification dans la situation juridique de l'employeur - Transfert d'entreprise - Effets - Salarié affecté à l'entreprise transférée - Transfert n'emportant aucune modification du contrat de travail - Refus par le salarié du changement d'employeur - Responsabilité de la rupture
Chambre sociale, 14 décembre 2004 (pourvoi n° 03-41.713)

On sait que la Chambre sociale retient que le changement d'employeur résultant d'un transfert d'entreprise s'impose non seulement aux employeurs successifs, mais encore au salarié relevant de l'entité économique transférée, dès lors que son contrat est en cours au jour de la modification affectant l'entreprise et que le cessionnaire n'entend pas lui imposer à cette occasion une modification du contrat de travail. Il en résulte que le salarié qui, sauf dans ce dernier cas, refuse le changement d'employeur doit supporter les conséquences de la rupture du contrat de travail qu'entraîne ce refus (notamment : Soc., 11 mars 2003, Bull. n° 96).

Par ailleurs, cette poursuite obligatoire du contrat de travail rend sans effet les licenciements qui ont pu être prononcés à cette occasion (Soc., 20 janvier 1998, Bull. n° 16), solution qui est en harmonie

avec l'interprétation que la Cour de Justice des communautés européennes a faite de la directive du 14 février 1977, en particulier dans un arrêt du 12 mars 1998 (*Déthier Equipement*, n° C-319/94). Dès lors, le salarié attaché à une entité économique transférée et qui s'oppose au changement d'employeur sans pouvoir tirer argument d'une modification de son contrat de travail liée au transfert ou d'un refus du cessionnaire de l'employer, ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture. La seule exception qui ait été apportée à cette règle, dans l'intérêt du salarié, concerne la situation où le cédant a notifié un licenciement économique avant le transfert, qui a entraîné une rupture de fait du contrat de travail. Le salarié est alors en droit de demander réparation du préjudice causé par une telle rupture, mais à la condition toutefois que le cessionnaire n'ait pas proposé de le maintenir à son service, avant l'expiration du délai de préavis et sans modification du contrat (Soc., 20 mars 2002, Bull. n° 94, Rapport Annuel 2002, p. 358, d). Tel n'était pas le cas dans la présente espèce, le salarié ayant refusé sans raison légitime de changer d'employeur et ayant ensuite été licencié pour ce motif par le cédant, après le changement d'employeur, de sorte que ce licenciement, postérieur au transfert, était dépourvu d'effet et ne pouvait fonder une demande indemnitaire, de la part d'un salarié qui s'était soustrait aux effets de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail.

4. Contrats particuliers

a) Contrat emploi consolidé - Irrégularité- Inobservation par l'employeur des obligations relatives à la formation et à l'orientation professionnelle - Effet - Requalification en contrat à durée indéterminée

Chambre sociale, 30 novembre 2004 (pourvoi n° 01-45.613)

Institués par les lois n° 89-905 et 98-657 des 19 décembre 1989 et 20 juillet 1998, les contrats "emploi-solidarité" et les contrats "emploi consolidé", sont des contrats à durée déterminée (ou à durée indéterminée pour les contrats "emploi consolidé") ayant pour objet, les uns, de faciliter l'insertion des personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi, les autres de favoriser, notamment à l'issue d'un contrat "emploi-solidarité", l'embauche de personnes qui ne peuvent trouver un emploi ou bénéficier d'une formation.

Ces contrats sont soumis aux conditions prévues par les articles L 322-4-7 et L 322-4-8-1 du Code du travail. A ce titre, ils doivent être conclus en application d'une convention souscrite entre l'Etat et le futur employeur mentionnant notamment, en application des dispositions de l'article 4 du décret n° 90-105 du 30 janvier 1990, les actions de l'employeur, telles celles relatives à l'orientation et à la formation professionnelles, destinées à faciliter le retour à l'emploi.

Cette exigence n'a bien entendu de sens que si l'employeur est tenu d'entreprendre les actions mentionnées par la convention dès la mise en oeuvre du contrat.

Le présent arrêt du 30 novembre 2004 énonce à cet égard, pour la première fois dans un arrêt publié au *Bulletin* (voir cependant Soc. 20 juin 2001, pourvoi n° 99-43.039 non publié), que les actions relatives à la formation et à l'orientation professionnelle prévues en matière de contrats "emploi-solidarité" et de contrats "emploi consolidé" constituent des obligations pour l'employeur. Est ainsi étendue la solution adoptée par la Cour de cassation pour les contrats de qualification (Soc. 18 novembre 1992, Bull. n° 560).

Restait alors à déterminer les conséquences d'un manquement de l'employeur à ces obligations. Il aurait été envisageable de se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle, notamment en considérant qu'il y a eu rupture aux torts de l'employeur, dès lors que la Chambre sociale a admis, à propos du contrat de retour à l'emploi, que le salarié était en droit de se prévaloir, dans ses rapports avec l'employeur, de la convention conclue entre l'Etat et l'employeur (Soc. 17 octobre 2000, Bull. n° 325).

Mais ce n'est pas cette voie qui a été suivie par la Chambre sociale. Elle a considéré que la non-conformité des contrats aux dispositions prévues aux articles L 322-4-8 et L 322-4-8-1 du Code du travail,

notamment quant à la formation et à l'orientation professionnelle du salarié, entraînait sa requalification en contrat à durée indéterminée en application de l'article L 122-3-13 du même code.

Certes ce texte ne fait pas référence aux articles L 322-4-8 et L 322-4-8-1, mais l'article L 122-3-13 dispose qu'est réputé à durée indéterminée le contrat conclu en méconnaissance, notamment, de l'article L 122-2, lequel dispose que le contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée lorsqu'il est conclu, notamment, au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnel sans emploi, ce qui correspond tout à fait à la situation des personnes pouvant bénéficier des contrats "emploi-solidarité" et "emploi consolidé". La sanction de la requalification en contrat à durée indéterminée, déjà adoptée par la chambre à propos d'un contrat "emploi solidarité" qui avait pour objet de pourvoir un emploi dans un service de l'Etat et qui était de ce fait irrégulier (Soc. 10 juillet 2002, *Bull. n° 234*), paraît donc conforme à une interprétation raisonnable des textes.

- b) Travail intérimaire - Conditions - Cas de recours interdits - Affectation durable à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice - Effet - Requalification en contrat à durée indéterminée
Chambre sociale, 21 janvier 2004 (Bull. n° 27)

Par cet arrêt -et d'autres non publiés- rendus le 21 janvier 2004, la Chambre sociale s'est prononcée sur la question de la définition du concept d'accroissement temporaire d'activité autorisant le recours au travail temporaire en application de l'article L 124-2-1 du Code du travail.

Elle a ainsi affirmé que l'accroissement n'a pas à présenter un caractère exceptionnel, et qu'il peut résulter de variations du cycle de production, mais à la condition que le contrat de travail temporaire ne s'inscrive pas dans un accroissement durable de l'activité de l'entreprise.

L'article L 124-2-1 du Code du travail, dans sa rédaction actuelle résultant de la loi 90-613 du 12 juillet 1990, n'exige plus en effet, comme le faisait l'ordonnance 82-131 du 5 février 1982, que le surcroît d'activité soit exceptionnel, c'est-à-dire qu'il corresponde à une augmentation inhabituelle du volume de l'activité de l'entreprise. Mais cette disposition doit être combinée avec celle de l'article L. 124-2 du Code du travail qui dispose que le contrat de travail temporaire ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

La requalification doit donc être prononcée chaque fois qu'il est constaté que le salarié intérimaire a été recruté pour effectuer une tâche résultant d'un accroissement durable et constant de l'activité de l'entreprise.

Cependant, il n'est pas nécessaire que l'intérimaire soit affecté à la réalisation d'une des tâches résultant de l'accroissement temporaire de l'activité. La Chambre sociale a ainsi transposé la solution du "remplacement en cascade" retenue en matière de contrat à durée déterminée conclu en remplacement du salarié absent (Soc. 22 novembre 1995, *Bull. 1995 n° 308*) et étendue aux contrats de travail à durée déterminée conclus pour accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (Soc. 18 février 2003, *Bull. n° 57*).

- c) Voyageur Représentant Placier - Contrat de représentation - Rémunération - Ressource minimale forfaitaire - Domaine d'application - VRP engagé à titre exclusif - Portée
Chambre sociale, 30 novembre 2004 (pourvoi n° 03-44.635)

Cette décision, qui se situe dans la continuité d'un arrêt du 11 juillet 2000 (*Bull. n° 277*), retient qu'un VRP engagé à titre exclusif a droit à la rémunération minimale forfaitaire prévue à l'accord national interprofessionnel des VRP du 3 octobre 1975.

Il en résulte, d'une part, que toute retenue pratiquée par l'employeur sur cette ressource minimale constitue une sanction pécuniaire illicite et, d'autre part, que lorsque l'employeur n'a pas effectivement versé au VRP chaque trimestre le montant de cette ressource minimale, il ne peut se prévaloir de la

possibilité de déduction prévue au paragraphe 6 de l'article 5-1 de l'accord national selon lequel "*le complément de salaire versé par l'employeur à partir du second trimestre sera à valoir sur les rémunérations contractuelles échues au cours des trois trimestres suivants et ne pourra être déduit qu'à concurrence de la seule partie des rémunérations qui excéderait la ressource minimale*". Il ne pourra donc pas déduire le complément de salaire des rémunérations contractuelles échues au cours des trois trimestres suivants.

- d) Voyageur Représentant Placier - Contrat de représentation - Rémunération - Convention collective applicable à l'entreprise - Bénéfice - Condition
Chambre sociale, 10 mars 2004 (Bull. n° 82)
V. infra rubrique D Accords collectifs

B. DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS

1. Durée du travail, repos et congés

- a) Accords de réduction du temps de travail - Modulation - Validité - Conditions - Bénéficiaires - Cadres autonomes - Définition conventionnelle - Cadres dont le rythme de travail ne peut être soumis à un horaire collectif
Chambre sociale, 26 mai 2004 (Bull. n° 143)

Cet arrêt rendu par la formation plénière de la Chambre sociale, relatif à un accord d'entreprise de modulation, conclu dans le cadre des dispositions de la loi du 19 janvier 2000, statue pour la première fois sur la portée des dispositions de l'article L. 212-8.

Selon ce texte l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation. Cette exigence est-elle une simple exigence de motivation ou une exigence de justification sous le contrôle du juge de son caractère réel et sérieux ? Telle était la question posée à la Chambre.

La Cour de Cassation retient la première solution, en considérant conforme aux exigences de l'article L. 212-8 les dispositions de l'accord, dans la mesure où la modulation résulte d'un accord et non d'une décision unilatérale du chef d'entreprise.

De la même manière cet arrêt précise que la clause de l'accord qui renvoie aux dispositions légales relatives au recours au travail temporaire, est conforme aux dispositions de l'article L. 212-8 du Code du travail, ce dont il résulte que le renvoi aux dispositions légales suffit.

Cet arrêt apporte des précisions plus importantes sur la programmation de la modulation de la durée du travail. L'article L. 212-8 al. 5 et 8 exige d'une part que l'accord détermine la programmation indicative de la durée du travail, d'autre part qu'il fixe les règles selon lesquelles est établie la programmation indicative pour chacun des services ou ateliers concernés. L'accord litigieux prévoyait que "*les lignes directrices d'élaboration du calendrier collectif sont abordées dans la négociation annuelle du temps de travail*" et prévoyait ensuite diverses procédures d'application dans les ateliers et les services de l'entreprise. Selon l'arrêt, ces dispositions sont légales "*dès lors que cette programmation indicative est fixée par voie de négociation d'entreprise et fait ensuite l'objet des procédures d'application prévues par la loi*".

Cette solution répond à la fois aux exigences légales et aux exigences de la pratique. La modulation est un mode d'organisation du travail qui répond à des besoins de flexibilité, sa programmation est susceptible d'être modifiée et c'est pourquoi la loi utilise le terme de programmation "*indicative*". Il ne paraît pas réaliste de prévoir à l'avance et pour plusieurs années ou pour l'ensemble des établissements de l'entreprise la programmation indicative de la modulation. L'exigence de négociation se justifie pourtant par la nécessité d'obtenir un accord sur les principes de cette programmation. Et c'est pourquoi l'arrêt admet la validité de la clause de procédure renvoyant à une négociation d'entreprise quelle qu'elle soit, même si la programmation indicative ne résulte pas de l'accord lui-même.

Le même arrêt apporte des précisions attendues sur la définition des cadres dits "autonomes" qui peuvent bénéficier des forfaits jours, définis par l'article L. 212-15-3 III.

Le Code du travail distingue les personnes ayant la qualité de cadres au sens des conventions collectives, qui peuvent bénéficier d'un forfait horaire, mensuel ou annuel (article L. 212-15-3) des cadres dirigeants d'une part, et des cadres intégrés d'autre part. Parmi les cadres visés par l'article L. 212-15-3 ceux dits "autonomes" peuvent bénéficier de forfait jour. L'article L. 212-15-3 III dans sa rédaction issue de la loi du 19 janvier 2000, précise que l'accord doit alors définir "*les catégories de cadre pour lesquels la durée du temps de travail ne peut être déterminée en raison de la nature de leur fonction, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps*". La loi du 17 janvier 2003 a substitué à ces critères le seul critère de "*l'autonomie dans l'organisation de leur travail*", mais maintenu la nécessité de définir les catégories de cadres.

Dans l'arrêt commenté la Cour de Cassation, qui a statué en vertu des dispositions de sécurisation de la loi du 17 janvier 2003, sur le fondement de l'article L. 212-15-3 III modifié, a décidé : "*Répond (...) aux exigences légales de l'article L. 212-15-3-III du Code du travail l'accord collectif qui, après avoir distingué les cadres dirigeants des cadres dont l'horaire est prédéterminé définit les cadres autonomes qui ne relèvent d'aucune de ces catégories comme étant ceux dont le rythme de travail ne peut, en raison de leur mission, être soumis à l'horaire collectif de travail du service qu'ils dirigent ou auquel ils sont affectés, dans la mesure où, d'une part, la convention de forfait doit faire l'objet d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié et où, d'autre part, il appartient au juge, en cas de litige, de vérifier que les fonctions exercées par le cadre ne lui permettent pas d'être soumis à l'horaire collectif de travail*".

Il résulte de cette décision que les catégories de cadres sont suffisamment définies dans l'accord par la référence aux critères légaux. Il est vrai que la définition concrète de catégorie de cadres en fonction de la situation propre à chaque entreprise peut s'avérer fort difficile compte tenu de la variété des situations, sauf à établir une liste nominative non prévue par la loi.

Cependant la référence légale à la notion de "catégorie" nécessite qu'un contrôle puisse être effectué sur la qualification de cadre autonome. Et c'est pourquoi l'arrêt rappelle que la détermination d'un horaire de travail en forfait jour doit faire l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et le salarié, et qu'il appartient au juge, en cas de litige, de vérifier que les fonctions réellement exercées par le cadre lui permettent d'entrer dans la catégorie des cadres autonomes. Ce faisant l'arrêt ne fait que rappeler le contrôle que le juge exerce sur la qualification des salariés au regard des fonctions réellement exercées.

b) Accords de réduction du temps de travail - Accords conclus en application de la "loi Aubry I" - Conformité à la loi "Aubry II" - Conditions
Chambre sociale, 26 mai 2004 (Bull. n° 144)

Le 22 juin 1999 a été conclu, en application de la loi du 13 juin 1998 dite Aubry I, "un accord national relatif à la durée du travail applicable aux entreprises entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil (Accord Syntec). Il prévoit d'une part une réduction de la durée hebdomadaire de travail à 35 heures, complétée par une réduction des jours travaillés dans l'année selon trois sortes de modalités de gestion des horaires, d'autre part la possibilité d'une modulation du temps de travail de type III en application de l'article L 212-2-1 du Code du travail alors en vigueur.

L'action en nullité de l'accord intentée par le syndicat CGT donne un exemple de mise en oeuvre du mécanisme de sécurisation des accords conclus en vertu de la loi du 13 juin 1998, instauré par les articles 28-I et 28-II de la loi du 19 janvier 2000, "dite Aubry II".

Se trouvent ainsi validées :

- les clauses des accords conclus en application de la loi du 13 juin 1998 qui ne disposaient pas de base légale lors de leur signature mais qui en trouvent une dans le cadre de la loi du 19 janvier 2000 ;

- les clauses des accords applicables au 19 janvier 2000 qui seraient contraires à la nouvelle loi mais étaient conformes aux dispositions de la loi antérieure.

L'arrêt du 26 mai 2004 rejette le pourvoi du syndicat CGT qui avait été débouté de son action.

S'agissant du dispositif de l'accord instituant un nouveau décompte du temps de travail, le pourvoi soutenait d'abord que l'accord du 22 juin 1999 ne pouvait pas prévoir la possibilité de conclure, pour le personnel cadre disposant d'une autonomie complète, des conventions de forfait en jours, sans répondre aux conditions exigées par l'article L 212-5-3 III du Code du travail.

Pour écarter ce moyen, la chambre sociale a retenu que l'accord litigieux était conforme aux dispositions de l'article susvisé dès lors que les conditions de mise en oeuvre des conventions de forfait en jours qu'il institue seraient complétées par des accords d'entreprise.

Il était soutenu en second lieu que l'accord litigieux ne pouvait entrer dans le champ de la validation de l'article 28-I de la loi du 19 janvier 2000 dès lors qu'il prévoit, en son chapitre II, article 3, que les conventions individuelles de forfait en jours pourront être conclues pour des catégories autres que les cadres visés par l'article L 212-5-3 III précité.

La cour d'appel qui a retenu que l'accord du 22 juin 1999 instituait, en son chapitre II, article 3, d'une part une convention horaire sur une base hebdomadaire de 38 heures 30 avec une rémunération forfaitaire au moins égale à 115% du salaire minimum conventionnel, d'autre part un nombre maximum de jours travaillés dans l'année, en a déduit à bon droit que la modalité de gestion du temps de travail retenue pour cette catégorie de cadres s'analysait en un forfait en heures, assorti de la garantie d'un nombre maximal annuel de jours de travail et non en une convention de forfaits en jours.

S'agissant du recours à la modulation du temps de travail, le pourvoi soutenait que l'accord litigieux ne pouvait y recourir dès lors qu'il ne comportait aucune des contreparties prévues par l'article L 212-2-1 du Code du travail alors en vigueur.

Mais la cour d'appel qui a retenu que l'accord du 22 juin 1999 avait réduit la durée hebdomadaire de travail à 35 heures alors qu'à l'époque de sa conclusion la durée légale du travail était toujours de 39 heures, et ce avec maintien du salaire, en a exactement déduit que cette réduction conventionnelle constituait la contrepartie de la modulation du temps de travail au sens de l'article précité.

Le pourvoi objectait d'autre part que ledit accord ne fixait ni les conditions de recours au chômage partiel en application de l'article L 212-261 du Code du travail, ni le droit à un repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation de la durée du travail ainsi que des salariés dont le contrat de travail avait été rompu au cours de cette période en application de l'article L 212-8, alinéa 5, du Code du travail.

En retenant, en premier lieu, que l'accord dispose qu'en cours de période le recours au chômage partiel est possible selon les dispositions légales en vigueur, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

En second lieu, l'article L 212-2-1 alors en vigueur n'exigeant pas que les accords instituant une modulation de type III comportent des stipulations relatives au droit à rémunération et au repos compensateur des salariés concernés, la cour d'appel en a exactement déduit que l'accord litigieux, conforme au droit applicable lors de sa signature se trouvait validé en application de l'article 28-II de la loi du 19 janvier 2000.

- c) Accords de réduction du temps de travail - Complément différentiel de salaire - Article 8 de la loi du 17 janvier 2003 - Conformité à l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme - Application dans le temps
Chambre sociale, 20 octobre 2004 (pourvois n° 03-42.628, 03-41.740, 03-41.593)

L'article 8 de la loi 2003-47 du 17 janvier 2003 prévoit que, dans le secteur sanitaire et social, le complément différentiel de salaire destiné à compenser la baisse de rémunération occasionnée par la réduction du temps de travail n'est dû qu'une fois le temps de travail effectivement réduit par accord collectif. Ces dispositions s'appliquent sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée ; elles ne s'appliquent pas aux instances en cours à la date du 18 septembre 2002, cette dernière date étant celle de la présentation du projet de loi en Conseil de ministres et de son dépôt devant l'Assemblée nationale. La loi du 17 janvier 2003, publiée au Journal Officiel du 18 janvier 2003, est entrée en vigueur le 20 janvier 2003.

S'agissant de l'application de la loi dans le temps, la date de saisine de la juridiction prud'homale, antérieure ou postérieure au 18 septembre 2002, doit se conjuguer avec la vérification que la décision rendue -au fond ou en référé- ne soit pas passée en force de chose jugée, au sens de l'article 500 du nouveau Code de procédure civile, avant la date d'entrée en vigueur de la loi.

Il en résulte que la loi du 17 janvier 2003 est applicable à l'instance introduite après le 18 septembre 2002 et clôturée par une décision qui n'était pas encore rendue à la date de son entrée en vigueur.

Au fond, la Chambre sociale se prononce sur la conformité de ce texte au regard des exigences posées à l'article 6.1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; il résulte de ce texte que si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges.

Reprenant la solution dégagée à propos de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 qui a validé la rémunération du personnel éducatif des établissements médico-sociaux sur la base d'un horaire d'équivalence prévu par une convention collective agréée (Ass.plén Cour de cassation 24 janvier 2003, Bull. n° 2 et 3, Rapport annuel 2003 p. 331), la Chambre sociale décide de donner son plein effet à l'article 8 de la loi du 17 janvier 2003 dès lors qu'il apparaissait que l'intervention du législateur était destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées et qu'elle obéissait ainsi à d'impérieux motifs d'intérêt général ; les conséquences financières de la solution retenue par la chambre sociale dans son arrêt du 4 juin 2002 (Bull. n° 193), à laquelle la loi nouvelle est venue mettre fin, étant de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale.

d) Temps de travail - Temps assimilé à du travail effectif - Temps de trajet pour se rendre d'un lieu de travail à un autre - Portée
Chambre sociale, 16 juin 2004 (Bull. n° 171)

La Chambre sociale, par un arrêt rendu le 16 juin 2004, a affirmé le principe selon lequel le temps de trajet entre l'entreprise et un autre lieu de travail ou entre deux lieux de travail est un temps de travail effectif.

La question de la qualification juridique du temps de trajet fait l'objet d'une construction jurisprudentielle importante qui s'inscrit dans la définition générale de la notion de durée du travail effectif, actuellement fixée par l'article L. 212-4 du Code du travail tel que modifié par la loi du 13 juin 1998. Aux termes de cet article, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles.

La prise en considération du critère de disposition à l'égard de l'employeur est le fil conducteur de la définition par la Cour de cassation de la qualification juridique des temps de trajet. Ainsi, par un arrêt du 5 novembre 2003, la chambre sociale a rappelé que le temps de trajet compris entre le domicile et le

lieu de travail ne constitue pas en soi un temps de travail effectif tout en apportant des réserves à ce principe (Soc. 5 novembre 2003, Bull. n° 275). Si, a priori, le temps de trajet ne constitue pas en soi un temps de travail, il en est autrement du trajet entre deux lieux de travail ainsi que du temps inhabituel de trajet entre le domicile et le lieu de travail. Ce terme d'inhabituel n'est sans doute pas très précis, mais il ne pouvait en être autrement dans un domaine aussi tributaire de données de fait qu'il appartiendra à la sagesse des juges du fond d'apprécier.

En ce qui concerne le trajet entre deux lieux de travail, la Cour de Cassation prenait soin jusqu'à présent de rechercher "l'empreinte" de l'employeur sur les conditions de trajet en relevant les éléments de fait de nature à démontrer que, pendant cette période, le salarié se tenait à la disposition de l'employeur pour participer à l'activité de l'entreprise. Il en était ainsi des tâches de chargement ou déchargement de matériel, de transport de membres du personnel, exécutées à l'occasion du trajet ou encore des trajets effectués par le salarié avec le véhicule de l'entreprise.

Désormais, avec l'arrêt du 16 juin 2004, le temps de travail entre l'entreprise et un lieu de travail constitue un temps de travail effectif dès lors que le salarié est tenu de se rendre pour l'embauche et la débauche dans l'entreprise. Il en est de même pour tout temps de trajet entre deux lieux de travail, quels qu'ils soient, le salarié se trouvant, de ce fait, à la disposition de l'employeur et ne pouvant vaquer à des occupations personnelles.

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 a apporté une modification à l'article L 212-4, qui comporte désormais un nouvel alinéa aux termes duquel " *Le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif. Toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il doit faire l'objet d'une contrepartie financière soit sous forme de repos, soit financière, déterminée par convention ou accord collectif ou, à défaut, par décision unilatérale de l'employeur prise après consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel s'ils existent. La part de ce temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail ne doit pas entraîner de perte de salaire*". Et on notera que dans sa décision 2004-509 DC du 13 janvier 2005, le Conseil constitutionnel a écarté le grief dirigé contre cette disposition en relevant notamment que " *la circonstance qu'un déplacement de même durée puisse entraîner une contrepartie différente suivant que les salariés ont établi leur domicile en un lieu plus ou moins éloigné de leur lieu de travail n'est pas constitutive d'une rupture d'égalité, dès lors qu'elle résulte d'une différence de situation inhérente à la liberté de choix du domicile*" (cf considérant n° 19).

2. Rémunérations

- a) Assurance de garantie des salaires - Domaine d'application - Créance due à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective en vertu d'un accord conclu antérieurement - Exécution échelonnée en cours à la date du jugement - Absence d'influence
Chambre sociale, 23 octobre 2004 (pourvoi n° 02-41.836)

L'article L 143-11-1, alinéa 2, 1°, du Code du travail garantit aux salariés le paiement des sommes qui leur sont dues au jour du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire prononcé à l'égard de leur employeur. Il s'applique ainsi aux créances indemnitaires résultant d'un licenciement intervenu avant ce jugement.

Mais, lorsque cette rupture a été suivie de la conclusion entre l'employeur et son salarié d'un accord sur le paiement échelonné d'une indemnité, la garantie doit-elle porter sur les mensualités échues après le jugement d'ouverture ?

La réponse apportée par la Chambre sociale est affirmative. Il a certes été jugé antérieurement que la garantie de l'AGS ne pouvait couvrir les indemnités dues en vertu d'une clause de non-concurrence, pour les mensualités échues après la liquidation judiciaire de l'employeur (Soc. 27 octobre 1999 Bull. n° 416), ni les arrérages d'une rente due en vertu d'un contrat d'assurance collective souscrit par l'employeur et au titre des échéances postérieures au jugement (Soc. 2 juin 1992, Bull. n° 359), ni même les arrérages d'une pension de retraite à échoir après ce jugement (Soc. 10 mai 1993, Bull. n° 252). Mais toute autre

était ici la situation puisqu'en l'espèce l'engagement de l'employeur ne dépendait pas, dans son exécution, de la réalisation ou de la non-réalisation d'un événement postérieur au jugement de redressement ou de liquidation judiciaire, mais résultait d'un arrangement conclu avant cette décision, pour organiser les conséquences de la rupture du contrat de travail, et assorti d'un terme, lequel a pour seul effet d'en suspendre l'exécution, ainsi que le prévoit l'article 1185 du Code civil.

Au demeurant, une solution contraire aurait eu pour résultat de désavantager le salarié qui, par complaisance, consent à son employeur des délais de paiement. Il reste, d'une part, que cette position réserve, conformément au droit commun, le cas de la fraude, qui consisterait à consentir par un tel accord des avantages excessifs, en considération d'une probable et prochaine cessation des paiements et il incombe alors à l'AGS de prouver ce dessein frauduleux ; d'autre part, que ce risque est aujourd'hui atténué, depuis que la loi du 4 mai 2004 (n° 2004-391) a exclu de la garantie de l'AGS les engagements pris par l'employeur, unilatéralement ou par voie d'accord collectif, au cours des 18 mois précédant le jugement d'ouverture, lorsqu'ils portent sur l'indemnisation d'un préjudice lié à la rupture du contrat de travail résultant d'un licenciement économique.

Cette position de la Cour de cassation doit être rapprochée de celle que la Cour de justice des communautés européennes a prise dans un arrêt du 16 décembre 2004, où elle a retenu que doivent relever de la garantie des créances impayées des travailleurs salariés, définie par la directive 80/987/CE du 20 octobre 1980, les créances indemnitaires fixées à la suite d'une procédure de conciliation.

- b) Salaire - Heures supplémentaires - Preuve - Eléments de nature à étayer la demande - Production préalable par le salarié - Nécessité
Chambre sociale, 25 février 2004 (Bull n° 62)
Chambre sociale, 24 mars 2004 (Bull n° 96)

Aux termes de l'article L 212-1-1 du Code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Le juge forme alors sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Ces dispositions, issues de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, sont destinées à permettre au salarié de faire valoir ses droits en matière d'heures supplémentaires, sans être, comme l'exigeait alors la jurisprudence (Soc. 23 novembre 1994, Bull. n° 310), le seul à devoir supporter la charge d'une preuve difficile à apporter.

La Chambre sociale en a logiquement déduit que la preuve du nombre d'heures effectuées n'incombant spécialement à aucune des parties, le juge ne pouvait, pour rejeter la demande du salarié en paiement d'heures supplémentaires, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par celui-ci, mais qu'il devait examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l'employeur était tenu de lui fournir (Soc. 16 juin 1998, 6 février 2001 et 30 septembre 2003, Bull. n° 328, 45 et 248).

Pour autant, certaines situations étaient délicates, dès lors que la Chambre sociale avait admis que la preuve des heures supplémentaires pouvait être établie du seul fait de la production par le salarié des fiches de présence qu'il avait remplies à la demande de l'employeur (Soc. 19 janvier 1999, Bull. n° 29). Elle avait même jugé que l'obligation pour l'employeur de verser des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié n'était pas subordonnée à la production préalable par ce dernier d'un décompte précis des heures supplémentaires dont il réclamait le paiement (Soc. 10 mai 2001, Bull. n° 160). Le risque était alors d'inverser, au détriment de l'employeur, la charge de la preuve des heures supplémentaires, alors qu'il résulte des dispositions de l'article L 212-1-1 du Code du travail que cette charge n'incombe spécialement à aucune des parties.

Or tout demandeur en justice doit apporter des éléments de preuve, même si celle-ci lui est facilitée par une disposition particulière. Une interprétation trop large aboutissait à priver de toute portée

l'obligation faite au salarié par l'article précité de fournir des éléments à l'appui de sa demande. La chambre a donc décidé, sans bien entendu faire peser sur le salarié la charge de la preuve des heures supplémentaires, qu'il devait à tout le moins produire des éléments de nature à étayer sa demande. Cette précision apportée à la jurisprudence permet de garantir un équilibre entre les parties dans l'administration de la preuve des heures supplémentaires, tout en restant fidèle aux dispositions de l'article L 212-1-1 du Code du travail.

Et l'arrêt du 24 mars 2004 vient préciser la solution adoptée par la chambre dans son arrêt du 25 février 2004 (Bull. n° 64) : lorsqu'un salarié produit des éléments de nature à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires, il peut être tenu compte de la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve pour accueillir les prétentions du salarié. La prétention du salarié étant sérieusement soutenue, il appartient en effet à l'employeur de se conformer à son obligation de fournir les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par l'intéressé.

- c) Salaire - Voyageur Représentant Placier - Contrat de représentation - Rémunération - Ressource minimale forfaitaire - Domaine d'application - VRP engagé à titre exclusif - Portée
Chambre sociale, 30 novembre 2004 (pourvoi n° 03-44.635)

V. supra rubrique Contrats particuliers

- d) Options sur titre (" Stock-options") - Condition de présence du salarié - Licenciement sans cause réelle et sérieuse - Effet - Réparation du préjudice résultant de l'impossibilité de lever les options (oui)
Chambre sociale, 29 septembre 2004 (Bull. n° 234)

Lorsque les règlements des plans d'option de souscription ou d'achats d'actions soumettent le droit de lever les options à une condition de présence du bénéficiaire dans l'entreprise au moment de la levée d'option, la situation du salarié licencié pose problème. Ne faisant plus partie de l'entreprise, celui-ci risque, en effet, de se voir privé du bénéfice de ce droit, alors même que son licenciement serait sans cause réelle et sérieuse.

Par un premier arrêt du 15 janvier 2002 (Bull. n° 12), la Chambre sociale a décidé qu'il appartient aux juges du fond de rechercher si une telle clause est opposable aux salariés et si elle peut recevoir application en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'arrêt du 29 septembre 2004 apporte un élément supplémentaire en faveur du salarié en énonçant que dès lors que celui-ci n'a pu, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, lever les options sur titre, il en est résulté nécessairement un préjudice qui doit être réparé. La date d'un tel licenciement ne peut être opposée par l'employeur au salarié lorsqu'elle aboutit à lui faire perdre un droit qu'il tient de son contrat de travail irrégulièrement rompu. Cette solution a vocation à s'appliquer à d'autres situations ; ainsi un arrêt du 26 janvier 2005 (pourvoi n° 02-45.655) décide que la rupture d'un contrat de travail procédant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut être opposée à un salarié pour le priver de la réparation du préjudice résultant des fautes commises par l'employeur dans l'exercice de ses obligations contractuelles ; il s'ensuit que lorsqu'un employeur a commis la faute de ne pas affilier un salarié à un régime de prévoyance complémentaire, il doit réparer le préjudice en résultant pour le salarié, et ne peut être exonéré de cette responsabilité par le fait que les prestations du régime de prévoyance étaient subordonnées à la présence du salarié dans l'entreprise au moment où il avait été atteint de l'invalidité qui lui aurait ouvert le droit à ces prestations ; or sans le licenciement irrégulier, le salarié aurait toujours compté dans les effectifs de l'entreprise à la date de sa mise en invalidité et aurait donc pu bénéficier de la rente du régime de prévoyance.

C. SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL

1. Maladie du salarié

- a) Maladie ou accident non professionnel - Licenciement pour inaptitude au travail - Avis médical d'inaptitude - Annulation de l'avis par la juridiction administrative - Effet - Nullité du licenciement (non)
Chambre sociale, 8 avril 2004 (Bull n° 118)

Le problème qui était posé à la chambre sociale était de savoir quel est l'effet de l'annulation par le tribunal administratif d'une décision de l'inspecteur du travail confirmant l'inaptitude médicale d'une salariée sur le licenciement prononcé pour inaptitude médicale au vu de l'avis du médecin du travail.

En l'espèce, une salariée, déclarée inapte à tout emploi après une longue maladie par le médecin du travail, avait introduit conformément à l'article L. 241-10-1 du Code du travail un recours devant l'inspecteur du travail, lequel avait saisi le médecin inspecteur du travail ; l'employeur avait procédé au licenciement de la salariée pour inaptitude physique sans attendre l'avis de l'inspecteur du travail qui par la suite allait confirmer l'inaptitude de la salariée.

Le tribunal administratif ayant annulé la décision de l'inspecteur du travail, la cour d'appel, a déclaré nul le licenciement en application de l'article L. 122-45 du C. T., et ordonné la réintégration de la salariée.

On rappellera que la chambre sociale avait jugé le 19 février 1992 que l'article L. 241-10-1 ne subordonne pas le licenciement d'un salarié déclaré partiellement inapte à une autorisation de l'inspecteur du travail (Bull. n° 99). De même le 14 janvier 1998, par un arrêt non publié, elle avait décidé que la procédure légale de contestation de l'avis du médecin du travail prévue à l'article L. 241-10-1 n'impliquait aucunement la suspension de l'exécution du contrat. Et, le 9 octobre 2001 (Bull. n° 313) la chambre avait enfin jugé que selon l'article L. 241-10-1 l'avis émis par le médecin du travail, seul habilité à constater une inaptitude au travail, pouvait faire l'objet de la part de l'employeur ou du salarié d'un recours administratif devant l'inspecteur du travail et qu'en l'absence d'un tel recours cet avis s'imposait aux parties.

Dès lors qu'un recours est exercé contre l'avis du médecin du travail prononçant l'inaptitude physique du salarié, le licenciement prononcé pour inaptitude médicale l'est aux risques et périls de l'employeur. Il est en effet difficile d'admettre que le recours reste sans effet dans le cas d'une annulation de l'avis d'inaptitude. Mais pouvait-on en déduire, comme l'ont fait les juges du fond, que le licenciement prononcé sur le fondement d'une inaptitude physique qui est annulée constitue un licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salarié, ce qui le rend nul en application de l'article 122-45 du code du travail ?

Ce n'est pas la solution qui a été retenue par la chambre sociale car l'employeur en l'espèce n'a commis aucun manquement à ses obligations en prononçant le licenciement de la salariée au vu du simple avis d'inaptitude médicale, d'autant que l'article L 122-24-4 (ou l'article L 122-32-5) du Code du travail lui donne un mois pour reclasser le salarié ou le licencier.

La chambre sociale a donc décidé que le licenciement n'est pas nul mais devient privé de cause ce qui donne droit à la salariée à une indemnité qui ne peut être inférieure à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail. La gravité qui s'attache à la nullité d'un acte ne permet pas de l'étendre au delà des cas qui sont expressément prévus, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002 concernant la loi de modernisation sociale.

- b) Règles générales - Absence du salarié pour maladie - Licenciement en raison de la nécessité de pourvoir à son remplacement définitif - Lettre de licenciement mentionnant la nécessité du remplacement - Motif précis
Chambre sociale, 10 novembre 2004 (pourvoi n° 02-45.187)

Cet arrêt précise le degré d'exigence posée en matière de motivation de la lettre de licenciement d'un salarié dont l'absence prolongée, ou les absences répétées en raison de son état de santé, ont perturbé le fonctionnement de l'entreprise et rendu nécessaire son remplacement définitif.

L'article L 122-45 du Code du travail ne s'oppose en effet pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié ; celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif (Soc. 16 juillet 1998, Bull. n° 394 ; Soc. 10 novembre 1998, Bull. n° 485). Cependant l'employeur ne pourra pas se borner à viser les perturbations provoquées par l'absence ou les absences du salarié mais devra viser l'exigence de son remplacement (Soc. 13 mars 2001, Bull. n° 84). Et il convient que l'employeur vise une telle nécessité dans la lettre de licenciement (Soc. 5 juin 2001, Bull. n° 209). Si la mention dans la lettre de licenciement de la nécessité du remplacement du salarié est désormais exigée, était-il impératif que le caractère définitif du remplacement soit également mentionné ? La Chambre sociale n'avait pas clairement répondu à ce point précis : certaines décisions semblant exiger une telle motivation (Soc. 15 octobre 2002, pourvoi n° 00-45.239), d'autres apparaissant moins rigoureuses (Soc. 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-45.921).

L'arrêt répond à cette interrogation : la mention dans la lettre de licenciement de la nécessité du remplacement du salarié constitue l'énoncé du motif exigé par la loi ; il y a là un motif précis et matériellement vérifiable par les juges du fond qui devront naturellement vérifier la nécessité même du remplacement ainsi que son caractère définitif. Là encore un souci de réalisme et d'interprétation raisonnable a prévalu sur un formalisme excessif insusceptible de fonder la nullité d'un acte en l'absence d'une disposition expresse de la loi.

- c) Règles générales - Absence du salarié pour maladie - Licenciement en raison de la nécessité de pourvoir à son remplacement définitif - Délai raisonnable pour pourvoir au remplacement - Spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné - Recherche nécessaire
Chambre sociale, 10 novembre 2004 (pourvoi n° 02-45.156)

Comme on vient de le voir dans le commentaire qui précède, si l'article L 122-45 du Code du travail interdit le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé ou de son handicap, pour autant, la Chambre sociale a jugé que ce texte ne s'opposait pas au licenciement du salarié motivé, non par son état de santé, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par son absence prolongée ou ses absences répétées en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnel, dès lors que ces perturbations entraînent pour l'employeur la nécessité, souverainement appréciée par les juges du fond, de procéder à son remplacement définitif (Soc. 13 mars 2001, Bull. n° 84, Rapport Annuel 2001, p. 354).

Il a ainsi été tenu compte des observations de certains auteurs qui avaient fait valoir que seule la nécessité de remplacer définitivement le salarié malade pouvait constituer la cause réelle et sérieuse du licenciement, dès lors que la seule prise en compte de la désorganisation de l'entreprise revenait à permettre à l'employeur, en cas de non-remplacement du salarié, de tourner les règles du licenciement économique.

La mise en oeuvre de cette jurisprudence pouvait s'avérer néanmoins délicate. La nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié implique en effet que ce dernier soit effectivement remplacé. Or, ce remplacement ne peut pas toujours intervenir dès le prononcé du licenciement. Le plus souvent, un certain délai, plus ou moins long compte tenu, notamment des spécificités de l'emploi, s'avère nécessaire. Il ne faut cependant pas que le salarié soit remplacé dans un délai trop éloigné du licenciement, sans quoi celui-ci pourrait être considéré comme couvrant une suppression d'emploi.

Aussi la Chambre sociale a-t-elle décidé que le remplacement définitif du salarié doit intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement, délai que les juges du fond apprécient souverainement en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement. Est ainsi admise l'existence d'une période intermédiaire entre

le prononcé du licenciement et le remplacement effectif du salarié, au cours de laquelle le remplaçant du salarié licencié doit être embauché.

La notion de “délai raisonnable”, qui, comme il a été précisé dans l’introduction de cette partie, a une assise juridique solide, devrait permettre de prendre en considération la variété des situations qui peuvent se rencontrer. La Cour de cassation s’est limitée, conformément à son rôle normatif, à préciser les principaux points sur lesquels les juridictions du fond devront se prononcer pour apprécier le caractère raisonnable ou non de ce délai.

2 Maternité de la salariée

- a) Congé maternité - Prise des congés annuels en dehors de la période du congé de maternité - Nécessité
Chambre sociale, 2 juin 2004 (Bull. n° 161)

Par cet arrêt et pour la première fois, la Cour de cassation consacre le principe selon lequel les congés annuels doivent être pris au cours d’une période distincte du congé de maternité.

L’employeur avait ici mis la salariée dans l’impossibilité de prendre le solde de ses congés payés après son congé de maternité et avant son départ en congé parental.

Cette décision se situe dans le prolongement de la jurisprudence de la chambre selon laquelle l’employeur ne peut mettre par son fait le salarié dans l’impossibilité de prendre ses congés (Soc. 23 avril 1997, SA Marchal / Gauthier). Mais elle est surtout à rapprocher de celle retenue par la Cour de justice dans sa décision du 18 mars 2004 (CJCE affaire C 342/01 Merino Gomez et Continental Industrias RJS 6/04 page 439).

La distinction entre congés annuels payés et congé de maternité repose sur divers fondements communautaires et, par leur jurisprudence, la Cour de cassation comme la Cour de justice distinguent ces deux types de congés qui reposent sur des finalités différentes. Les congés payés correspondent à un repos effectif dans un souci de protection de la santé et de la sécurité du travailleur alors que le congé de maternité vise à protéger la condition biologique de la mère au cours de sa grossesse et ses rapports avec l’enfant après son accouchement.

- b) Protection de la salariée - Durée - Visite de reprise - Effet - Différé de la période de protection (non)
Chambre sociale, 29 septembre 2004 (Bull. n° 239)

Aux termes de l’article L. 122-25-2 alinéa 1^{er} du Code du travail, *Aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d’une salariée lorsqu’elle est en état de grossesse médicalement constatée et pendant l’intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit en application de l’article L. 122-26 (le congé maternité proprement dit), qu’elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent l’expiration de ces périodes.*

Une salariée rentrée de congé maternité est licenciée un mois plus tard sans avoir fait l’objet d’une visite médicale de reprise. Retenant que l’absence de visite de reprise prévue par l’article R. 241-51 du Code du travail, obligatoire après un congé maternité, avait pour effet de prolonger la période de suspension du contrat de travail prévue par l’article L. 122-6 du Code du travail, et donc de la période de protection instituée par l’article L. 122-25-2 du Code du travail, les juges du fond en ont déduit que le licenciement était nul.

La chambre sociale de la Cour de cassation censure cette analyse en affirmant pour la première fois que la visite de reprise prévue à l’article R. 241-51 du Code du travail après un congé maternité, dont le seul objet est, d’après les termes mêmes de ce texte, d’apprécier l’aptitude de l’intéressée à reprendre son ancien emploi, la nécessité d’une adaptation de ses conditions de travail ou d’une réadaptation, voire

de l'une et de l'autre de ces mesures, n'a pas pour effet de différer la période de protection régie par l'article L. 122-25-2 du Code du travail.

Cet arrêt fait prévaloir les dispositions spéciales liées à la maternité sur le régime habituel de la visite de reprise. Dans le contentieux de l'état de santé, il est en effet constant que seul l'avis du médecin du travail émis dans le cadre de cette visite met fin à la période de suspension du contrat de travail (cf Soc. 22 octobre 1996, Bull. n° 388 ; Soc. 10 novembre 1998, Bull. n° 481, et la jurisprudence ultérieure). Il en est ainsi en matière de maladie professionnelle ou d'accident du travail, où une période de protection contre le risque de perte de l'emploi est pareillement instaurée par l'article L. 122-32-2 du Code du travail pendant les périodes de suspension du contrat de travail. Mais, s'agissant du congé maternité, le législateur a fixé de façon précise les délais attachés à la période de protection, ce qu'il ne pouvait naturellement faire pour la maladie et l'accident. La Cour fait une interprétation stricte de ces dispositions spéciales en décidant que la période de protection n'est dans ce cas pas prolongée jusqu'à la visite de reprise, dont le seul rôle reste d'apprécier l'aptitude de la salariée à la reprise, mais est sans influence sur les délais prévus aux articles L. 122-25-2 et L. 122-26.

- c) Protection de la salariée - Licenciement - Nullité - Cas - Envoi par la salariée d'un certificat médical dans les 15 jours de la notification du licenciement - Portée
Chambre sociale, 7 avril 2004 (Bull. n° 111)

Une salariée, licenciée pour insuffisance professionnelle et baisse du chiffre d'affaires, avait informé son employeur de son état de grossesse. Celui-ci lui avait alors demandé de réintégrer son poste puis l'avait informée de ce que son licenciement prendrait effet quatre semaines après la fin de son congé maternité. La cour d'appel, par arrêt infirmatif, avait décidé que la nullité du licenciement n'avait d'autre portée que celle d'une suspension des effets pendant la période de protection, le licenciement produisant ses effets à l'expiration de cette période.

Selon l'article L. 122-25-2 du Code du travail, aucun employeur ne peut en effet résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes. Le licenciement ne peut être prononcé que pour faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse ou de l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ; et ce licenciement salariée est annulé si dans un délai de quinze jours à compter de sa notification l'intéressée envoie à son employeur un certificat médical justifiant qu'elle est en état de grossesse.

Le problème posé à la chambre par le pourvoi de la salariée était de savoir quel était l'effet de l'article L. 122-25-2 du Code du travail en cas d'ignorance de l'état de grossesse par l'employeur : cette disposition a-t-elle pour but d'opérer une simple suspension de la procédure de licenciement comme l'avait décidé la cour d'appel ou au contraire s'agissait-il d'une nullité de plein droit ?

Lorsque l'employeur ignore l'état de grossesse de la salariée et propose de la réintégrer une fois informé de l'état de grossesse, le refus de la salariée de reprendre son travail la rend responsable de la rupture (Soc. 8 mars 1984, Bull. n° 93) et lui interdit de réclamer des dommages-intérêts (Soc. 4 novembre 1988, Bull. n° 564).

Si l'employeur tarde à proposer la réintégration, la salariée peut refuser et est en droit de réclamer sur le fondement de l'article L. 122-30 le salaire de la période couverte par la nullité du licenciement et d'éventuels dommages-intérêts (Soc. 13 mars 1990). Si l'employeur propose la réintégration dès qu'il a eu connaissance de la grossesse, la salariée qui ne reprend pas son activité prend l'initiative et la responsabilité de la rupture : chambre sociale 8 mars 1995, 2 mars 1994.

Lorsque le licenciement est nul en vertu de l'article L. 122-25-2, la salariée a droit désormais à la réintégration dans son emploi si elle le demande depuis un arrêt rendu le 30 avril 2003 (Bull. n° 152 Rapport annuel 2003 p. 307).

Faut-il considérer que cette réintégration n'est que provisoire et que l'annulation du licenciement est limitée à la période de protection de la maternité ? La nullité du licenciement n'aurait alors d'autre portée que celle d'une suspension des effets du licenciement pendant la période de protection.

Ce n'est pas la solution retenue par la chambre sociale qui considère que l'envoi du certificat médical justifiant de l'état de grossesse de la salariée à l'employeur qui ignore que cette dernière est

enceinte n'a pas pour effet de suspendre le licenciement pour lui faire prendre effet après la période de protection mais entraîne sa nullité de plein droit. L'employeur ne peut en conséquence suspendre la mesure de licenciement et la reporter à l'expiration de la période de protection de la maternité. (Voir en ce sens également Soc. 20 novembre 2001, Bull. n°351)

3. Travailleurs handicapés

- a) Travail dans un atelier protégé - Rupture du contrat de travail - Cause - Aptitude à un emploi en milieu ordinaire décidée par la Cotorep - Conditions
Chambre sociale, 2 juin 2004 (Bull. n° 151)

Par cet arrêt la Chambre sociale se prononce pour la première fois sur la question de savoir si la décision de la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) de modifier le classement en invalidité d'un travailleur handicapé employé par un atelier protégé, déclaré, en raison de son classement en catégorie A apte à un emploi en milieu ordinaire, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement.

En application de l'article L 323-30 du Code du travail cette commission prévue à l'article L 323-11 de ce Code doit se prononcer par une décision motivée, en tenant compte de la capacité de travail et des possibilités réelles d'intégration, sur l'embauche ou l'admission dans les ateliers protégés d'un travailleur handicapé.

La décision de la COTOREP relative au classement du salarié handicapé qui conditionne son affectation professionnelle dans un atelier protégé en conditionne-t-elle également son maintien, ou en d'autres termes permet-elle son licenciement pour ce seul motif ?

Aucun texte ne prévoit expressément le sort du travailleur embauché par un atelier protégé dont l'amélioration de son état de santé lui permet de prétendre à un travail -toujours en qualité de travailleur handicapé- en milieu non plus protégé mais ordinaire.

L'article L 323-30 du Code du travail prévoit les conditions de l'admission en atelier protégé ; l'article L 323-32 énonce que l'organisme gestionnaire de l'atelier protégé est considéré comme l'employeur et le travailleur handicapé comme salarié pour l'application des dispositions relatives aux conditions de travail et à la représentation des travailleurs pour la branche d'activité à laquelle se rattache l'établissement compte-tenu de sa production ; l'article R 323-60 précise la finalité de l'atelier protégé : mettre les travailleurs handicapés à même d'exercer une activité professionnelle salariée dans des conditions adaptées à leur état, favoriser la promotion des travailleurs et leur accession à des emplois dans le milieu ordinaire de travail. Enfin il convient de mentionner que les ateliers protégés peuvent embaucher des salariés valides dans la limite de 20% de leurs effectifs.

Si les conditions d'engagement d'un salarié dans un atelier protégé sont légalement précisées, aucun texte n'en prévoit "sa sortie" : le droit commun du licenciement a alors vocation à s'appliquer (notamment un licenciement pour motif économique : Soc. 8 juin 1994, Bull. n° 193).

Et puisque l'embauche du salarié est conditionnée par une décision d'affectation de la COTOREP, si cette commission estime que désormais le salarié peut être affecté en milieu ordinaire en raison de la diminution de son handicap, il y a là un motif réel et sérieux de licenciement : le salarié n'ayant plus sa place dans l'atelier protégé, la réorientation vers le milieu ordinaire de travail décidée par la COTOREP démontrerait que le travailleur ne relève plus de l'atelier protégé dont la finalité est justement de "*favoriser la promotion des travailleurs handicapés et leur accession à des emplois dans le milieu ordinaire de travail*".

Cependant il est difficile d'admettre que la décision de cette commission constitue en tant que telle une cause réelle et sérieuse de licenciement offerte à l'employeur qui aurait ainsi reçu l'autorisation de licencier le travailleur au seul motif de l'amélioration de son handicap.

L'arrêt s'efforce donc de concilier le rôle joué par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel et le droit du licenciement motivé par l'état de santé du salarié : l'employeur reste tenu de rechercher une solution pour maintenir l'emploi du travailleur dès lors que celui-ci remplit toujours les conditions d'accès aux ateliers protégés ; l'employeur ne pourra procéder au licenciement que s'il démontre avoir échoué dans sa tentative de reclassement de l'intéressé sur un poste de travail correspondant à la nouvelle capacité du salarié.

Cette solution est à rapprocher de l'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise (Soc. 7 juillet 2004, 4 arrêts publiés au bulletin, Bull n° 195 à 198). La décision de la COTOREP, pas plus que la décision en quelque sorte inversée du médecin du travail concluant à l'inaptitude à tout emploi du salarié dans l'entreprise, ne supprime l'obligation pour l'employeur de tenter de sauvegarder l'emploi du travailleur.

- b) Travail dans un atelier protégé - Période d'adaptation pour rechercher les tâches à réaliser - Cessation - Décision de la Cotorep - Nécessité
Chambre sociale, 2 juin 2004 (Bull. n° 154)

La chambre sociale ne s'était pas encore prononcée sur le cas de rupture du contrat de travail d'un salarié handicapé travaillant dans un atelier protégé. Elle avait toutefois eu l'occasion de préciser que la rupture du contrat de travail consécutive au refus d'un travailleur handicapé d'accepter une modification de son contrat constituait un licenciement pour motif économique (Soc. 8 juin 1994, Bull. n° 193).

La personne handicapée peut travailler soit en milieu ordinaire de travail, soit en milieu protégé (atelier protégé, centre de distribution de travail à domicile, centre d'aide par le travail). A la différence des personnes placées en centre d'aide par le travail qui n'ont pas le statut de salarié, les personnes handicapées placées en atelier protégé sont des salariés soumis au code du travail.

Les ateliers protégés peuvent être créés par les entreprises et doivent être agréés par le préfet de région selon l'article L. 323-31. Ils ne peuvent embaucher que des travailleurs handicapés dont la capacité de travail, appréciée par la Cotorep, est au moins égale au tiers de la capacité normale de travail, des dérogations pouvant être accordées par la Cotorep (article D 323-25-1). Selon les articles R. 323-63-3 à R. 323-63-5 une période d'essai peut être prévue d'une durée de six mois au plus. La période doit être mise à profit, tant par l'atelier protégé que par l'intéressé, pour rechercher les tâches dans lesquelles l'intéressé peut, compte-tenu de son handicap, atteindre le meilleur rendement.

A l'expiration de la période d'essai, l'inspecteur du travail établit un rapport après consultation du responsable de l'atelier protégé, dans le mois suivant l'expiration de la période d'essai, la Cotorep prend sa décision au vu de ce rapport et se prononce soit pour l'embauche de l'intéressé par l'atelier protégé, soit pour le renouvellement d'un essai, soit pour une nouvelle orientation (article R. 323-63-5).

L'organisme gestionnaire de l'atelier protégé est considéré comme employeur et le travailleur handicapé comme salarié pour l'application des dispositions législatives, réglementaires et contractuelles en ce qui concerne les conditions de travail (article L. 323-32 alinéa premier). La rupture du contrat de travail obéit aux règles de droit commun.

En l'espèce, la COTOREP avait décidé de l'orientation professionnelle d'un travailleur handicapé catégorie B en atelier protégé avec une période d'essai de trois mois et avait désigné l'atelier protégé de l'association des paralysés de France situé à Dijon.

Un contrat de travail à durée indéterminée avait été établi par l'atelier protégé avec *“une période d'essai de trois mois durant laquelle l'employeur comme le salarié pouvait mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité”*.

L'intéressé ayant rencontré des difficultés, l'atelier a mis fin au contrat de travail au bout de six semaines pour *“qualité de travail très insuffisante nécessitant une reprise intégrale, productivité très basse y compris sur des travaux jugés simples”*.

Le conseil des prud'hommes de Dijon et la cour d'appel de DIJON ont condamné l'Association des Paralysés de France pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La question posée par le pourvoi formé par l'association contre cet arrêt était de savoir si la période qualifiée expressément par les textes de période d'essai relevait du droit commun de la période d'essai ou non : l'atelier protégé peut-il rompre de manière anticipée la relation de travail si le travailleur handicapé ne donne pas satisfaction ?

En rejetant le pourvoi formé par l'association, la chambre sociale a estimé que la période de trois ou 6 mois instituée par les articles L. 323-30 et R. 323-63-3 et suivants du code du travail qui devait être mise à profit par l'atelier protégé pour rechercher des tâches dans lesquelles le salarié peut, compte tenu de son handicap, atteindre le meilleur rendement, est une période d'adaptation à laquelle il ne peut être mis un terme que sur décision de la Cotorep. Malgré la terminologie employée, la finalité des textes précités renvoie non pas une période d'essai, au sens classique du terme, mais à une période d'adaptation au cours de laquelle il convient de rechercher quels sont les tâches qui peuvent être confiées aux

travailleurs handicapés pour réussir au mieux son insertion professionnelle. Pour cela la période d'adaptation doit aller jusqu'à son terme sauf décision contraire de la Cotorep.

D. ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL

1. Accords et conventions collectives

- a) Conventions collectives - Dispositions générales - Application - Mention sur le bulletin de paie - Mention de la convention de la branche d'activité dont relève l'entreprise - Application aux VRP - Conditions
Chambre sociale, 10 mars 2004 (Bull. n° 82)

La jurisprudence de la chambre sociale est bien fixée : la mention sur le bulletin de paie d'un salarié d'une convention collective vaut reconnaissance par l'employeur de l'application de cette convention au salarié (Soc. 10 décembre 2002, Bull. n° 372).

Toutefois les VRP sont de plein droit soumis à un statut spécial qui tient compte des particularités de leurs fonctions. La chambre a donc décidé que la mention sur la fiche de paie d'un VRP d'une convention collective autre que le statut spécial (en l'espèce il s'agissait de la convention collective des industries chimiques) n'entraîne son application que si cette convention comporte des dispositions particulières aux VRP. A donc été approuvée en conséquence la cour d'appel qui a débouté le salarié de ses demandes en rappel de salaires en application de ladite convention collective et en résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur.

- b) Accords collectifs - Droit d'opposition - Exercice - Action du syndicat
Chambre sociale, 25 mai 2004 (Bull. n° 138)

Cet arrêt concerne l'exercice du droit d'opposition par un syndicat à l'encontre d'un accord d'établissement pris en application d'un accord d'entreprise portant sur l'adoption de la semaine calendaire pour la détermination des heures supplémentaires. L'employeur avait refusé de tenir compte de cette opposition régulièrement notifiée en estimant que le droit d'opposition n'était pas ouvert dans cette hypothèse. Le syndicat qui avait formé l'opposition a saisi le juge des référés pour demander la suspension de l'application de cet accord. La chambre sociale a considéré que le maintien en vigueur d'un accord régulièrement frappé d'opposition constitue un trouble manifestement illicite que le juge des référés peut faire cesser. Il résulte de cette décision qu'il appartient aux parties signataires de saisir le juge, au besoin selon une procédure d'urgence, pour demander la levée d'une opposition régulièrement notifiée, sans que l'employeur puisse se faire juge unilatéralement de son bien fondé.

Compte tenu des nouvelles dispositions de la loi du 4 mai 2004, qui fait du droit d'opposition par une majorité de syndicats (accord interprofessionnel et accord de branche), ou par des salariés représentant une majorité de salariés dans le champ de l'accord, lorsque l'accord de branche en dispose ainsi, ou encore par une majorité de salariés selon le résultat aux dernières élections professionnelles dans l'entreprise, la portée de cette décision méritera d'être précisée. Si l'arrêt tranche nettement la question de l'ouverture du droit d'opposition, ce qui peut concerner la détermination de la majorité, il laisse entières les conditions formelles d'exercice du droit d'opposition (délai, nécessité de motivation etc...).

- c) Accords collectifs - Révision - Procédure conventionnelle
Chambre sociale, 11 mai 2004 (Bull. n° 130)
Chambre sociale, 27 octobre 2004 (pourvoi n° 03-14.264)

Ces décisions apportent des précisions sur le champ de la procédure de révision, et sur le respect des formalités qui s'attachent à cette procédure.

Le premier arrêt, qui concernait un accord à durée déterminée comportant un engagement d'emploi, précise que lorsque tous les signataires initiaux sont d'accord, la révision d'un accord à durée déterminée peut avoir lieu avant son terme, l'absence de précision dans l'accord initial d'une procédure de révision avant terme ne pouvant les priver de cette faculté. Par cet arrêt la chambre sociale fait application du droit commun contractuel à l'engagement de la procédure de révision, sans statuer

explicitement sur les conditions de signature de l'accord de révision prévue par l'article L. 132-7 alinéa 2. En l'espèce le seul syndicat signataire de l'accord initial avait signé l'accord de révision. Dans le cadre des dispositions de la loi du 2 mai 2004 il ne devrait pas y avoir de difficulté concernant la signature d'un accord de révision anticipé. En effet la loi prévoit que l'accord de révision doit être signé conformément au nouvel article L. 132-2-2 du Code du travail qui détermine les conditions générales de signature des accords collectifs.

Le second arrêt concerne les formalités de la procédure de révision qui, selon l'article L. 132-7 premier alinéa, doivent être déterminées par les parties à l'accord. Dans cette hypothèse l'accord d'entreprise prévoyait la possibilité pour l'une des parties de demander une révision de l'accord avec un préavis de trois mois. Des avenants de classification avaient été conclus dans cette entreprise dans des conditions qui n'avaient pas soulevé de difficulté. Une des parties ayant demandé leur révision avec un préavis de trois mois, l'employeur n'avait pas attendu l'expiration de ce préavis pour procéder à la révision de l'accord dans des conditions d'ailleurs discutables. La Cour de cassation a considéré que faute de respect de ce préavis, l'accord de révision était nul. Cet arrêt a le mérite de rappeler l'importance des clauses, notamment procédurales, prévues par les parties à un accord collectif qui sont un élément essentiel de la loyauté de la négociation.

2. Conflits collectifs du travail

Grève - Grève dans les services publics - Préavis de grèves- Heure de l'arrêt de travail - Heure différente selon l'organisation syndicale représentative appelant à la grève - Licéité
Chambre sociale, 4 février 2004 (Bull. n° 33)

Cet arrêt relatif aux conditions de régularité des préavis de grève dans les services publics présente un intérêt certain dans une période où il est envisagé de modifier la réglementation de l'exercice du droit de grève.

En l'espèce, plusieurs organisations syndicales avaient chacune déposé un préavis pour un arrêt de travail dans la même entreprise, mais à des heures différentes de la journée et l'employeur avait contesté la régularité de ces préavis et invoqué l'existence d'un trouble manifestement illicite.

La Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait ordonné la suspension des préavis au motif qu'ils prévoyaient des horaires de cessation de travail différents.

Pour la chambre sociale, cette situation ne présente pas un caractère illicite. En effet, aucune disposition légale n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter chacune un préavis de grève, lequel peut prévoir une date de cessation de travail différente. En matière de réglementation du droit de grève, toute limitation à son exercice doit être interprétée restrictivement. Or, si l'article L 521-4 du Code du travail prohibe les grèves dites "tournantes", l'heure de cessation du travail et celle de reprise ne pouvant être différentes selon les membres du personnel et les arrêts de travail ne pouvant être échelonnés ou effectués par roulement, rien n'interdit aux organisations syndicales, qui sont indépendantes les unes des autres, de choisir, dans l'exercice des prérogatives qui leur sont propres, des moments différents pour faire grève.

Bien sûr, en se concertant, les syndicats pourraient ainsi contourner la prohibition des grèves par roulement dans le service public, mais en cas d'excès aboutissant à une désorganisation totale de l'entreprise, celle-ci pourra alors demander qu'il soit mis fin à cet abus du droit de grève (Soc. 11 janvier 2000, Bull. n° 16, RJS 2/00 n° 201). Le pluralisme syndical prévaut ici sur la continuité du service public. Il ne pouvait, en effet, être exigé un préavis commun aux diverses organisations syndicales représentatives, sans remettre en cause la pluralité de la représentation syndicale.

E. REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES

1. Elections professionnelles

a) Comité d'entreprise et délégué du personnel - Délégation unique du personnel - Condition d'effectif - Dépassement du seuil légal - Portée
Chambre sociale, 17 mars 2004 (Bull. n° 92)

L'article L 431-1-1 du Code du travail laisse au chef d'entreprise dont l'effectif est inférieur à deux cents salariés la faculté de décider, après consultation des délégués du personnel et, s'il existe, du comité d'entreprise, que les délégués du personnel constituent la délégation du personnel au comité d'entreprise. Lorsqu'une telle décision est prise, la même solution doit être appliquée dans tous les établissements de l'entreprise, pourvu que soit remplie dans ce cadre la condition d'effectif.

En cas de franchissement du seuil des deux cents salariés cette condition n'est plus remplie et aucune délégation unique ne peut subsister. Le mandat des délégués du personnel la composant ne peut donc se poursuivre, et de nouvelles élections, conduisant à la double représentation des salariés, doivent être organisées selon le droit commun.

C'est cette solution que retient l'arrêt de cassation du 17 mars 2004 (Bull. n° 92) au visa des articles L 431-1-1 et L 423-19 du Code du travail, en énonçant que lorsque la délégation unique n'a pas été mise en place dans tous les établissements de l'entreprise, il y a lieu, lorsque l'effectif de celle-ci atteint ou dépasse deux cents salariés, de procéder à de nouvelles élections conformément au droit commun, sans attendre l'échéance des mandats en cours. Cette solution conduit à écarter dans une telle situation toute extension de la délégation unique aux autres établissements avec poursuite des mandats en cours dans ceux où elle existe.

Cette décision souligne le caractère impératif de la condition d'effectif exigée par la loi pour l'instauration d'une délégation unique du personnel, modalité exceptionnelle d'organisation de la représentation des salariés dans les entreprises de taille inférieure à une certaine limite, ce caractère exceptionnel commandant une application stricte respectueuse du droit prioritaire à la double représentation par les institutions des délégués du personnel et du comité d'entreprise.

- b) Comité d'entreprise et délégué du personnel - Effectif à prendre en compte pour les élections professionnelles - Salariés mis à disposition de l'entreprise - Notion
Chambre sociale, 26 mai 2004 (Bull. n° 140)

La prise en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice des salariés mis à disposition par une ou des entreprises extérieures au prorata de leur temps de présence au cours des derniers douze mois est prévue par les articles L 421-2 du Code du travail pour la mise en place des délégués du personnel et par l'article L 431-2 du même code pour celle du comité d'entreprise.

Cette notion de salariés mis à disposition a été précisée par la chambre sociale depuis ces quatre dernières années.

Longtemps leur prise en compte a été conditionnée par l'existence d'une subordination de fait des salariés à l'entreprise au sein de laquelle ils exerçaient leur activité (pour mémoire Soc. 1^{er} juillet 1986, Bull. n° 513).

Cette condition a très nettement été abandonnée par l'arrêt du 28 mars 2000 (Bull. n° 133) qui, opérant un revirement, l'a considérée comme ajoutée à la loi, permettant ainsi la prise en compte dans l'effectif de l'entreprise de tout salarié mis à sa disposition.

Plusieurs affaires ont obligé la chambre sociale à préciser la définition du salarié mis à disposition au sens des textes sus-visés et par arrêt du 27 novembre 2001 (Bull. n° 364) la chambre sociale a ainsi énoncé qu'il s'agissait de "tout salarié qui participait au processus de travail de l'entreprise qui l'occupait" dans un cas d'espèce où il s'agissait de salariés d'entreprises extérieures prestataires de services. Cette définition confortant la décision du 28 mars 2000 a pourtant été interprétée comme permettant d'exclure les salariés assurant des services accessoires au travail ou au métier de l'entreprise.

La décision attaquée par le pourvoi ayant abouti à l'arrêt du 26 mai avait retenu, en ce qui concerne un établissement d'une société automobile, qu'en dehors des salariés d'entreprises extérieures de maintenance industrielle et informatique inclus dans son effectif par l'entreprise utilisatrice, seuls les salariés qui participaient directement au processus de production devaient être pris en compte, excluant ainsi les activités de nettoyage, de gardiennage.

Cette analyse qui procédait d'un glissement sémantique du processus de "travail" vers le processus de "production" est censurée par l'arrêt du 26 mai 2004 qui, conservant le sens de la définition donnée le 28 mars 2000, précise qu'il faut entendre par processus de travail, toute activité nécessaire au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice et proscrit la restriction au seul métier de l'entreprise ou à l'activité principale de celle-ci. Une telle définition est évidemment, et à dessein, très large car tous ces

salariés participent à la réalité et à la vérité de la communauté de travail qui doit s'exprimer dans sa plénitude.

- c) Comité d'entreprise et délégué du personnel - Opérations électorales - Modalités d'organisation et de déroulement - Propagande électorale antérieure au premier tour - Propagande réservée aux syndicats représentatifs - Diffusion avant le premier tour d'un tract en faveur d'éventuels candidats au second tour - Effet
Chambre sociale, 14 janvier 2004 (Bull. n° 12)

En matière d'élections des représentants du personnel, les syndicats représentatifs disposent d'un monopole de présentation de candidats au premier tour des élections. Les candidats libres ne peuvent se présenter qu'au deuxième tour (articles L 423-14 et L 433-10 du Code du travail). La Cour de cassation en déduit que la propagande électorale antérieure au premier tour des élections est réservée aux syndicats représentatifs.

En l'espèce, l'employeur avait affiché avant le premier tour un tract émanant de candidats libres dans l'éventualité d'un deuxième tour. Contrairement aux juges du fond qui avaient considéré que cette pratique n'était pas prohibée, la Cour de cassation décide qu'en agissant ainsi l'employeur avait manqué à son obligation de neutralité, ce qui justifiait l'annulation des élections.

L'obligation de neutralité interdit en effet à l'employeur de favoriser, même indirectement, une organisation syndicale quelconque ou les candidats libres non présentés par les syndicats représentatifs, et le simple fait qu'il ait permis l'affichage, avant le premier tour, d'un tract prônant l'élection de candidats libres au deuxième tour constituait à lui seul une atteinte à la règle de neutralité, même si l'employeur n'avait pas participé à l'élaboration du tract.

La Cour de cassation avait déjà décidé que l'employeur enfreignait son obligation de neutralité, en diffusant une note invitant à l'abstention des électeurs au premier tour et en permettant l'affichage du nom des candidats libres qui se présenteraient au deuxième tour (Soc. 10 mai 1978, Bull. n° 344 ; Soc. 17 mai 1971 Bull. n° 218). La solution est la même pour la distribution, avant le premier tour des élections, de tracts électoraux en faveur des candidats libres (Soc. 23 janvier 1991, non publié, Sté Bredif c/ CGT).

- d) Procédure - Décision du tribunal d'instance - Contentieux préélectoral - Autorité de chose jugée sur la décision statuant sur la contestation des élections (non)
Chambre sociale, 27 octobre 2004 (pourvoi n° 03-60.249)

Par cet arrêt, la Chambre sociale se prononce sur la portée qu'a, dans le litige tendant à l'annulation de l'élection des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise, la décision rendue par le tribunal d'instance dans le cadre d'un contentieux préélectoral, et tire les conséquences de la position qu'elle a récemment adoptée quant à la recevabilité du pourvoi en cassation en ce domaine.

La Chambre sociale décide en effet que la décision du tribunal d'instance statuant sur une contestation avant les élections n'est pas susceptible de pourvoi en cassation lorsque cette contestation peut être portée devant le juge de l'élection dont la décision peut être frappée de pourvoi. Ce principe a été posé dans un arrêt du 7 mai 2002 (Bull. n° 148) mentionné au rapport annuel de la cour de cassation 2002 p. 377, pour une contestation portant sur la régularité d'une liste de candidature. Cette solution a été depuis lors réaffirmée et étendue, notamment dans des arrêts du 29 janvier 2003 et 25 novembre 2003 (Bull. n° 31 et 295) cités dans le rapport annuel 2003 p. 336, et du 30 mars 2004 (Bull. n° 100).

Il résulte de l'ensemble de ces décisions que le pourvoi n'est pas recevable lorsque la contestation est de celles qui peuvent être soumises au juge de l'élection, c'est-à-dire a trait à la régularité des opérations électorales. C'est parce qu'un pourvoi ultérieur est en ce cas possible, et en raison de la plénitude de juridiction dont doit disposer le juge de l'élection, que le pourvoi immédiat est irrecevable.

Il s'ensuit que, lorsqu'il est saisi, le juge de l'élection doit trancher les contestations qui lui sont soumises, sans que puisse lui être opposée la décision rendue dans le cadre du contentieux préélectoral.

C'est ce qu'affirme la Chambre sociale à l'occasion de la présente espèce, dans laquelle un tribunal d'instance avait, à la demande de diverses organisations syndicales, statué avant l'élection sur une contestation relative aux conditions d'inscription sur la liste électorale des salariés travaillant par intermittence au sein d'une société de télévision. Le pourvoi formé contre cette décision avait été, en application de la jurisprudence précitée, déclaré irrecevable par arrêt du 30 mars 2004 (pourvoi

n° 02-60.840). Saisi par les mêmes organisations d'une demande d'annulation de l'élection, au soutien de laquelle la même irrégularité était invoquée, le tribunal les a, par jugement du 13 octobre 2003, déclarées irrecevables en leur demande, au motif que la question de l'accès à l'électorat des salariés non permanents avait déjà été jugée, et que la décision précédemment rendue avait autorité de la chose jugée.

Ce jugement est cassé, la Chambre sociale posant en principe que la décision prise en matière de contentieux préélectoral n'a pas autorité de chose jugée dans le litige tendant à l'annulation des élections professionnelles, de sorte qu'il est de l'office du juge du fond d'examiner tous les éléments de fait et de droit qui lui sont soumis.

Ainsi les jugements rendus en matière préélectorale ne peuvent lier le juge de l'élection, qui, à l'occasion du contentieux de la validité de l'élection, doit pouvoir examiner toutes les questions de nature à avoir une incidence sur sa régularité.

2. Représentation du personnel

2-1 Cadre de la représentation

a) Unité économique et sociale - Reconnaissance judiciaire - Effets - Cessation des mandats en cours *Chambre sociale, 26 mai 2004 (Bull. n° 142)*

A la suite d'un arrêt de la chambre sociale du 7 mai 2002 (Bull. n° 150), un accord avait été conclu le 3 juin 2002 entre cinq organisations syndicales et la direction d'une grande entreprise dessinant le périmètre d'une nouvelle unité économique et sociale dont l'existence avait été reconnue par la décision attaquée, approuvée sur ce point, qui a précisé que les élections à intervenir auront lieu pour le renouvellement des mandats en cours à l'échéance de leur terme.

S'agissant de plusieurs entreprises dotées pour la plupart de multiples établissements au sein desquels les élections avaient eu lieu à des dates spécifiques, les dates d'échéance des mandats nécessairement différentes pouvaient être très éloignées les unes des autres.

La chambre sociale a considéré que la reconnaissance d'une unité économique et sociale ayant pour effet, en ce qui concerne la représentation du personnel, d'obliger à prendre en compte globalement l'ensemble de ses composantes comme une seule entreprise, éventuellement dotée ou pouvant l'être d'établissements distincts, imposait la mise en place d'institutions qui lui étaient propres et élues dans le cadre de l'unité économique et sociale et que l'élection qui devait présider à cette mise en place entraînait la cessation des mandats en cours, sans qu'il y ait lieu d'attendre leur terme. Ce qui est appelé dans une autre étude publiée dans le présent rapport "*la recherche de la vérité de la communauté de travail*" est ainsi consacré à travers l'exigence d'une expression immédiate de cette vérité.

b) Unité économique et sociale - Reconnaissance judiciaire - Moment - Demande formée avant la mise en place d'institutions représentatives - Possibilité *Chambre sociale, 2 juin 2004 (Bull. n° 157)*

La question posée dans cette affaire était celle de savoir si le tribunal d'instance peut être saisi à titre principal d'une demande tendant à voir reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés, "en l'absence de toute demande d'élection ou de désignation se rapportant à une institution représentative du personnel".

La Cour de cassation répond par l'affirmative, et décide que si la reconnaissance de l'existence de l'unité économique et sociale peut être liée à l'action tendant à la mise en place de la représentation institutionnelle de l'entreprise, les parties intéressées peuvent également agir directement en reconnaissance de l'unité économique et sociale devant le tribunal d'instance avant la mise en place des institutions représentatives.

Elle tire ainsi les conséquences des récentes évolutions jurisprudentielles en ce domaine.

Après avoir dans un premier temps consacré une notion relative et fonctionnelle de l'unité économique et sociale, qui était appréciée différemment selon l'institution dont la mise en place était réclamée, la Chambre sociale est en effet revenue sur cette position et juge désormais que les critères sont les mêmes, quelles que soient les institutions représentatives en cause (Soc. 1^{er} décembre 1998, Bull. n° 528). Le juge peut en conséquence se référer, pour la mise en place des délégués du personnel, à un

précédent jugement ayant constaté l'existence de cette unité pour la désignation d'un délégué syndical, dès lors qu'il relève qu'aucune modification n'est intervenue dans les rapports entre les deux sociétés (Soc. 13 janvier 1999, pourvoi n° 97-60.632).

Elle admet par ailleurs que l'action en reconnaissance de l'unité économique et sociale n'est pas circonscrite dans le temps, et peut être exercée à tout moment, l'existence de cette unité s'appréciant à la date de la requête introductive d'instance, peu important la date à laquelle se sont déroulées les précédentes élections. (Soc. 27 juin 1990, Bull. n° 322 ; 14 mai 1997, pourvoi n° 96-60.142).

Dès lors que les critères sont les mêmes, quelles que soient les institutions représentatives en cause, et que la demande peut être faite à tout moment, les parties doivent pouvoir saisir le tribunal à titre principal d'une demande en reconnaissance d'unité économique et sociale, qui, si elle est accueillie, imposera la mise en place des institutions représentatives qui lui sont attachées.

- c) Unité économique et sociale - Critères - Critères indépendants de la finalité des institutions représentatives
Chambre sociale, 13 juillet 2004 (Bull. n° 218)

Cette affaire concerne le droit de la reconnaissance judiciaire de l'unité économique et sociale, laquelle, il faut le rappeler, peut avoir pour résultat, soit la mise en place d'institutions représentatives du personnel qui ne pouvaient exister pour des raisons d'effectif dans des entités juridiques distinctes, soit la modification des institutions représentatives déjà existantes dans ces entités. Dans ce dernier cas, la voie judiciaire traduit un désaccord qui souvent émane de certains des syndicats représentatifs considérant que les institutions existantes suffisent à la représentation des travailleurs.

En estimant que les juges du fond n'ont pas à apprécier les critères objectifs de l'UES par rapport à la finalité des diverses institutions représentatives, la chambre sociale confirme l'abandon de la thèse "relativiste" et fait apparaître que l'UES est l'entreprise pour l'exercice des droits collectifs et individuels de la communauté de travailleurs et que l'action en reconnaissance judiciaire a pour objet d'identifier l'entreprise pour l'ensemble des institutions représentatives.

2.2 Institutions représentatives du personnel

- a) Comité d'entreprise - Activités sociales et culturelles - Contribution de l'employeur - Montant - Modification dans la situation juridique de l'entreprise - Portée
Chambre sociale, 30 novembre 2004 (pourvoi n° 02-13.837)

Le législateur n'a pas fixé la contribution minimum légale de l'employeur aux institutions sociales et culturelles de l'entreprise. Il en résulte que le financement de ces institutions sociales, gérées par le comité d'entreprise, est lié soit à l'existence de dépenses sociales engagées volontairement par l'employeur avant la création du comité d'entreprise comme le prévoit l'article L 432-9 du Code du travail, soit à un accord collectif ou un usage instituant une dotation spéciale perçue par le comité d'entreprise ou le comité d'établissement selon les cas.

La Cour de cassation a été amenée, dans deux arrêts du 1^{er} avril 1997 (Bull. n° 134) et du 1^{er} juillet 1997 (Bull. n° 215) à préciser que la dénonciation de l'accord de financement, ou de l'usage, donnait lieu à application de l'article R 432-11-1° du Code du travail qui dispose qu'en aucun cas la contribution de l'employeur au financement des institutions sociales et culturelles ne peut être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise au cours des trois années précédant la dénonciation, instituant ainsi un blocage de la dotation, sauf diminution postérieure de la masse salariale.

L'application de l'article R 432-11-1° du Code du travail était au coeur du débat porté devant la chambre sociale dans une affaire, où, par suite d'une opération de scission d'une entreprise, l'un des établissements de celle-ci avait pris la forme d'une entreprise autonome, tandis qu'était dénoncé l'accord collectif qui fixait la subvention de l'employeur, exprimée en pourcentage de la masse salariale, aux dépenses sociales gérées avant la scission par le comité d'établissement. Le problème tenait donc aux conséquences d'une restructuration sur le financement des dépenses sociales du comité d'entreprise, qui succédait au comité d'établissement dans la prise en charge des institutions sociales et culturelles de l'entreprise nouvellement créée, mais constituant en fait une entité économique identique, avec la même masse salariale et les mêmes dépenses sociales.

L'employeur, suivi en cela par la cour d'appel, estimait qu'en l'absence d'accord, le comité d'entreprise ne pouvait prétendre à la subvention que percevait auparavant le comité d'établissement puisqu'il n'avait reçu aucune somme avant sa création. Telle n'a pas été la décision de la chambre sociale rendue au visa de l'article L 433-14 du Code du travail, texte qui, dans le cas d'une modification de la situation juridique de l'employeur, assure la continuité des mandats des représentants du personnel et donc de l'institution représentative élue au sein de l'entité économique concernée par le transfert lorsque celle-ci conserve son autonomie.

La chambre sociale tire les conséquences de cette continuité d'exercice du comité d'entreprise dans ses attributions sociales, dont le caractère effectif ne peut être garanti que par le financement correspondant. En l'espèce, les conditions d'application de l'article L 433-14 précité étaient remplies et il n'était pas contesté que le comité d'entreprise avait poursuivi la gestion des institutions sociales bénéficiant à la même collectivité de travailleurs, dans le même périmètre et avec les mêmes charges. Les termes extrêmement généraux de l'article R 432-11-1° du Code du travail rendaient donc cette disposition applicable dès lors que les dépenses sociales du comité d'entreprise avaient fait l'objet d'un financement préexistant à la restructuration.

- b) Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail - Délégation du personnel - Mandat - Renouvellement - Moment
Chambre sociale, 14 janvier 2004 (Bull. n° 16)

L'article R 236-5 du Code du travail dispose que le collège appelé à désigner les membres de la délégation du personnel au CHSCT d'une entreprise ou un membre à un siège devenu vacant, doit se réunir dans un délai de quinze jours à compter de la date d'expiration des mandats des membres ou d'ouverture de la vacance.

Dans l'entreprise en cause, l'employeur se prévalant d'un usage répondant au souci d'éviter toute vacance de l'institution et du report des effets de la désignation à la date d'expiration des mandats des membres sortants, avait convoqué le collège désignatif à se réunir trois jours avant l'expiration des dits mandats, et cette réunion antérieure à la date d'expiration des mandats et la désignation qui en découle, ont été jugées irrégulières par le juge du fond.

La chambre sociale a rejeté le pourvoi formé contre cette décision et, en interprétant strictement le texte sus-visé, a retenu qu'il fixe l'intervalle dans lequel la désignation doit intervenir et pose deux limites : le jour à partir duquel elle devient possible et le jour avant lequel elle doit avoir lieu, assurant ainsi l'efficacité du mandat des membres élus jusqu'au dernier jour de leur mandat.

- c) Délégué syndical - Désignation - Personne habilitée - Union de syndicats - Union locale - Condition
Chambre sociale, 4 février 2004 (Bull. n° 39 (1°))

Par un arrêt d'Assemblée plénière du 30 juin 1995 (Bull. n° 5), la Cour de cassation a décidé que, sauf dispositions contraires de ses statuts, une union de syndicats peut exercer les droits conférés aux syndicats et peut par conséquent désigner un délégué syndical.

Cette capacité de l'union locale est bien entendu subordonnée à la condition de représentativité prévue par l'article L 412-11 du Code du travail. A cet égard, la chambre sociale confirme l'interprétation large de l'article L 412-4, alinéa 2, du Code du travail, selon lequel "tout syndicat affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan national est considéré comme représentative dans l'entreprise", en reconnaissant à une union locale représentative par son affiliation à la CGT, la capacité de désigner un délégué syndical dans une entreprise indépendamment de toute considération de périmètre géographique, dès lors que ses statuts ne comportent aucune restriction de ce chef. Une telle interprétation avait déjà été retenue dans un arrêt du 16 décembre 1992 (Bull. n° 600).

- d) Délégué syndical - Désignation - Conditions - Travail dans l'entreprise - Salarié élu délégué du personnel - Portée
Délégué syndical - Désignation - Conditions - Ancienneté dans l'entreprise - Salarié élu délégué du personnel - Portée
Chambre sociale, 4 février 2004 (Bull. n° 37 à 39 (2°) et 41)

Ces arrêts précisent les conditions de présence et d'ancienneté que doit remplir un salarié temporaire pour être désigné délégué syndical dans une entreprise de travail temporaire.

L'article L. 412-14 du Code du travail précise que dans ces entreprises, la condition d'ancienneté ramenée à 6 mois est appréciée en tenant compte de la totalité des périodes pendant lesquelles ces salariés ont été liés par des contrats de travail temporaire dans les dix huit mois précédents leur désignation. Il ne précise pas si le salarié doit avoir un contrat de travail en cours au jour de sa désignation, mais le premier alinéa du texte précise que la personne désignée doit être salariée de l'entreprise.

Pour trancher la question de savoir si un salarié temporaire qui n'a pas de contrat de travail en cours au jour de sa désignation peut être désigné délégué syndical, et celle de la détermination de l'ancienneté, ces arrêts, par un moyen soulevé d'office après que les parties aient été invitées à s'en expliquer, opèrent un rapprochement entre l'article L. 412-14 et l'article L. 423-9, qui aménage la condition d'ancienneté pour l'électorat et l'éligibilité aux fonctions de délégué du personnel dans les entreprises de travail temporaire. Ce rapprochement se justifie d'une part dans la mesure où ce dernier texte fixe des conditions d'ancienneté similaires à celle de l'article L. 412-14, et où, d'autre part, l'article L. 411-12 du Code du travail autorise, dans les entreprises de moins de 50 salariés, la désignation d'un délégué du personnel comme délégué syndical.

Par les trois premiers arrêts la Chambre sociale a considéré qu'il résultait de la combinaison de ces textes que *“les salariés déjà élus délégués du personnel, ou régulièrement candidats à ces fonctions, remplissaient par là même la condition d'ancienneté et de présence dans l'entreprise prévues par l'article L. 412-14 du code du travail”* sans qu'il y ait lieu dans cette hypothèse de rechercher si le salarié temporaire avait un contrat de travail en cours lors de la confection des listes, condition que l'article L. 412-14 ne pose pas explicitement. Cette solution ne s'applique qu'aux salariés déjà titulaires d'un mandat (Bull. n° 37), ou aux salariés régulièrement candidats aux fonctions de délégués du personnel qui remplissent donc les conditions d'éligibilité ci dessus rappelées, (Bull. n° 38). En revanche la chambre sociale a eu l'occasion de dire par un arrêt rendu le même jour qu'est irrégulière au regard de l'article L. 412-14 du Code du travail la désignation comme délégué syndical d'un salarié qui n'a pas ou plus de mandat de représentant du personnel et qui n'a pas de contrat de mission en cours au jour de sa désignation (Soc. 4 février 2004, Bull. n° 41).

La solution retenue, en tenant compte de la situation particulière et de l'irrégularité éventuelle des contrats de missions, assouplit, pour les personnes ayant exercé ou exerçant des fonctions de représentation du personnel, leur désignation comme délégués syndicaux. Elle s'inscrit dans l'esprit de l'accord du 27 octobre 1988 sur l'exercice du droit syndical dans les entreprises de travail temporaire qui en a aménagé les conditions en tenant compte de la particularité de ce type d'entreprises. Elle favorise également une certaine continuité de la représentation dans ces entreprises qui peut être utile eu égard à la situation par nature temporaire des salariés de ces entreprises. En revanche elle est susceptible de conduire à une certaine centralisation des fonctions représentatives sur les mêmes personnes.

e) Règles communes - Exercice des fonctions représentatives - Confidentialité - Portée
Chambre sociale, 6 avril 2004 (Bull. n° 104)

Tout employeur peut installer dans son entreprise un autocommutateur qui, en permettant l'enregistrement des numéros de poste des appelants et des numéros de téléphone appelés, constitue un traitement automatisé d'informations nominatives devant faire l'objet d'une déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. L'article 6 de la délibération 94-113 du 20 décembre 1994 *“portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mises en oeuvre à l'aide d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail”* (JO du 3 janvier 1995, p. 104), de cette autorité administrative indépendante a précisé que des mesures particulières doivent être prises afin que les conditions de mise en oeuvre d'un autocommutateur n'entrave pas l'exercice des droits reconnus par la loi en matière d'exercice des droits et libertés des salariés protégés.

La présente affaire concerne un représentant du personnel qui ne disposait que de la ligne téléphonique desservant son poste de travail, reliée à l'autocommutateur de l'entreprise, pour l'exercice de ses mandats, et il avait demandé à bénéficier de la mise à sa disposition d'une ligne autonome, ce que la cour d'appel lui avait refusé. Son arrêt a été cassé, mais en des termes qui n'imposent pas systématiquement l'installation d'une ligne particulière dans la mesure où on peut raisonnablement penser

que l'évolution des techniques depuis 1994 permet d'atteindre l'objectif nécessaire, à savoir l'impossibilité pour l'employeur de détecter et d'intercepter les communications téléphoniques passées ou reçues par le représentant du personnel dans l'exercice de ses missions, sans imposer le recours pouvant être lourd et coûteux à une ligne spéciale ; La loi 2004-801 du 6 août 2004 est de nature à simplifier le processus de déclaration à la CNIL, mais fondamentalement les exigences de protection contre les fichiers nominatifs sont maintenues.

- f) Syndicats - Action en justice
V. infra rubrique G Actions en justice

3. Protection des représentants du personnel

- a) Droit disciplinaire - Mise à pied - Effets - Suspension de l'exécution du mandat (non)
Chambre sociale, 2 mars 2004 (Bull. n° 71)

La question de l'incidence d'une mesure de mise à pied sur le mandat d'un salarié représentant du personnel est particulièrement controversée. Jusqu'à la fin des années 1990, tant la chambre sociale que la chambre criminelle décidaient que la mise à pied, qu'elle soit conservatoire ou disciplinaire, avait pour effet de suspendre l'exercice du mandat (ex Soc. 27 novembre 1985, pourvoi n° 84-44.281 ; Crim. 4 janvier 1991, pourvoi n° 88-83.766). Puis par un arrêt du 23 juin 1999 (Bull. n° 331), la chambre sociale a décidé que la mise à pied disciplinaire n'avait pas pour effet de suspendre l'exécution du mandat de représentant du personnel.

En l'espèce, un salarié avait fait l'objet d'une mesure de mise à pied dans l'attente de son licenciement pour faute grave et s'était lui-même prévalu de la suspension de son mandat pour refuser d'arrêter l'ordre du jour du comité d'établissement appelé à donner son avis sur son licenciement. La Cour de cassation ne suit pas la thèse du salarié et énonce que "*la mise à pied d'un représentant du personnel, qu'elle soit de nature conservatoire ou disciplinaire, n'a pas pour effet de suspendre l'exécution du mandat*".

Ainsi, la jurisprudence de 1999 est étendue au cas de mise à pied conservatoire et est conforme à la règle d'application générale selon laquelle la suspension du contrat de travail n'entraîne pas celle du mandat (par exemple en cas de maladie). Il existe donc une cohérence quant aux effets de la suspension. Certains estiment certes que la mise à pied conservatoire étant le préalable au licenciement pour faute grave, laquelle suppose un acte d'une gravité telle qu'il rend immédiatement impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, il existait ici une justification particulière au retrait du salarié de toutes fonctions représentatives dans l'entreprise. Mais l'atteinte portée par l'employeur, fût-ce provisoirement, au libre exercice d'un mandat de représentant du personnel est difficilement acceptable. La décision de la chambre sociale n'est donc plus identique à celle de la chambre criminelle qui, par un arrêt rendu le 3 mars 2002 (Bull. n° 56) a, au contraire, retenu que la mise à pied conservatoire a pour effet de suspendre le mandat. En cas de maintien de cette divergence, il va de soi qu'une Assemblée plénière ou une Chambre mixte sera saisie.

Par ailleurs, dans le même arrêt, la chambre sociale a précisé que le juge des référés pouvait ordonner la fixation de l'ordre du jour et déterminer la date de la réunion du comité, sans être tenu en raison de l'urgence d'observer le délai de 3 jours prévu par l'article L 434-3-2 du Code du travail entre la réception de l'ordre du jour et la séance du comité d'entreprise. Il ne s'agit pas d'un délai d'ordre public.

- b) Protection contre le licenciement - Autorisation administrative - Annulation - Effet - Réintégration dans l'emploi précédemment occupé - Mise en disponibilité - Portée
Chambre sociale, 30 juin 2004 (Bull. n° 185)

Cet arrêt précise à quelles conditions une réintégration de salariés protégés dont l'autorisation administrative a été annulée peut être considérée comme effective, pour en tirer les conséquences sur le point de départ de la période de protection dont ils bénéficient en application de l'article L. 425-3 du Code du travail.

Il s'agissait en l'espèce de délégués de bord assimilés à des délégués du personnel qui, après annulation de l'autorisation administrative de licenciement, avaient été placés en disponibilité avec

paiement de leur salaire. Après l'expiration de la période de protection restant à courir, l'employeur avait proposé à ces salariés une modification de leur contrat qu'ils avaient refusée. L'arrêt précise que la mise en disponibilité ne constitue pas une réintégration effective, et en tire pour conséquence que le licenciement consécutif au refus de modification du contrat est nul, l'employeur n'invoquant pas une impossibilité de réintégration.

L'article L. 425-3 du Code du travail précise que le salarié protégé dont l'autorisation administrative est annulée, a droit s'il le demande dans un délai de deux mois à la réintégration dans son emploi ou un emploi équivalent et qu'il est rétabli dans ses fonctions si l'institution n'a pas été renouvelée. Dans le cas contraire, il bénéficie pendant une durée de 6 mois à compter du jour où il retrouve sa place dans l'entreprise de la procédure prévue à l'article L. 425-1 du Code du travail. La question posée était donc celle de savoir si les salariés qui avaient demandé leur réintégration et avaient non pas été réintégrés mais placés en disponibilité, pouvaient être considérés comme ayant retrouvé leur place dans l'entreprise, ce qui faisait courir les délais de protection. En l'espèce les institutions avaient été renouvelées et les intéressés n'avaient pas été candidats.

En décidant que la mise en disponibilité ne constitue pas une réintégration effective, l'arrêt du 30 juin considère donc que l'employeur n'avait pas satisfait aux obligations de l'article L. 425-3 du Code du travail, dont les délais n'avaient dès lors pas pu courir. Le licenciement prononcé au mépris de l'obligation de réintégration, sans que l'employeur justifie de l'impossibilité de réintégration dans l'emploi ou dans un emploi équivalent, impossibilité que la jurisprudence a toujours réservée, est nul. Cet arrêt conjugue donc les alinéa un et deux de l'article L. 425-3 en liant la réintégration dans le mandat à la réintégration effective dans l'emploi.

- c) Protection contre le licenciement - Autorisation administrative - Étendue du contrôle de l'autorité administrative - Conséquences d'une annulation non définitive par le juge administratif
Chambre sociale, 13 juillet 2004 (Bull. n° 210)
Chambre sociale, 24 novembre 2004 (pourvoi n° 03-46.627)

Le Conseil d'Etat admettait depuis longtemps que l'inspecteur du travail doit vérifier la régularité de la procédure antérieure à sa saisine lorsque le salarié protégé est compris dans un licenciement collectif pour motif économique (CE. 03031978, Soubourou, Rec. p.114) à une époque où les textes n'établissaient aucune passerelle entre la procédure de consultation du comité d'entreprise et celle de licenciement des salariés protégés. Cette "passerelle" est aujourd'hui établie par l'article R. 436-2 et R. 436-5 dont il résulte que l'employeur ne peut consulter le comité d'entreprise sur le licenciement d'un salarié protégé qu'au cours de la dernière réunion du comité d'entreprise sur le projet de licenciement économique. Le conseil d'Etat a maintenu sa jurisprudence afin d'assurer tout effet utile à la consultation du comité d'entreprise (CE 8 janvier 1997, RJS 1997 n° 172).

L'arrêt du 13 juillet 2004, tirant les conséquences de ces évolutions, confirme que le contrôle de l'inspecteur du travail porte non seulement sur la régularité de la procédure suivie au titre du livre III du Code du travail, mais également au titre de livre IV sur le projet de restructuration et de compression d'effectif, puisque les deux procédures sont complémentaires comme l'a reconnu la jurisprudence avant même la loi de modernisation sociale. Il y a ainsi une sorte "d'effet de purge", en ce qui concerne le juge judiciaire, de tout le processus précédant l'autorisation administrative de licenciement dont il n'appartient qu'aux juridictions administratives de connaître.

L'arrêt du 24 novembre 2004 (pourvoi n° 03-46.627), retient que la demande de provision sur l'indemnité due au salarié protégé dont l'autorisation administrative a été annulée se heurte à une contestation sérieuse tant que l'annulation par le juge administratif n'est pas définitive.

- d) Protection contre le licenciement - Autorisation administrative - Annulation - Effet - Réintégration dans l'emploi précédemment occupé - Refus d'exécution par l'employeur - Effet - Indemnisation correspondant au préjudice subi entre son licenciement et sa réintégration effective
Chambre sociale, 30 novembre 2004 (pourvoi n° 01-44.739)

La chambre sociale a posé (notamment 28 mars 2000, Bull. n° 134, 23 mars 2002, Bull. n° 101) pour principe que l'indemnisation due à un conseiller prud'homme qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu au titre de la méconnaissance du statut protecteur, est égale au

montant de sa rémunération pendant la période comprise entre son éviction et l'expiration de la période de protection dans la limite de la durée de protection accordée aux représentants du personnel.

Dans le cas soumis à la chambre sociale, l'autorisation administrative de licenciement avait été annulée postérieurement à son prononcé et le salarié qui avait sollicité sa réintégration dans l'entreprise, ne l'avait pas obtenue de son employeur, bien qu'elle ait été ordonnée en référé.

La cour d'appel avait fixé la réparation de l'atteinte au statut protecteur lorsque l'autorisation administrative est définitivement annulée, dans la limite de la durée de protection accordée au représentant du personnel. Or, le salarié investi d'un mandat représentatif dont le licenciement intervient sans autorisation administrative ou lorsque l'autorisation de son licenciement est annulée, peut opter entre la poursuite de son contrat de travail dans l'entreprise ou une demande d'indemnisation.

La solution retenue par la cour d'appel est censurée par la chambre sociale qui conforte ainsi le droit à réintégration, né en l'espèce de l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement, dont l'inexécution par l'employeur, malgré l'intervention du juge judiciaire des référés, empêche l'extinction et oblige ce dernier à réparation tant qu'il n'aura pas réintégré le salarié, c'est-à-dire, dans une situation extrême, jusqu'à l'âge légal de la retraite de ce salarié.

e) Protection des représentants du personnel - Mesures spéciales - Durée de la protection - Application diverses

Chambre sociale, 13 juillet 2004 (Bull. n° 212)

Chambre sociale, 11 mai 2004 (Bull. n° 129) et 30 novembre 2004 (pourvoi n° 02-40.437)

Chambre sociale, 12 octobre 2004 (pourvoi n° 02-34.7048)

Chambre sociale, 30 novembre 2004 (pourvoi n° 03-40.604)

Ces arrêts apportent des précisions sur le point de départ de la protection d'un certain nombre d'élus divers, et sa durée en cas de cumul de mandat ou de mandats successifs.

Le premier arrêt affirme que le point de départ de la protection d'un conseiller salarié court à compter du jour de la publication de sa nomination au recueil des actes administratifs de la préfecture qui rend cette nomination opposable à tous. Cet arrêt confirme une solution déjà admise pour les représentants nommés au conseil d'administration des URSSAF ou les conseillers prud'hommes.

Le deuxième et le troisième arrêt statuent sur le terme du mandat d'un salarié mandaté par une organisation syndicale pour la négociation d'un accord particulier. Les lois Aubry I et II, ainsi que la loi du 4 mai 2004, disposent que le mandat d'un salarié pour une telle négociation, lorsque la loi en prévoit la possibilité, cesse 6 mois après la conclusion de l'accord ou le procès-verbal de désaccord. La question s'est donc posée de savoir comment et à quelle date le mandat pouvait cesser lorsque la négociation envisagée n'a en définitive pas eu lieu, alors qu'un salarié a été déjà régulièrement mandaté. Ces arrêts précisent que le mandat prend fin par la révocation du mandat par le syndicat ou le constat de sa caducité à la demande de l'employeur. Lorsque le mandat a été régulièrement donné par une organisation syndicale, l'absence d'engagement des négociations en raison d'une décision unilatérale de l'employeur ne peut donc à elle seule avoir pour effet de mettre fin au mandat et de faire courir le délai de protection de 6 mois.

Le quatrième arrêt précise que dans les entreprises de moins de 50 salariés le mandat de délégué syndical dont est investi un délégué du personnel prend fin avec le mandat de ce dernier. C'est donc le terme de celui-ci qui fait courir le délai de protection de 6 mois après la fin du mandat.

Enfin le dernier arrêt a été rendu dans une hypothèse particulière où un élu du personnel a été mis à la retraite sans autorisation administrative de façon concomitante à sa candidature à un nouveau mandat, alors que l'inspecteur de travail n'avait pas donné l'autorisation de mis à la retraite ; le salarié a été élu pour un nouveau mandat alors qu'il était encore présent dans l'entreprise. La chambre sociale a décidé que la mise à la retraite étant illicite, le salarié pouvait bénéficier de la protection attachée à un second mandat obtenu après la notification de la mise à la retraite. Cette décision s'inscrit dans la même ligne qu'un précédent arrêt du 30 juin 2000 (Bull. n° 188) ayant décidé qu'un salarié, candidat aux élections après avoir sollicité leur organisation et licencié sans autorisation, a droit à la protection pour la durée du mandat dont il a été privé de façon illicite, peu important qu'il n'ait pas demandé sa réintégration. Cette jurisprudence marque une évolution par rapport à un arrêt plus ancien (Soc. 2 mai 2001, Bull. n° 147) qui avait décidé que lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration il ne peut bénéficier que de la protection attachée au mandat en cours à la date de son éviction.

F. RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

1. Prise d'acte de la rupture

Rupture par prise d'acte à l'initiative de l'employeur ou du salarié - Applications diverses

Chambre sociale, 11 février 2004 (Bull. n° 49)

Chambre sociale, 12 octobre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-44.883)

Chambre sociale, 19 octobre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-45.742)

Chambre sociale, 16 novembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-46.048)

A l'occasion de plusieurs arrêts rendus le 25 juin 2003, et qui font l'objet d'un commentaire au rapport annuel 2003, p. 323 et 324, la chambre sociale avait précisé d'une part, que la prise d'acte de la rupture par l'employeur, qui invoquait par exemple un abandon de poste, n'était pas licite et qu'il lui appartenait de mettre en oeuvre la procédure de licenciement, d'autre part, que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il impute à son employeur, cette rupture produit les effets d'un licenciement si les faits invoqués la justifiaient, et, dans le cas contraire, d'une démission. Le contentieux relatif à la prise d'acte, et plus généralement à l'imputabilité de la rupture du contrat de travail, est resté abondant (près de 300 pourvois sont ainsi en cours à la fin de 2004) et la chambre a maintenu fermement sa doctrine, tout en apportant certaines précisions.

L'arrêt du 11 février réaffirme ainsi que l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail, ou qui le considère comme rompu du fait du salarié, doit mettre en oeuvre la procédure de licenciement et, qu'à défaut, la rupture s'analyse comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge n'ayant alors pas à rechercher si les griefs de l'employeur étaient ou non fondés. Et la position de la chambre sociale est d'autant plus ferme que la cassation prononcée l'a été partiellement sans renvoi, la Cour décidant que la rupture constituait un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le renvoi étant limité à l'appréciation des indemnités devant revenir au salarié.

Les arrêts du 12 octobre et du 16 novembre illustrent des cas dans lesquels les faits invoqués par des salariés dans leur lettre de prise d'acte de la rupture n'étaient pas établis, de sorte qu'elle produisait les effets d'une démission.

L'arrêt du 19 octobre concerne une salariée qui avait envoyé à son employeur une lettre dans laquelle elle déclarait démissionner en faisant état de la détérioration de ses relations avec son employeur et de la pression insupportable qu'il lui faisait subir. Puis cette salariée avait engagé une action en justice pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; la cour d'appel avait accueilli cette action de la salariée au motif que la rupture du contrat de travail motivée par des fautes qu'elle imputait à son employeur ne procédait pas d'une volonté claire et non équivoque de démissionner, peu important dès lors le caractère réel ou non des griefs allégués. Cette motivation évoquait la jurisprudence sur l'exigence du caractère non équivoque d'une démission. Mais en réalité cette jurisprudence n'a pas vocation à s'appliquer lorsque, du fait même des griefs invoqués par le salarié contre son employeur pour expliquer sa démission, il apparaît qu'il s'agit d'une prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur. Le juge doit donc se prononcer sur les seuls faits invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte pour dire si elle produit les effets d'un licenciement ou d'une démission, et non se fonder sur le caractère équivoque de la démission pour décider, sans même examiner ces faits, qu'il s'agit d'un licenciement. Une cassation a donc été prononcée, mais on ne saurait en l'état dire que par cet arrêt la Cour de cassation interdit au salarié, à l'occasion de l'action en justice, d'invoquer, outre les faits qu'il avait dénoncé dans sa prise d'acte, d'autres faits. Cet arrêt signifie simplement que le juge ne peut statuer sans se prononcer sur les faits reprochés par le salarié dans sa lettre, ce qui avait été le cas dans l'arrêt cassé.

2. Licenciements

2.1 Mise en oeuvre

- a) Pouvoir d'y procéder - Associations - Président
Chambre sociale, 29 septembre 2004 (Bull. n° 236)

Par l'arrêt du 29 septembre la chambre sociale décide qu'il entre dans les attributions du président d'une association, sauf disposition contraire de ses statuts attribuant cette compétence à un autre organe, de mettre en oeuvre la procédure de licenciement d'un salarié. Un souci de simplification et de cohérence explique cette décision. Le président qui, malgré le silence des statuts sur ses attributions exactes, peut être pénalement responsable, est en droit de prendre les mesures nécessaires à la gestion du personnel de son association, ce qui inclut un éventuel licenciement, sauf évidemment clause statutaire particulière.

- b) Entretien préalable - Convocation - Convocation en dehors du temps de travail - Portée
Chambre sociale, 7 avril 2004 (Bull. n° 110)

La Chambre sociale était appelée à se prononcer sur la question de savoir si un salarié peut être convoqué à l'entretien préalable à son licenciement en dehors de ses heures de travail.

Jusque là, il était permis d'hésiter, en l'absence de toute précision dans les articles L 122-14 et R 122-2-1 du Code du travail, sur le point de savoir si l'employeur était en droit de convoquer un salarié pendant une période où celui-ci ne travaillait pas (repos, congés etc...), dès lors qu'il n'exerce plus sur lui son pouvoir de direction. On pouvait également se demander si les faits devant être abordés et discutés au cours de l'entretien préalable n'avaient pas vocation à l'être pendant le temps de travail, dès lors qu'ils concernaient la relation employeur-salarié.

Mais on pouvait faire valoir, en sens inverse, que l'entretien préalable est une formalité qui a été édictée par la loi dans le seul intérêt du salarié (Soc. 28 novembre 2000, Bull. n° 394) et que, de ce fait, l'absence du salarié à l'entretien préalable ne peut constituer une cause de licenciement.

Par ailleurs, la Chambre sociale considère que l'employeur n'est pas tenu d'organiser l'entretien préalable sur les lieux du travail, mais peut convoquer le salarié, notamment, au siège social de l'entreprise, sauf abus ou fraude aux droits du salarié (Soc. 9 mai 2000, Bull. n° 171). S'il en est ainsi, pourquoi n'en irait-il pas de même en ce qui concerne la période de temps pendant laquelle se déroule l'entretien ? Enfin, des considérations d'équité pouvaient être avancées en faveur du salarié. Ne convenait-il pas de lui épargner, alors qu'il se trouve exposé à la menace d'un licenciement imminent, le désagrément supplémentaire d'avoir à prendre sur son temps de repos pour participer à l'entretien préalable ?

Prenant en considération l'ensemble de ces éléments, la chambre sociale a décidé que la convocation du salarié à l'entretien préalable ne constitue pas une irrégularité de procédure. Il en résulte que le salarié peut être convoqué pour l'entretien préalable en dehors de ses heures de travail. Mais le temps passé par le salarié à l'entretien préalable doit lui être payé comme temps de travail, ainsi que, le cas échéant, ses frais de transport.

- c) Délai de notification du licenciement après l'entretien préalable
Chambre sociale, 14 septembre 2004 (Bull. n° 226)

Cet arrêt décide que la lettre de licenciement pour motif disciplinaire doit être notifiée au salarié dans le délai d'un mois après l'entretien préalable, alors même qu'il ne s'est pas présenté à cet entretien ; à défaut le licenciement est réputé sans cause réelle et sérieuse. L'employeur ne peut donc, au prétexte que le salarié n'a pas déféré à une première convocation à un entretien préalable, lui fixer un nouvel entretien puis lui notifier le licenciement plus d'un mois après la date à laquelle le premier entretien aurait dû avoir lieu.

2.2 Licenciement disciplinaire

Faute grave - Faute - Applications diverses

Chambre sociale, 2 juin 2004 (Bull. n° 152) et 12 octobre 2004 (pourvoi n° 02-41.563)

Chambre sociale, 12 octobre 2004 (pourvoi n° 03-43.465)

Chambre sociale, 30 septembre 2004 (Bull. n° 243)

Chambre sociale, 16 mars 2004 (pourvoi n° 01-45.062)

Chambre sociale, 22 juin 2004 (Bull. n° 175)

Chambre sociale, 7 septembre 2004 (Bull. n° 223)

Chambre sociale, 15 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-44.924)

Chambre sociale, 6 avril 2004 (Bull. n° 103)

La chambre sociale connaît chaque année de nombreuses affaires de licenciements liées à des fautes, notamment graves, imputées par l'employeur à son salarié. Les rapports annuels 2002 et 2003 avaient déjà évoqué un certain nombre de situations dans lesquelles la faute grave était soit retenue, soit écartée (cf Rapport 2002 p. 361 à 364 et rapport 2003 p. 302 à 304). D'autres arrêts ont été rendus en 2004.

L'arrêt du 2 juin 2004 retient que le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Est ainsi reprise la définition de la faute grave d'un arrêt du 26 février 1991 (Bull. n° 97), définition dont on peut souligner qu'elle est en conformité avec celle résultant de la Convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève et publiée en France par le décret n° 90-140 du 9 février 1990 (JO du 15 février) ; l'article 11 de cette convention dispose en effet que la faute grave est "*une faute d'une nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper le salarié pendant la période de préavis*". Et l'arrêt du 12 octobre 2004, (pourvoi n° 02-41.563), va dans le même sens en retenant qu'est constitutif d'une faute grave le fait pour un salarié de proférer à l'encontre d'une autre personne travaillant dans l'établissement des injures à connotation raciste.

Un autre arrêt du 12 octobre 2004 (pourvoi n° 03-43.465), approuve une cour d'appel d'avoir décidé que manquait à son obligation de loyauté et commettait une faute grave le salarié qui, alors qu'il était en formation, avait sollicité un stage auprès d'une société concurrente.

L'arrêt du 30 septembre 2004 confirme que la poursuite par un salarié d'un fait fautif autorise l'employeur à se prévaloir de faits similaires, y compris ceux ayant déjà été sanctionnés, pour caractériser une faute grave. En l'espèce il s'agissait d'un gardien d'immeuble qui, malgré une précédente condamnation pénale pour exercice illégal de la profession d'agent immobilier et une mise en garde de son employeur attirant son attention sur les conséquences de la poursuite d'une telle activité, avait réitéré les faits reprochés pendant le temps et sur les lieux de son travail salarié.

L'arrêt du 16 mars 2004 (pourvoi n° 01-45.062, dont l'absence de publication au bulletin est la conséquence d'une erreur matérielle) va dans le sens de précédents de 2002 et 2003 (cf les pages précitées des rapports annuels de ces années) admettant que même des faits relevant de la vie personnelle du salarié peuvent constituer une faute grave lorsque le comportement du salarié, compte tenu de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a causé un trouble caractérisé au sein de cette dernière. En l'espèce il s'agissait du chef de cuisine d'un hôtel qui y avait organisé une réception pour son mariage ; à cette occasion il avait tenté, y compris par la violence opposée au directeur de l'hôtel, d'obtenir des prestations supérieures à celles convenues. Une telle attitude sur les lieux même de son travail venant d'un salarié devenu temporairement le client de son employeur caractérise manifestement une faute grave.

L'arrêt du 22 juin 2004 rappelle le principe suivant lequel "*sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées*" et approuve une cour d'appel d'avoir décidé que le fait pour un salarié, cadre supérieur, de diffuser à l'ensemble du personnel une lettre ouverte répondant à celle que la direction avait précédemment adressée à ce même personnel, et qui mettait en cause ses compétences, n'était pas constitutif d'une faute grave dès lors que les critiques n'avaient pas de caractère excessif.

L'arrêt du 7 septembre 2004, écarte toute faute grave dans le fait pour un salarié de refuser un accroissement même limité de l'amplitude de l'horaire de nuit.

L'arrêt du 15 décembre 2004, fait apparaître qu'il n'y a pas de contradiction entre le fait, pour une cour d'appel, de retenir qu'un licenciement avait une cause réelle et sérieuse, tout en écartant la faute grave reprochée au salarié par son employeur pour avoir refusé un changement de ses conditions de travail. En effet dès lors que le refus est fondé sur des considérations familiales démontrées, il ne constitue pas une faute grave, mais peut par contre constituer une faute justifiant le licenciement.

Par l'arrêt du 6 avril 2004 la chambre sociale a jugé qu'il ne pouvait être imputé à faute à un salarié d'avoir refusé d'utiliser un badge géré par des moyens automatisés et destiné à l'identifier à son entrée et à sa sortie de l'entreprise dès lors que le traitement automatisé aboutissant à la mise en place de ce système n'avait pas fait l'objet d'une déclaration, qui est obligatoire à peine de sanction pénale, à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. On notera d'ailleurs que la CNIL a pris une norme simplifiée par délibération n° 02-001 du 8 Janvier 2002 qui aborde la question de l'utilisation des badges sur les lieux

de travail et diffusé une note sur ce sujet. La chambre sociale a donc approuvé la cour d'appel d'avoir décidé que le licenciement de ce salarié était sans cause réelle et sérieuse ; on pourrait s'interroger sur le point de savoir s'il n'y a pas là une atteinte à une liberté fondamentale justifiant la nullité du licenciement et le droit à réintégration, mais dans cette affaire le salarié s'était borné à demander que son licenciement soit déclaré sans cause réelle et sérieuse ; or le juge, s'il peut relever d'office dans le respect du contradictoire un moyen de pur droit, ne peut soulever d'office une demande.

2.3 Licenciement économique

- a) Licenciement collectif - Plan de sauvegarde de l'emploi - Modification - Consultation du comité d'entreprise - Absence d'informations écrites - Portée - Irrégularité de procédure - Nullité du plan (non)

Chambre sociale, 17 décembre 2004 (pourvoi n° 03-17.031)

Cet arrêt apporte des précisions sur les conditions de la consultation du comité d'entreprise sur le plan de sauvegarde de l'emploi au cours des différentes réunions prévues par la loi, ainsi que sur les conséquences d'éventuelles irrégularités dont le juge statuant en référé peut être saisi.

On sait que l'article L. 431-5 du Code du travail, qui définit les modalités de la consultation du comité d'entreprise, précise que les informations nécessaires, précises et écrites doivent être remises au comité en temps utile pour qu'il puisse se prononcer ; l'article L. 321-3 relatif au licenciement économique, qui indique que les informations prévues doivent être remises avec la convocation à la réunion, n'est en réalité qu'une application de ce texte. Les articles L. 321-4 et L. 321-4-1 du Code du travail confèrent par ailleurs un rôle particulièrement actif au comité dans ces procédures, particulièrement dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi. Ils précisent en particulier que les représentants du personnels doivent être informés, réunis et consultés, au cours des réunions prévues par l'article L. 321-3 et, d'autre part, que l'employeur met à l'étude les suggestions des représentants du personnel et leur donne une réponse motivée.

Dans cette affaire, l'employeur avait fourni les informations écrites sur le plan social lors de la première réunion, et d'autres réunions de travail avaient été tenues où des modifications avaient été proposées, mais le plan de sauvegarde définitif intégrant ces modifications n'avait été remis aux représentants du personnel que lors de la dernière réunion. Le comité d'entreprise se plaignant de l'absence de remise d'information écrite sur la dernière version du plan de sauvegarde de l'emploi et remise en temps utile, conformément à l'article L. 435-1 du Code du travail, avait demandé en référé l'annulation de la procédure de licenciement qui avait été prononcée.

La Chambre sociale, sans contester que l'absence d'information écrite en temps utile, conformément à l'article L. 435-1 du Code du travail, justifie la saisine du juge des référés, décide que le juge ne peut prononcer la nullité de la procédure de licenciement, sauf si les modifications apportées constituent un plan entièrement nouveau. Le juge peut alors seulement prescrire la tenue d'une nouvelle réunion et suspendre la notification des licenciements pour faire cesser le trouble manifestement illicite.

Cette solution précise d'abord la portée de la solution jurisprudentielle récemment confirmée par un arrêt du 10 février 2004 (Bull. n° 45) selon laquelle la procédure doit être entièrement reprise lorsqu'un nouveau plan de sauvegarde de l'emploi a été présenté. Il y a donc lieu de distinguer la présentation d'un plan entièrement nouveau par l'employeur, consécutif ou non à une annulation d'un plan précédent, et la présentation d'un plan modifié après que les représentants du personnel ait rempli la fonction que leur donne la loi.

Elle s'inscrit aussi dans un courant jurisprudentiel relatif au pouvoir du juge des référés en matière d'irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique, qui privilégie la suspension et la régularisation de la procédure sur son annulation, lorsque les licenciements n'ont pas été notifiés. Ainsi, dans une précédente décision où était en cause devant le juge des référés l'insuffisance du plan social, et l'irrégularité de la convocation du comité d'entreprise, la Cour de cassation a précisé que la nullité encourue en raison de l'insuffisance du plan, l'était également à raison de l'irrégularité de procédure, mais dans la mesure où l'irrégularité a été soulevée avant le terme de la procédure de licenciement à un moment où elle pouvait être encore suspendue et reprise, alors que l'employeur avait néanmoins notifié les licenciements (Soc. 14 janvier 2003, Bull. n° 5).

- b) Licenciement économique - Ordre des licenciements - Critères
Chambre sociale, 2 mars 2004 (Bull. n° 6)

Un salarié avait été licencié pour motif économique dans le cadre d'un licenciement collectif et avait reproché à son employeur de n'avoir pas tenu compte, pour déterminer l'ordre des licenciements, de la totalité des critères légaux. L'arrêt du 2 mars énonce que l'employeur peut privilégier l'un des critères retenus pour déterminer l'ordre des licenciements à condition de tenir compte de chacun d'entre eux et rejette le pourvoi dès lors qu'il ressortait des énonciations de la cour d'appel que les modalités retenues par l'employeur pour privilégier le critère tiré de la compétence professionnelle des salariés n'avaient eu ni pour objet ni pour effet d'exclure les autres.

2.4 Licenciement à l'occasion de procédure collectives

- a) Entreprise en difficulté - Liquidation judiciaire - Licenciement par le mandataire - Liquidateur - Mention dans la lettre de licenciement du jugement de liquidation judiciaire en application duquel le licenciement est prononcé - Mention suffisante
Chambre sociale, 2 mars 2004 (Bull. n° 67)

Dans la lettre de licenciement prévue par l'article L 122-14-1 du Code du travail, l'employeur est tenu, en vertu de l'article L 122-14-2 du même code, d'énoncer le ou les motifs du licenciement, à défaut de quoi le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. On sait que lorsque le licenciement à une cause économique, la lettre, selon la jurisprudence, doit comporter la double précision de la cause économique de la mesure et des conséquences concrètes qu'elle a sur l'emploi du salarié concerné.

Mais lorsque l'entreprise est l'objet d'un jugement de liquidation judiciaire et que le mandataire judiciaire liquidateur procède aux licenciements qui en sont la suite, la mention de cette liquidation, qui traduit à la fois la cause de la mesure et son impact concret sur l'emploi des salariés concernés, constitue un énoncé suffisant des motifs économiques de ces licenciements, qui sont purement et simplement prononcés en application de ladite liquidation, comme l'énonce le dernier alinéa de l'article L 622-5 du Code de commerce.

Cette règle, qui tient compte de la réalité même de la liquidation judiciaire et de ce qu'elle implique, de façon immédiate ou à terme, s'agissant de la disparition de l'entreprise et des emplois concernés, est formulée dans l'arrêt rendu par la chambre sociale le 2 mars 2004 (Bull. n° 67), qui énonce que la lettre de licenciement pour motif économique émanant du mandataire liquidateur judiciaire est suffisamment motivée dès lors qu'elle vise le jugement de liquidation en application duquel il est procédé au licenciement.

Cette décision, relative aux licenciements prononcés après une liquidation judiciaire, est à rapprocher, aux fins de comparaison, de celle de l'assemblée plénière du 24 janvier 2003 (Bull. n°1) qui énonce qu'en cas de redressement judiciaire la lettre de licenciement que l'administrateur est tenu d'adresser au salarié licencié doit comporter le visa de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant, en application de l'article L 621-37 du Code de commerce et de l'article 63 du décret n° 85-138 du 27 décembre 1985, les licenciements économiques présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable, et fixant le nombre des licenciements et les catégories professionnelles concernées.

- b) Ordonnance du juge commissaire autorisant des licenciements économiques - Défaut d'indication des activités et catégories professionnelles concernées - Absence d'effet
Chambre sociale, 5 octobre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-42.111)

L'ordonnance du juge commissaire autorisant l'administrateur à procéder, pendant la période d'observation, aux licenciements économiques qui présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable doit indiquer le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé, ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. Une ordonnance qui, sans même indiquer ces activités et catégories, se borne à établir une liste nominative des salariés licenciés, qui n'a pas à être dressée par le juge commissaire, est donc dépourvue d'effet, de sorte que les licenciements prononcés sont dépourvus d'effets.

G. ACTIONS EN JUSTICE

1. Compétence prud'homale - Compétence d'attribution - Litige né à l'occasion du contrat de travail - Reconnaissance de droits d'auteur

Chambre sociale, 2 juin 2004 (Bull. n° 155)

La compétence d'attribution des conseils de prud'hommes est définie par l'article L 511-1 du Code du travail qui dispose que ces juridictions "règlent les différends qui peuvent s'élever entre employeurs et salariés à l'occasion de tout contrat de travail".

En l'espèce, une salariée avait attiré son ancien employeur devant le tribunal de grande instance en vue de voir reconnaître sa qualité d'auteur sur les oeuvres littéraires auxquelles elle avait collaboré et obtenir les redevances y afférentes. L'employeur avait soulevé l'exception d'incompétence au profit du conseil de prud'hommes au motif que le différend était né à l'occasion du contrat de travail, la création littéraire revendiquée résultant de l'exécution du contrat de travail.

En matière de propriété littéraire, il n'existe pas de texte attribuant une compétence exclusive à une juridiction déterminée. L'article L 331-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit simplement que "toutes les contestations relatives à l'application de la loi sur la propriété intellectuelle seront portés devant les tribunaux compétents". Ainsi, les juridictions administratives connaissent des litiges afférents aux droits d'auteurs dans la fonction publique. De même, les tribunaux de commerce peuvent avoir à connaître du contentieux de la propriété littéraire. Il s'agit là d'une différence majeure avec la propriété industrielle dont le contentieux relève expressément du tribunal de grande instance en vertu de l'article 68-1 de la loi du 2 janvier 1978.

Certains auteurs se fondaient sur l'article L 111-1, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, selon lequel l'existence du contrat de travail n'a aucune incidence sur la jouissance des droits d'auteur, pour exclure la compétence du conseil de prud'hommes.

Cependant, en l'espèce, la relation de travail ayant existé entre les parties ne pouvait être ignorée alors que la salariée s'était elle-même placée sur ce terrain en faisant valoir qu'elle avait fait oeuvre de création littéraire en sa qualité de chargée de collection des ouvrages édités par son employeur. Le litige était donc incontestablement né à l'occasion du contrat de travail, même si les droits d'auteur revendiqués par la salariée devaient être appréciés indépendamment.

2. Droits de la défense - Production en justice de documents de l'entreprise dont le salarié a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions - Conditions

Chambre sociale, 30 juin 2004 (Bull. n° 187)

Cet arrêt confirme la possibilité pour un salarié de produire en justice, dans un litige l'opposant à son employeur, des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, "*lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur*".

Il doit être rapproché de deux arrêts rendus cette année par la chambre criminelle (Crim. 11 mars 2004, Bull. n° 113 et 117) qui retiennent la même formule s'agissant de la relaxe de salariés poursuivis pour vols de documents de l'entreprise produits devant une juridiction prud'homale. Il y a donc un rapprochement entre les jurisprudences des deux chambres. Il va de soi enfin que la formule retenue concerne tant le cas où le salarié a la position de demandeur à l'instance, que celle où il a la position de défendeur, fût-ce reconventionnellement.

3. Appel - Décisions susceptibles d'appel - Décision statuant sur une demande indéterminée - Applications diverses - Demande de salaire d'un montant inférieur au taux de compétence en dernier ressort fondée sur un accord contesté par l'employeur (non)

Chambre sociale, 13 juillet 2004 (Bull. n° 216)

L'article 40 du nouveau Code de procédure civile, applicable en matière prud'homale, dispose que le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf disposition contraire, susceptible d'appel.

Une demande se caractérise exclusivement par son objet et non par son fondement juridique ou par les moyens invoqués à son appui, peu important que ces éléments puissent servir de base à de nouvelles réclamations. C'est le caractère indéterminé ou non de cet objet qui doit être recherché pour dire si le

jugement est ou non susceptible d'appel, et lorsque l'objet de la demande est seulement l'allocation d'une somme d'argent, elle exclut l'indétermination et commande d'apprécier la recevabilité de l'appel en fonction des autres dispositions régissant cette voie de recours, et notamment du taux de compétence en dernier ressort prévu à l'article R 517-3 du Code du travail.

L'arrêt rendu par la chambre sociale le 13 juillet 2004, qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt déclarant irrecevable l'appel relevé d'un jugement prud'homal, rappelle ces règles de base, dans une espèce où, selon les constatations de la cour d'appel, la demande de chacun des salariés ayant saisi le conseil de prud'hommes, demande basée sur les dispositions d'un accord contesté, portait sur une somme retenue sur son salaire et inférieure au taux de compétence en dernier ressort.

L'arrêt énonce que n'est pas indéterminée, quel que soit son fondement allégué, une demande tendant à l'allocation d'une somme d'argent dont le montant est précisé. Il approuve la cour d'appel d'avoir décidé que pour apprécier la recevabilité de l'appel il n'y avait lieu de prendre en considération que le montant de la demande et qu'il était indifférent que, pour en apprécier le bien fondé, le premier juge ait eu à se prononcer sur les dispositions d'un accord contesté.

Cette analyse tend à clarifier non seulement la notion de demande indéterminée mais la notion même de demande, acte saisissant le juge d'une prétention dont le caractère chiffré ou non constitue le critère de sa possible indétermination. Elle laisse place à l'éventuelle coexistence, à constater le cas échéant par les juges du fond, d'une demande chiffrée et d'une autre qui ne le serait pas, une telle coexistence emportant recevabilité de l'appel en application du deuxième alinéa de l'article R 517-4 du Code du travail.

4. Syndicats professionnels - Action en justice - Action née d'une convention ou d'un accord collectif - Action en nullité - Qualité pour agir - Syndicat de l'entreprise - Condition *Chambre sociale, 26 mai 2004 (Bull. n° 143)*

Cet arrêt tranche une question importante relative à la recevabilité de l'action en justice d'un syndicat d'entreprise non signataire d'un accord d'entreprise mais affiliée à une organisation syndicale représentative qui a signé l'accord. Il pose le principe selon lequel *“Un syndicat d'entreprise, peut dans l'intérêt collectif de la profession qu'il représente, joindre son action à celle de la fédération à laquelle il a adhéré pour demander la nullité d'un accord collectif d'entreprise”*.

Cette décision poursuit le mouvement jurisprudentiel qui fonde l'action des syndicats non signataires en exécution ou en nullité d'un accord collectif sur l'article L. 411-11 du Code du travail, en écartant la référence aux L. 135-4 et L. 135-5 qui fondaient auparavant une jurisprudence plus restrictive. La jurisprudence a ainsi admis l'action en exécution de l'accord sur le fondement de l'article L. 411-11 que le syndicat en soit ou non signataire (Soc. 14 février 2001, Bull. n° 56) sans viser l'article L. 135-4 et L. 135-2 lorsqu'il s'agit d'une convention étendue. Pour les actions en nullité de l'accord, la Cour de cassation avait aussi admis dans une précédente décision du 6 juillet 1996 (Bull. n° 269), la possibilité pour un syndicat ayant participé à la négociation d'un accord collectif qu'il n'a pas signé d'agir dans l'intérêt collectif de la profession sur le fondement de ce texte.

Dans la présente décision il s'agit d'une action en nullité d'un accord d'entreprise, la question de l'extension n'était donc pas en cause. Mais s'agissant d'une action en nullité la Cour de Cassation ne fait pas référence à la condition d'avoir participé à la négociation, motif sur lequel les juges du fond s'étaient notamment fondés pour rejeter l'action.

Cette extension des actions syndicales relatives aux accords collectifs par des syndicats non signataires dans l'intérêt collectif des salariés sur le fondement de l'article L. 411-11 se justifie dans la mesure où ce sont les intérêts des salariés qui sont susceptibles d'être atteints tant par la nullité d'un accord que par son inexécution. On comprend donc qu'un syndicat d'entreprise puisse agir en nullité d'un accord d'entreprise.

Toutefois l'arrêt comporte une réserve liée à l'affiliation à un syndicat représentatif qui exerçait également l'action en nullité de l'accord. L'arrêt cassé avait exclu la recevabilité de l'action du syndicat d'entreprise, au nom du principe de hiérarchie relative et de cohérence régissant tant les normes de droit du travail en matière de relations collectives que les compétences respectives des organisations syndicales notamment pour la conclusion d'accords collectifs de niveaux différents. La chambre sociale censure cette argumentation en admettant que le syndicat d'entreprise peut joindre son action à l'action de la fédération à laquelle il appartient. Cette solution repose sur l'autonomie des syndicats affiliés à une organisation représentative, sous réserve des dispositions statutaires. Elle signifie cependant que le syndicat d'entreprise

ne pourrait pas, lorsqu'une action a déjà été engagée par l'organisation à laquelle il est affiliée, engager une action tendant à des fins différentes. C'est pourquoi la cassation a été prononcée sans renvoi.

5. Unicité de l'instance - Domaine d'application - Causes de la seconde instance nées postérieurement à la première décision (non) - Partie n'ayant pas relevé appel de la première décision

Chambre sociale, 8 décembre 2004 (pourvoi n° 02-44.662)

La règle de l'unicité de l'instance s'oppose à ce que des demandes dérivant du même contrat de travail fasse l'objet, entre les mêmes parties, d'instances distinctes successivement introduites devant la juridiction prud'homale, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne se soit révélé qu'après la clôture des débats sur la première instance. Et, compte tenu de la rigueur de cette règle, le Code du travail prévoit, depuis la réforme de 1974, que des demandes nouvelles peuvent être introduites à tout stade de la procédure y compris en cause d'appel. Cette disposition, exorbitante du droit commun de la procédure, oblige les parties à présenter des demandes additionnelles relatives à tous les litiges résultant du même contrat de travail qui peuvent naître ou sont révélés lorsque la juridiction prud'homale est déjà saisie pour connaître d'une demande découlant de ce contrat.

L'arrêt du 8 décembre écarte toutefois la règle de l'unicité de l'instance lorsque les causes de la seconde saisine d'un conseil de prud'hommes procèdent de la contestation d'un fait (en l'espèce il s'agissait d'un licenciement) intervenu postérieurement à la première décision de cette juridiction, laquelle était relative à une sanction disciplinaire. Une partie ne peut en effet être tenue d'interjeter appel d'un jugement rendu conformément à ses prétentions à seule fin de soumettre à la cour d'appel un litige nouveau dont le fondement n'est apparu qu'après la première décision du conseil de prud'hommes.

Cette décision est conforme à celle qui avait été prise précédemment par la cour de cassation le 19 novembre 2002 (Soc. 19 novembre 2002, Bull. n° 346), mais elle est rendue en des termes plus normatifs.

6. Demandes nouvelles en appel - Recevabilité

Chambre sociale, 8 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-40.225)

Dans cette affaire une cour d'appel avait rendu un premier arrêt terminant le litige sur certains points, mais renvoyé la cause et les parties à une autre audience sur un point particulier. A cette occasion, une partie avait présenté une demande nouvelle qu'elle avait omis de formuler auparavant. La cour d'appel avait déclaré cette demande irrecevable en se fondant sur le caractère limité du renvoi qu'elle avait décidé. Une cassation a été prononcée car les dispositions de l'article R 516-2 du Code du travail autorisent, sans faire de distinction, les demandes nouvelles en appel ; et dès lors qu'il n'avait pas été statué par le premier arrêt sur cette demande, l'autorité de la chose jugée ne pouvait être opposée.

II. SÉCURITÉ SOCIALE

1. Assujettissement - Personnes assujetties - Ouvriers "sous décret" de la société nationale GIAT Industries - Conditions

(Assemblée plénière, 6 février 2004, Bull. n° 3, 4, 5 et 6 ; BICC n° 595, p. 7, rapport de M. Chagny et avis de M. Benmakhlouf)

Les quatre arrêts de l'Assemblée plénière rendus le 6 février 2004 sont relatifs au taux des cotisations au régime de sécurité sociale applicable aux rémunérations des "ouvriers sous décret" de la société nationale G.I.A.T. - Industrie et répondent à la question de savoir si ces rémunérations sont ou non restées soumises aux taux applicables aux fonctionnaires et ouvriers de l'Etat jusqu'à l'entrée en vigueur d'un décret en Conseil d'Etat.

La loi du 23 décembre 1989, autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres, a ouvert aux personnels concernés (militaires, fonctionnaires, agents sous contrats et personnes à statut ouvrier), transférés de plein droit à la société nouvelle, le choix entre l'affectation dans un autre service ou établissement du ministère de la défense susceptible de les accueillir, le recrutement par la société sous le régime du contrat de travail

de droit privé et le placement “*sous un régime défini d’une part, par décret en Conseil d’Etat qui leur assurera le maintien des droits et garanties de leur ancien statut dans le domaine des salaires, primes et indemnités, des droits à l’avancement, du droit au licenciement, des accidents du travail, de la cessation progressive d’activité, des congés de maladie et du régime disciplinaire, et, d’autre part, par le droit du travail pour les autres éléments de leur situation*” (article 6 b de la loi du 23 décembre 1989).

De 1993 à 1995, l’entreprise a appliqué à ses “ouvriers sous décret” le taux des cotisations sociales en vigueur pour les rémunérations des fonctionnaires et ouvriers de l’Etat. L’URSSAF lui a notifié des redressements fondés sur l’application des taux en vigueur pour les rémunérations des salariés de droit privé.

Sur les pourvois de l’URSSAF contre quatre arrêts de cours d’appel rendus sur renvoi après cassation, l’Assemblée plénière relève tout d’abord que la garantie de leur ancien statut, assurée aux ouvriers sous décret par l’article 6 b précité de la loi du 23 décembre 1989, concerne la protection sociale. C’est, en effet, le sens qu’il faut donner à la référence faite par le texte notamment aux domaines des accidents du travail et des congés de maladie compris dans le statut de cette catégorie du personnel.

Ensuite, l’Assemblée approuve les cours d’appel, qui ont “*exactement décidé que l’application immédiate du taux des cotisations du régime général de la sécurité sociale à ces salariés était impossible avant le décret du 9 mai 1995 relatif à la protection sociale des intéressés*” et qui en ont “*déduit, à bon droit que l’employeur avait été fondé à appliquer le taux de cotisation réduit des fonctionnaires et ouvriers de l’Etat jusqu’à l’entrée en vigueur de ce décret et en conséquence (ont) annulé le redressement notifié par l’URSSAF*”.

En effet, s’il est de principe qu’une loi régulièrement promulguée devient exécutoire dès le moment où la publication peut être connue, il faut au moins qu’elle ne contienne pas des dispositions formelles subordonnant expressément ou nécessairement son exécution à une condition déterminée (Cass. com. 7 janv. 1955 : B. n° 6, p. 4). Cette condition déterminée peut être l’existence d’un acte réglementaire (Civ. 3., B. n° 34, p. 23 ; - C.E., avis, 4 novembre 1994, RFD adm. 1995, p. 51, avec les concl. de M. Fratacci, comm. du gouv. et la jurisprudence citée).

L’article 6 b précité de la loi de 1989 prévoit que le régime des “ouvriers sous décret” est défini par décret en Conseil d’Etat, pour certains de ses éléments qu’il énumère et par le droit du travail pour les autres éléments. Un premier décret pris le 9 juillet 1990 a régi des domaines hors du champ de la protection sociale. Il a fallu attendre le décret n° 95-727 du 9 mai 1995 pour que soit organisée la protection sociale des “ouvriers sous décret”.

Les arrêts du 6 février 2004 peuvent être lus comme considérant que le pouvoir réglementaire n’avait pas épuisé sa compétence par le décret de 1990 et que l’intervention du texte de 1995 était la condition nécessaire à l’application du taux des cotisations du régime général de sécurité sociale aux “ouvriers sous décret” de la société G.I.A.T. - Industrie.

2. Accidents du travail et maladies professionnelles

- a) Faute inexcusable de l’employeur - Effets - Majoration de la rente - Réduction - Conditions - Faute du salarié victime - Caractère inexcusable - Définition
2^{ème} Chambre civile, 27 janvier 2004 (Bull. n° 25)

Il résulte de l’article L. 452-2 du Code de la sécurité sociale que lorsqu’un accident du travail ou une maladie professionnelle est dû à la faute inexcusable de l’employeur, la victime ou ses ayants droit reçoivent une majoration de l’indemnité en capital ou sous forme de rente qui leur est versée au titre de l’incapacité permanente.

Selon la jurisprudence antérieure aux arrêts du 28 septembre 2002, qui ont donné une nouvelle définition de la faute inexcusable, le montant de cette majoration, qui pouvait être fixée en dessous du

maximum légal, était fonction de la gravité de la faute de l'employeur, et pouvait également être réduite en fonction de la faute éventuellement concurremment commise par le salarié.

Par un arrêt du 19 décembre 2002, la chambre sociale a mis fin à cette jurisprudence constante en décidant que "la majoration de la rente prévue lorsque l'accident du travail est dû à la faute inexcusable de l'employeur, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, ne peut être réduite en fonction de la gravité de cette faute, mais seulement lorsque le salarié victime a lui même commis une faute inexcusable, au sens de l'article L. 453-1 du même Code" (Soc. 19 décembre 2002, Bull. n° 400).

De même, par un arrêt du 6 février 2003, a-t-il été décidé que "dès lors qu'une cour d'appel retient que la maladie professionnelle d'un salarié est due à la faute inexcusable de son employeur, c'est à bon droit qu'elle fixe au maximum le montant de la rente" (Soc. 6 février 2003, pourvoi n° 01-20.004).

La présente décision de la 2^{ème} chambre civile, en date du 27 janvier 2004, vient compléter cette évolution jurisprudentielle, en précisant la notion de faute inexcusable du salarié.

L'arrêt énonce en effet, au visa des articles L. 452-2, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale, et L. 453-1 du même Code, que "la majoration de la rente prévue lorsque l'accident du travail est dû à la faute inexcusable de l'employeur, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, ne peut être réduite en fonction de la gravité de cette faute, mais seulement lorsque le salarié victime a lui même commis une faute inexcusable, au sens de l'article L. 453-1 du même Code ; *que présente un tel caractère la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience*".

On soulignera que la définition adoptée est identique à celle retenue en matière d'accident de circulation, pour apprécier l'existence d'une faute inexcusable commise par un piéton, en application de l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985 (cf. par exemple Civ. 2, 3 juillet 2003, Bull. n° 223).

b) Faute inexcusable de l'employeur - Conditions - Conscience du danger - Preuve - Charge - Détermination
2^{ème} Chambre civile, 8 juillet 2004 (pourvoi n° 02-30.984)

Cet arrêt apporte une précision essentielle à la jurisprudence initiée par les arrêts "amiante" du 28 février 2002, qui, dans un attendu de principe, ont affirmé l'existence à la charge de l'employeur, en vertu du contrat de travail, d'une obligation de sécurité de résultat envers ses salariés, et donné une définition de la faute inexcusable ne faisant plus référence à l'exceptionnelle gravité de la faute, mais uniquement à la connaissance du danger et à l'absence de précautions suffisantes.

La question de l'étendue des effets de l'obligation de sécurité de résultat reconnue par ces arrêts s'est aussitôt posée, certains auteurs en ayant tiré la conséquence qu'était ainsi créée à l'encontre de l'employeur une présomption de faute inexcusable, dont il n'aurait pu se dégager qu'en cas de cause étrangère ou de force majeure.

En réalité, comme cela avait déjà été indiqué (P. Sargos, L'évolution de la conception de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité...), l'affirmation solennelle de l'existence de l'obligation de sécurité de résultat avait essentiellement pour objet de faire ressortir le fondement contractuel de cette obligation, alors que jusqu'alors le droit du salarié à réparation résultait de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Le mécanisme de la présomption d'imputabilité prévu par l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale et celui de la présomption irréfragable du caractère professionnel des maladies inscrites aux tableaux et survenues dans les conditions et délais fixés, ainsi que le caractère obligatoire de l'avis du comité des maladies professionnelles qui peut être saisi pour les maladies non inscrites aux tableaux ou survenues hors des conditions et délais fixés, permettaient en effet d'obtenir, quant au principe de la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie et du droit à indemnisation, des

effets comparables à ceux d'une obligation de sécurité de résultat, l'employeur ne pouvant se dégager de la présomption d'imputabilité que par la preuve de ce que l'accident était sans rapport avec le travail.

Sur le plan de l'indemnisation, cependant, la même législation a prévu un régime d'indemnisation forfaitaire, qui ne permet pas au salarié victime d'obtenir la réparation intégrale que lui procurerait l'application du droit commun de la responsabilité contractuelle. Cette limitation de l'indemnisation ne contredit cependant pas le principe d'une obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur, qui épuise son effet dès lors que la victime obtient réparation sans être tenue de prouver la faute de son cocontractant.

La loi prévoit enfin qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur, l'indemnisation du salarié peut être augmentée. L'arrêt, appliquant les règles du droit commun, précise que la preuve de la faute incombe au salarié demandeur. Comme le révèle l'étude de la jurisprudence, cette preuve (ou la preuve contraire) ressort le plus souvent des circonstances mêmes de l'accident ou des conditions de travail. Cependant, dans les cas douteux, le salarié ne peut obtenir d'indemnisation supplémentaire s'il n'est pas en mesure de rapporter la preuve de la connaissance du danger par l'employeur et de l'absence de précaution suffisantes par celui-ci.

- c) Tiers responsable - Recours de la victime - Partage de responsabilité entre le tiers et l'employeur ou l'un de ses préposés - Condition
2^{ème} Chambre civile, 25 novembre 2004 (pourvoi n° 02-14.018)

Lorsque la responsabilité d'un accident du travail est partagée entre l'employeur et un tiers étranger à l'entreprise, l'employeur ne saurait être attiré par son salarié devant la juridiction civile de droit commun, l'article L 451-1 du Code de la sécurité sociale interdisant une telle action.

Par contre, la victime ou ses ayants droit conservent le droit de demander au tiers partiellement responsable, devant les juridictions de droit commun, l'indemnisation de la partie du préjudice non réparée par les prestations de sécurité sociale.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans trois arrêts du 22 décembre 1988 (pourvois n° 84-13.614, n° 85-17.473 et n° 86-91.864), a décidé "que la victime d'un accident du travail, en cas de partage de responsabilité de cet accident entre l'employeur ou son préposé et un tiers étranger à l'entreprise, est en droit d'obtenir de ce tiers, dans les conditions du droit commun, la réparation de son entier dommage dans la mesure où celui-ci n'est pas indemnisé par les prestations de sécurité sociale".

Au contraire, en vertu des articles L. 451-1 et L. 452-5 du code de la sécurité sociale, sauf si la faute de l'employeur est intentionnelle, le tiers étranger à l'entreprise condamné à réparer l'entier dommage de la victime d'un accident du travail n'a de recours ni contre l'employeur ou ses préposés, ni contre leur assureur (assemblée plénière, 31 octobre 1991, pourvois n° 88-19.689, n° 88-17.449 et n° 89-11.514).

La caisse primaire d'assurance maladie, en revanche, peut se retourner contre le tiers responsable pour obtenir le remboursement des sommes qu'elle a versées, la victime étant tenue de l'appeler en déclaration de jugement commun. L'article L. 454-1 du Code de la sécurité sociale, dans son alinéa 4, prévoit à ce sujet que "si la responsabilité du tiers est partagée avec l'employeur, la caisse ne peut poursuivre un remboursement que dans la mesure où les indemnités dues par elle en vertu du présent livre dépassent celles qui auraient été mises à la charge de l'employeur en vertu du droit commun".

Il peut alors se poser, devant la juridiction civile de droit commun, saisie d'une telle réclamation de la Caisse, la question de déterminer la part de responsabilité qui incombe au tiers, et celle qui incombe à l'employeur, dans la réalisation du dommage.

Comme on l'a indiqué, la victime ne peut agir contre l'employeur selon les règles de droit commun.

Selon une jurisprudence ancienne, le tiers responsable ne pouvait appeler en garantie l'employeur devant la juridiction de droit commun, mais il appartenait à celle-ci de rechercher s'il ne pouvait être tenu comme co-responsable de l'accident, afin de fixer, en son absence, sa "part théorique de responsabilité".

La chambre sociale considérait en effet que l'employeur étant exonéré de toute responsabilité civile en matière d'accident du travail, un partage de responsabilité entre lui et le tiers, auteur de l'accident, n'était pas de nature à entraîner une condamnation à son encontre, et que, par suite, sa mise en cause n'était pas indispensable pour permettre à la juridiction saisie par la victime d'une action de droit commun contre le tiers responsable de statuer sur un éventuel partage de responsabilité entre ce dernier et l'employeur (Soc. 6 décembre 1961, Bull. n° 1002, voir aussi : Soc. 12 octobre 1989, Bull. n° 585).

De telles décisions aboutissaient à statuer sur un éventuel partage de responsabilité, à la seule lumière des arguments fournis par le tiers, sans avoir recueilli les explications de l'employeur.

Modifiant cette jurisprudence, la 2^{ème} chambre civile, par un arrêt du 25 novembre 2004, rendu dans sa formation plénière, a approuvé une cour d'appel qui a décidé qu'une société dont la responsabilité était mise en jeu en qualité de tiers responsable d'un accident reconnu comme accident du travail ne pouvait invoquer une faute de l'employeur, celui-ci n'ayant pas été appelé en la cause, au motif "qu'en cas d'action de la victime d'un accident du travail contre le tiers responsable devant la juridiction de droit commun, il ne peut être statué sur l'éventuelle responsabilité de l'employeur sans que celui-ci ait été appelé en déclaration de jugement commun".

- d) Faute inexcusable de l'employeur - Effets - Majoration de la rente - Montant - Evolution en fonction du taux d'incapacité de la victime (oui)
2^{ème} Chambre civile, 14 décembre 2004, (pourvoi n° 03-30.451)

Lorsqu'il est victime d'un accident du travail ou atteint d'une maladie professionnelle, le salarié a droit à une indemnisation forfaitaire fixée par les articles L. 431-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, et comprenant en particulier "pour les victimes atteintes d'une incapacité permanente de travail, une indemnité en capital lorsque le taux de l'incapacité est inférieur à un taux déterminé, une rente au delà et, en cas de mort, les rentes dues aux ayants droit de la victime (art L. 431-1, 4°)".

Les articles R. 431-1 et suivants viennent préciser les conditions de calcul de la rente, et, en particulier, "la rente... est égale au salaire annuel multiplié par le taux d'incapacité préalablement réduit de moitié pour la partie de ce taux qui ne dépasse pas 50%, et augmenté de moitié pour la partie qui excède 50%" (article R. 434-2).

En cas de faute inexcusable de l'employeur, et selon l'article L. 452-2 du même Code, "la victime ou ses ayants droit perçoivent une majoration des indemnités qui leur sont dues", et en particulier "lorsqu'une rente est attribuée à la victime, le montant de la majoration est fixé de telle sorte que la rente majorée allouée à la victime ne puisse excéder, soit la fraction du salaire annuel correspondant à la réduction de capacité, soit le montant de ce salaire dans le cas d'incapacité totale".

Le législateur a ainsi fixé le montant maximum de la rente majorée, fonction d'une part, du taux d'incapacité de la victime, et d'autre part de la majoration fixée par le juge.

Selon une jurisprudence ancienne, le montant de la majoration pouvait être fixé en dessous du maximum légal, non seulement en fonction d'une éventuelle faute du salarié, mais également en fonction de la gravité de la faute commise par l'employeur, la majoration de rente étant considérée principalement comme une sanction, même si elle présentait aussi un caractère indemnitaire (Soc. 23 février 1967, Bull. n° 185).

La jurisprudence la plus récente considère toutefois que dès lors que la maladie professionnelle d'un salarié est due à la faute inexcusable de son employeur, le montant de la rente doit être obligatoirement porté au maximum (Soc. 6 février 2003, pourvoi n° 01-20.004), et ne saurait être réduite

qu'en cas de faute inexcusable concurremment commise par le salarié victime (Civ. 2, 27 janvier 2004, Bull. n° 25).

La majoration sera donc égale à la différence entre le salaire annuel, ou la fraction de salaire annuel correspondant à la réduction de capacité, et la somme forfaitaire allouée en application de l'article R. 434-2 du Code de la sécurité sociale.

La majoration de la rente ainsi accordée par la cour d'appel est elle susceptible d'évoluer en fonction d'une variation ultérieure du taux d'incapacité du salarié victime ?

Selon la jurisprudence antérieure à ses arrêts du 28 février 2002, qui ont défini la faute inexcusable de l'employeur par référence, non plus à l'exceptionnelle gravité de la faute commise par l'employeur, mais au manquement à l'obligation de sécurité de résultat qu'emporte le contrat de travail, la chambre sociale estimait que "la majoration de rente est fixée non en considération du préjudice subi, mais de la gravité de la faute, que cette gravité est définie une fois pour toutes par la décision qui statue sur la faute inexcusable et qu'elle ne peut plus être remise en cause, même en cas d'amélioration de l'état de l'assuré et de diminution de la rente accident du travail qui lui est servie" (Soc, 18 mars 1985, Bull. n° 183).

Prenant en compte les évolutions récentes de sa jurisprudence, qui accentuent le caractère indemnitaire de la majoration de rente, désormais indépendante de la gravité de la faute de l'employeur, la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, relevant "qu'il résulte des termes de l'article L. 452-2 alinéa 2 et 3, du Code de la sécurité sociale que la majoration de la rente et du capital alloué à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle consécutifs à la faute inexcusable de son employeur est calculée en fonction de la réduction de capacité dont celle-ci reste atteinte", a approuvé une cour d'appel qui avait décidé que cette majoration devrait, comme la rente elle-même, suivre l'évolution du taux d'incapacité de la victime.

3. Régimes spéciaux

- a) Marins - Accident du travail - Faute inexcusable de l'employeur - Recours de la victime contre l'employeur (non)
2^{ème} Chambre civile, 23 mars 2004 (pourvoi n° 02-14.142)

Le régime de sécurité sociale des marins, qui remonte, pour les plus anciennes mesures, au XVII^e siècle, est géré par l'Etablissement national des invalides de la marine (ENIM), établissement public à caractère administratif. La réglementation résulte du code du travail maritime du 13 décembre 1926, du décret-loi du 17 juin 1938 modifié, et du Code des pensions de retraite des marins institué par le décret du 21 mars 1968.

Ces textes définissent un régime spécial, distinguant notamment les accidents du travail maritime, les maladies en cours de navigation et les maladies hors navigation, et définissant les prestations et indemnités prévues dans chacune des situations ainsi définies.

L'article L. 413-12, 2° du Code de la sécurité sociale (ancien article L. 417) dispose que "il n'est pas dérogé aux dispositions législatives et réglementaires concernant les pensions ...2° des personnes mentionnées à l'article 2 du décret du 17 juin 1938 relatif à la réorganisation et à l'unification du régime d'assurance des marins ...".

Il en résulte que les marins ne bénéficient pas de la législation des accidents du travail commune à l'ensemble des régimes de sécurité sociale, mais restent soumis aux seules dispositions de leur régime spécial.

Or, si son article 20 prévoit que la victime ou ses ayants droit conservent le droit de demander réparation selon les règles de droit commun à l'auteur de l'accident, lorsqu'il est causé par "une personne autre que l'employeur ou ses préposés", le décret du 17 juin 1938 modifié ne prévoit, dans sa rédaction

actuellement applicable, aucune règle d'indemnisation particulière en raison de la faute inexcusable de l'employeur.

Dans un arrêt du 16 mai 1979, la Chambre sociale avait décidé que l'article L. 468 (ancien) du Code de la sécurité sociale prévoyant une majoration de la rente versée à la victime d'un accident du travail ou à ses ayants droit lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur, était inapplicable aux gens de mer, l'article L. 417 (devenu l'article L. 413-12, 2° du Code de la sécurité sociale) disposant qu'il n'est point dérogé aux dispositions législatives ou réglementaires concernant les pensions, notamment des personnes visées à l'article 2 du décret-loi du 17 juin 1938 relatif au régime d'assurance des marins applicable à tous les bénéficiaires des prestations du régime social des gens de mer (Soc. 16 mai 1979, Bull. n° 421).

Dans la présente espèce, la famille d'un marin, victime d'un accident du travail mortel alors qu'il travaillait à bord d'un chalutier, avait sollicité une indemnisation complémentaire en raison de la faute inexcusable de l'employeur, ce que la cour d'appel avait accordé, sur le fondement de l'article L. 452-2 du Code de la sécurité sociale.

En raison de la règle édictée par l'article L. 413-12, 2° du Code de la sécurité sociale, la 2^{ème} chambre civile a sanctionné cette décision, rappelant que sont seules applicables à tous les bénéficiaires des prestations du régime social des gens de mer les dispositions de leur régime spécial, lequel ne prévoit aucun recours contre l'armateur en raison de sa faute inexcusable.

- b) Convention européenne des droits de l'homme - Article 6.1 - Tribunal - Accès - Droit d'agir - Restriction - Limites - Dépassement - Applications diverses - Rejet de la demande de renvoi formée dans le cadre d'une procédure orale, par un avocat, en raison d'une circonstance exceptionnelle, sans vérification que le demandeur avait été mis en mesure de se présenter en personne
2^{ème} Chambre civile, 2 mars 2004 (Bull. n° 76)

La procédure sans représentation obligatoire applicable au contentieux de la sécurité sociale est une procédure orale. Si les parties peuvent présenter des conclusions écrites, notamment par l'intermédiaire d'un avocat, celle-ci ne saisissent pas le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), qui n'est saisi que des moyens développés oralement à l'audience.

Il en résulte que, si le demandeur n'est ni comparant, ni représenté devant le TASS, celui-ci n'est saisi d'aucun moyen à l'appui de son recours, l'envoi de conclusion ne pouvant suppléer au défaut de comparution (par exemple : Soc. 11 mars 1999, pourvoi n° 97-16.096).

En matière d'opposition à contrainte, l'opposant à la qualité de demandeur.

Selon une jurisprudence constante, si celui-ci n'est ni présent, ni représenté, le TASS n'est saisi d'aucun moyen à l'appui de son opposition à contrainte, qu'il doit donc rejeter, la décision se trouvant justifiée par le seul motif de l'absence de comparution du demandeur (par exemple : Soc. 3 février 2000, pourvoi n° 98-18.255, voir aussi : Soc. 6 mai 1999, pourvoi n° 96-14.527 et autres...).

Il convient toutefois d'éviter qu'une application trop automatique de cette règle n'aboutisse à priver le justiciable du droit à un procès équitable, tel qu'il lui est reconnu par l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui exige que soit assuré l'accès de chacun au juge chargé de statuer sur sa demande.

Dans la présente affaire, un agriculteur avait formé opposition à une contrainte délivrée à son encontre par la caisse de mutualité sociale agricole, et avait déposé, par l'intermédiaire de son avocat, des conclusions écrites, contestant notamment le caractère probant des documents produits par la Caisse.

Après qu'une expertise ait été ordonnée par une première décision, l'affaire avait été renvoyée à une nouvelle audience. Le jour même, l'avocat désigné par l'agriculteur, opposant à la contrainte, avait sollicité par fax le renvoi de l'affaire, en raison d'une grève du barreau.

Le Tribunal avait cependant retenu l'affaire, et, relevant que le demandeur n'était ni comparant ni représenté, l'avait débouté de son opposition à contrainte.

Rappelant les dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la 2^{ème} Chambre civile a cassé le jugement ainsi rendu en violation de ce texte, en relevant que le tribunal s'était borné à constater que les parties avaient été régulièrement convoquées, et que le demandeur n'était ni comparant ni représenté, sans vérifier que celui-ci avait été mis en mesure de se présenter en personne, alors que, s'agissant d'une procédure orale, l'empêchement de l'avocat justifié par une circonstance exceptionnelle, avait pour conséquence de le priver de toute possibilité de faire valoir son droit en justice.

III - LE DROIT IMMOBILIER ET L'URBANISME

A. COPROPRIÉTÉ

1. Dommages ayant leur origine dans les parties communes et n'affectant pas la totalité des parties privatives - Recevabilité de l'action du syndicat des copropriétaires

3ème Chambre civile, 23 juin 2004 (Bull. n° 128)

Selon l'article 15 de la loi du 10 juillet 1965, le syndicat peut agir, conjointement ou non avec un ou plusieurs copropriétaires, en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble.

Une certaine incertitude existait sur le sens qu'il convenait de donner à l'expression "sauvegarde des droits afférents à l'immeuble" notamment lorsque des désordres, ayant leur source dans les parties communes, n'affectaient que certaines parties privatives. La doctrine considère majoritairement que le seul fait que les désordres qui affectent les parties privatives trouvent leur origine dans les parties communes ou soient indissociables de ces dernières, suffit à justifier la recevabilité de l'action syndicale, sans qu'il soit nécessaire qu'ils affectent l'ensemble des parties privatives.

Si d'assez nombreux arrêts étaient dans le sens de cette analyse doctrinale, d'autres arrêts de la troisième chambre semblaient exiger en outre que les désordres présentent un caractère "collectif concernant l'ensemble des copropriétaires" (Civ. 3, 10 décembre 1985, Bull n° 163 ; Civ. 3, 27 novembre 1991, Bull. n° 292 ; Civ. 3, 77 septembre 2000, pourvoi 98-22.243).

Par l'arrêt rapporté, la Cour de cassation a mis fin à cette incertitude et a considéré, sur le fondement de l'article 15 de la loi du 10 juillet 1965, que le syndicat des copropriétaires avait qualité pour agir en réparation des dommages ayant leur origine dans les parties communes et affectant les parties privatives d'un ou plusieurs lots. La troisième chambre a en effet cassé un arrêt qui avait retenu, bien que les désordres aient trouvé leur origine dans les parties communes, que l'action du syndicat des copropriétaires était irrecevable parce que le préjudice n'était pas subi par l'ensemble des copropriétaires et n'affectait pas la totalité des parties privatives.

Désormais, en n'exigeant simplement que les désordres trouvent leur origine dans les parties communes pour que l'action syndicale en réparation des dommages en parties privatives soit recevable, la Cour de cassation a estimé que cette seule condition était nécessaire et suffisante pour admettre la recevabilité de l'action syndicale en réparation des dommages en parties privatives. Elle donne ainsi la pleine mesure à l'utilité de l'action syndicale pour la sauvegarde de l'immeuble dans son ensemble, qui risquerait d'être compromise par l'inaction de certains copropriétaires, peu soucieux de l'intérêt collectif.

2. Copropriété - Compatibilité avec l'établissement d'une servitude entre les parties privatives et deux lots appartenant à des propriétaires distincts

3ème Chambre civile, 30 juin 2004 (Bull. n° 140)

La Cour de cassation décidait depuis plus de vingt ans qu'il existait une incompatibilité absolue entre servitudes et copropriété, et jugeait "qu'une servitude n'existe que si le fonds servant et le fonds dominant constituent des propriétés indépendantes appartenant à des propriétaires différents, ce qui n'est pas le cas dans les lots de copropriété" (Civ. 3, 30 juin 1992, Bull. n° 231). Une telle incompatibilité concernait aussi bien les parties privatives de deux lots (Civ. 3, 2 décembre 1980 Bull. n° 187, 11 janvier 1984 Bull. n° 6, 6 mars 1991 Bull. n° 75, 22 mars 1995 Bull. n° 87, 18 juin 1997 Bull. n° 143), que les parties communes et les parties privatives d'un lot (Civ. 3, 11 janvier 1989, Bull. n° 11) et avait été étendue aux copropriétés horizontales par un arrêt rendu le 21 mars 2001 (Bull. n° 36). Cette jurisprudence était fondée sur l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 qui dispose que dans une copropriété "la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote part de parties commune". Or une servitude est, suivant l'article 637 du Code civil, une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, la propriété indivise des

parties communes entre tous les copropriétaires paraissant un obstacle insurmontable à l'établissement de servitudes.

La doctrine en majorité hostile à cette jurisprudence était résignée, mais dans la pratique, les notaires continuaient d'insérer dans les règlements de copropriété et dans les actes de vente de biens dépendant d'immeubles en copropriété, des clauses établissant des servitudes.

Par l'arrêt rapporté rendu en formation plénière de chambre, la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence établie. Se fondant clairement sur l'article 637 du Code civil dont elle a repris la terminologie, la troisième chambre a considéré que le titulaire d'un lot disposant d'une propriété exclusive sur la partie privative de son lot et d'une propriété indivise sur la quote part des parties communes attachée à ce lot, la division d'un immeuble en lots de copropriété n'est pas incompatible avec l'établissement de servitudes entre les parties privatives de deux lots, ces héritages appartenant à des propriétaires distincts. Elle a considéré que la quote part de partie commune attachée à un lot et la partie privative de ce lot constituent un "héritage" au sens de l'article 637 du Code civil et ne fait donc pas obstacle à l'établissement de servitudes entre les parties privatives de deux lots appartenant à des propriétaires distincts.

Dans l'espèce de l'arrêt rapporté, les actes notariés énonçaient qu'un lot à usage de garage était grevé d'un droit de passage au profit d'un lot contigu pour permettre au propriétaire de ce lot d'accéder à son emplacement de garage qui se trouvait enclavé. La troisième chambre a rejeté le moyen du pourvoi qui, invoquant l'incompatibilité entre servitudes et copropriété, reprochait à la cour d'appel d'avoir retenu que ce droit de passage prévu par les actes de vente constituait une servitude réelle et non un droit personnel.

Désormais il n'existe plus d'incompatibilité de principe à l'établissement d'une servitude au profit de la partie privative d'un lot sur la partie privative d'un autre lot. Mais les difficultés nombreuses rencontrées dans les copropriétés devraient inciter les notaires à la plus grande prudence, lorsque, pour satisfaire les demandes des promoteurs ou des parties, il leur sera demandé d'établir des servitudes dans les copropriétés sous peine de susciter de nouvelles tensions entre copropriétaires.

3. Copropriétaire agissant seul contre un tiers auteur d'un trouble causé aux parties communes - Conditions de recevabilité de l'action

3ème Chambre civile, 22 septembre 2004 (Bull. n° 155)

L'article 15 de la loi du 10 juillet 1965 dispose que le syndicat a qualité pour agir en justice, tant en demandant qu'en défendant, même contre certains des copropriétaires ; il peut notamment agir, conjointement ou non, avec un ou plusieurs de ces derniers, en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble.

La troisième chambre de la Cour a admis, par plusieurs arrêts récents (Civ. 3, 10 janvier 2001, Bull. n° 4 ; Civ. 3, 29 janvier 2003, Bull. n° 19 et Civ. 3, 26 novembre 2003, Bull. n° 210), qu'un copropriétaire pouvait exiger seul le respect par un autre copropriétaire du règlement de copropriété ou la cessation d'une atteinte aux parties communes sans devoir démontrer qu'il subissait un préjudice personnel et distinct de celui dont souffrait la collectivité des membres du syndicat.

La situation était différente dans la présente affaire, puisque le copropriétaire avait assigné seul un tiers à la copropriété, l'auteur du trouble causé aux parties communes n'étant pas membre du syndicat des copropriétaires, ce qui avait conduit les juges du fond à déclarer son action irrecevable.

Fallait-il les en approuver et distinguer dans les conditions d'application de l'article 15 de la loi du 10 juillet 1965, ou écarter toute distinction et étendre la recevabilité d'une action diligentée à l'encontre d'un tiers par un copropriétaire qui n'invoquait qu'une atteinte au droit de propriété indivis de l'ensemble des copropriétaires, sans prouver qu'il subissait un préjudice personnel dans la jouissance ou la propriété de ses parties privatives ou des parties communes ?

Sans revenir sur l'évolution plutôt libérale de la jurisprudence de ces dernières années, qui tend à faciliter l'action individuelle des copropriétaires en cas d'inertie du syndicat, la Cour de cassation s'est prononcée pour l'irrecevabilité, dans ces conditions, d'une telle action.

En l'absence de préjudice personnel du copropriétaire, elle a clairement limité la recevabilité de l'action aux hypothèses où la question soumise au juge ne se pose qu'entre les copropriétaires eux-mêmes, liés par le règlement de copropriété ; en revanche, à l'encontre des tiers, elle impose au copropriétaire soucieux de préserver les parties communes de la copropriété dont il est membre qu'il justifie de l'existence d'un préjudice propre pour se substituer au syndicat des copropriétaires qui, lui, la représente et qui, en principe, a seul compétence pour agir dans le cadre de l'article 15 de la loi du 10 juillet 1965.

4. Copropriété - Assemblée générale - Action en annulation - Prescription

3ème chambre civile, 6 octobre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 03-13.133)

L'article 42, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965, disposant que les actions qui ont pour objet de contester les décisions des assemblées générales doivent à peine de déchéance, être introduites par les copropriétaires opposants ou défaillants dans un délai de deux mois à compter de la notification qui leur en est faite à la diligence du syndic, tend à éviter les annulations tardives qui perturbent le bon fonctionnement des copropriétés.

Toutefois, la troisième chambre civile a toujours retenu depuis que la question lui a été posée (Civ. 3, 7 décembre 1988, Bull. n° 179), l'effet rétroactif de l'annulation d'une assemblée générale lorsque celle-ci a été convoquée par un syndic dont le mandat avait été renouvelé par une décision d'assemblée générale ultérieurement annulée (Civ. 3, 7 juillet 1999, Bull. n° 163 ; Civ. 3, 3 octobre 2001, Bull. n° 112). Elle a cependant laissé pressentir le 7 avril 2004 (Bull. n° 77), en formation plénière, une adaptation de sa jurisprudence en censurant une cour d'appel qui avait débouté un copropriétaire de sa demande en annulation d'une assemblée générale au motif que le mandat du syndic restait exécutoire jusqu'à l'annulation de l'assemblée générale le désignant, alors que ce copropriétaire avait introduit son action dans les deux mois de la notification.

Dans l'arrêt rapporté, le problème soumis à la Cour de cassation tenait à ce que la demande dirigée contre un copropriétaire en paiement de ses charges avait été rejetée par la cour d'appel au motif que l'assignation ayant été délivrée par un syndic dont le mandat avait été confirmé pour un an par une assemblée générale des copropriétaires de 1995, annulée en 1998, la confirmation de sa nomination en 1996 était privée de valeur puisque cette dernière assemblée générale n'avait pas été convoquée par un syndic dûment institué. La troisième chambre civile censure cet arrêt aux motifs que les juges du fond avaient constaté qu'aucune action en annulation n'avait été formée dans le délai de deux mois contre les décisions de l'assemblée générale de 1996 ; celle-ci s'en trouvait donc validée et la nomination du syndic confirmée par voie de conséquence.

Par ces deux arrêts complémentaires, la Cour de cassation redonne toute sa portée à l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 et adapte sa jurisprudence à la stabilité recherchée dans le fonctionnement des copropriétés, en la conciliant avec les principes fondamentaux du droit susceptibles de la perturber. Le risque existe de voir des copropriétaires procéduriers attaquer systématiquement les assemblées générales dans les deux mois pour préserver leurs droits, mais il est compensé par une sécurité retrouvée pour les assemblées générales qui ne sont pas contestées rapidement.

B. SERVITUDES

Conditions d'application et modalités de calcul des prescriptions relatives aux distances à respecter pour l'établissement de vues droites

3ème Chambre civile, 14 janvier 2004 (Bull. n° 9)

Cet arrêt apporte des précisions quant aux conditions d'application et aux modalités de calcul des prescriptions de l'article 678 du Code civil, relatives aux distances à respecter pour l'établissement des vues droites.

Un propriétaire cherchait, sur le fondement de ce texte, à obtenir la suppression d'une vue pratiquée dans un immeuble séparé de son fonds par un passage privé commun. Deux arrêts récents (Civ. 3, 21 décembre 1987, Bull. n° 217 ; Civ. 3, 22 mars 1989, Bull. n° 74) avaient retenu que les prescriptions du Code civil relatives aux distances à respecter pour ouvrir des vues droites sur l'immeuble voisin ne concernaient que les propriétés contiguës.

Dans cette affaire, un immeuble avait été construit à plus de 19 décimètres de la limite séparant le fonds voisin du passage commun mais à moins de 19 décimètres d'un "bow window" situé dans le bâtiment du demandeur et avançant au-delà de cette limite.

L'arrêt de la cour d'appel ordonnant la suppression des vues est approuvé en ce qu'il retient que les prescriptions légales doivent être respectées lorsque le fonds dans lequel la vue a été établie et celui sur lequel elle s'exerce sont séparés par un espace intermédiaire privé affecté à un usage commun, qui serait d'une largeur moindre que la distance légale. Cette solution, qui permet d'assurer le respect de l'intimité des voisins, reprend une jurisprudence ancienne (Req. 26 février 1912, D. 1913, 1, 244 ; Civ. 3, 12 avril 1972, Bull. n° 217) selon laquelle lorsque deux fonds sont séparés par un espace, quelle que soit sa qualification : passage, ruelle, chemin d'exploitation, cour... affecté à un usage commun aux deux fonds, la distance doit être mesurée en tenant compte de toute la largeur de cet espace et non en s'arrêtant au milieu de celui-ci.

L'arrêt est en revanche cassé pour avoir tenu compte de l'avancée résultant du "bow window" situé non dans le bâtiment depuis lequel la vue s'exerçait, mais dans celui sur lequel la vue s'exerçait. Si la cour d'appel a exactement calculé la distance par rapport à la limite du fonds voisin situé de l'autre côté du passage commun et non par rapport au milieu du chemin, elle n'aurait pas dû en revanche tenir compte de l'avancée formée par le "bow window", dès lors que l'article 680 du Code civil précise que si la distance se compte depuis la ligne extérieure des ouvrages d'où s'exerce la vue sur le fonds voisin, elle est calculée jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés.

C. VENTE

Nullité - Effets - Restitutions - Etendue - Détermination - Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle - Dommage - Etendue - Préjudice subi en raison de la conclusion du contrat annulé - Réparation - Conditions - Bonne foi

(Chambre mixte, 9 juillet 2004, Bull. n° 2 ; BICC n° 608 p. 34, rapport de Mme Pinot et avis de M. Guérin)

Les vendeurs d'un immeuble à usage d'habitation dont la vente a été annulée ont réclamé aux acquéreurs qui avaient occupé l'immeuble pendant soixante cinq mois une indemnité d'occupation ; cette prétention a été accueillie par la cour d'appel au motif que ces derniers, qui avaient utilisé l'immeuble sans en être propriétaires, étaient tenus d'une indemnité correspondant à l'avantage retiré de la chose entre la date de la vente et celle de son annulation à raison du dol des vendeurs.

Le pourvoi invitait à se prononcer sur les effets de l'annulation d'un contrat translatif de propriété.

La Chambre mixte a censuré l'arrêt sur le double terrain de l'étendue des restitutions et de la nature de la responsabilité encourue à la suite de l'annulation du contrat.

Sur le premier point, elle a affirmé, au visa de l'article 1234 du Code civil, que la seule occupation de la chose consécutive à l'anéantissement du contrat est exclue du champ des restitutions, rejetant par là-même toute indemnisation.

Ce faisant, la Chambre mixte a mis fin à la divergence de jurisprudence existant entre la Troisième chambre (Civ. 3, 12 mars 2003, Bull n° 63, qui a estimé, au visa de l'article 1371 du Code civil, justifiée la demande d'indemnité d'occupation formée par un vendeur au constat de l'occupation des lieux par l'acquéreur pendant plusieurs années et celle de la Première chambre (Civ. 1, 11 mars 2003, Bull. n° 74) qui a refusé, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, cette indemnisation au motif *qu'en raison de l'effet rétroactif de la résolution de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant à la seule utilisation de la chose.*

Sur le second point, la Chambre mixte a été conduite à préciser les conditions de l'action en responsabilité destinée à réparer les conséquences dommageables d'un contrat annulé. Fondée sur l'article 1382 du Code civil, cette action en réparation n'appartient qu'à la partie de bonne foi et doit être dirigée contre celle à qui la faute est imputable. Ainsi, l'adoption des règles de la responsabilité délictuelle exclut tout autre fondement au principe de réparation, tels la répétition de l'indû ou l'enrichissement sans cause.

D. HYPOTHÈQUES

Demande de publication - Erreur sur le numéro de publication - Conséquence - Rejet de la formalité - Conservateur refusant le dépôt - Formalité prenant rang à la date de l'enregistrement du dépôt

3^{ème} Chambre civile, 4 novembre 2004 (en cours de publication pourvoi n° 03-12.755)

Un conservateur des hypothèques avait refusé le dépôt d'un jugement prorogeant les effets d'un commandement valant saisie immobilière, au motif que ce titre comportait une erreur matérielle affectant les références de la publication du commandement et plus précisément le numéro de la publication et la cour d'appel avait déclaré le refus injustifié et ordonné la publication du jugement litigieux.

Deux questions ont été résolues par cet arrêt :

- le conservateur des hypothèques était-il fondé à refuser le dépôt ?
- dans la négative, à quelle date la publication devait-elle prendre effet ?

1. Refus ou rejet

Lorsqu'une demande de publication est formée, le conservateur des hypothèques peut :

- enregistrer le dépôt et procéder à la formalité,
- refuser le dépôt, en cas d'erreur ou d'insuffisance grossière ou manifeste (article 33 du décret du 4 janvier 1955) ; il ne procède alors à aucun enregistrement.
- rejeter la formalité, après enregistrement du dépôt et étude du dossier révélant une discordance ou une inexactitude (article 34 du décret précité).

L'arrêt du 4 novembre 2004 rappelle très clairement le domaine des deux procédures, celle de refus de dépôt et celle de rejet de la formalité, en retenant, comme l'avait fait la cour d'appel, que l'article 33 du décret précité ne devait s'appliquer qu'en l'absence des mentions relatives à la date, au volume et au numéro correspondant à la formalité alors que lorsqu'il y avait erreur portant sur le numéro de la publication, le conservateur ne pouvait procéder qu'au rejet de la formalité.

2. Si le conservateur a procédé, à tort, au refus du dépôt alors qu'il ne devait que rejeter la formalité, à quelle date cette dernière prend-elle rang ?

La loi n° 98-261 du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière et les décrets n° 98-516 du 23 juin 1998 et n° 98-553 du 3 juillet 1998 fixant les modalités d'application de la loi, instaurent désormais un recours, par voie de référé devant le président du tribunal de grande instance, en cas de refus, comme cela existait déjà en cas de rejet de la formalité.

Mais l'article 26 du décret du 4 janvier 1955 prévoit que lorsque la formalité est exécutée, après décision l'ordonnant, "*elle prend rang à la date d'enregistrement du dépôt*".

Si cette solution est évidente lorsque le président du tribunal censure un rejet de la formalité, comment appliquer le texte de l'article 26 lorsqu'il y a eu refus du dépôt et forcément absence de tout enregistrement ?

La cour d'appel avait retenu, en l'absence de date d'enregistrement, celle à laquelle la demande d'enregistrement était intervenue, c'est-à-dire celle à laquelle le requérant a déposé ses documents avant qu'ils soient refusés et restitués.

L'arrêt du 4 novembre 2004 censure cette décision et retient la date de l'enregistrement du dépôt qui, forcément n'aura lieu qu'après accomplissement des formalités de régularisation.

Cette solution est rigoureusement conforme au texte de l'article 26 du décret du 4 janvier 1955 et si le déposant risque de subir un lourd préjudice en conséquence de son erreur et de celle du conservateur -qui pourra se traduire par une action en responsabilité- il paraît difficile de faire rétroagir une formalité à une date où rien ne figure dans les registres des hypothèques et qui ne peut donc servir de point de départ certain et incontestable.

E. BAUX

1. Baux d'habitation - Prix - Fixation - Bail initial - Contestation du loyer - Recevabilité - Conditions - Saisine de la commission de conciliation - Domaine d'application

(Assemblée plénière, 16 avril 2004, Bull. n° 7 ; BICC n° 600, p. 5, rapport de M. Duffau et avis de M. Benmakhlouf)

En considérant que les preneurs ne disposaient que d'un délai de deux mois à compter de la conclusion du bail pour saisir la commission de conciliation et contester le montant du loyer, que cette action soit fondée sur le non-respect des dispositions des articles 17 et 19 de la loi du 6 juillet 1989 ou sur celui des dispositions du décret du 28 août 1989, pris en application de l'article 18 de cette loi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie à la suite de la rébellion d'une juridiction de renvoi après une première cassation, a prolongé et amplifié l'oeuvre d'unification du régime des contestations du prix des loyers des baux d'habitation amorcée en 1996 par la troisième chambre civile.

Il y avait, en l'état des textes applicables à l'époque du litige, trois régimes différents de fixation du montant du loyer initial d'un local à usage d'habitation qui résultaient des articles 17a), 17b), 18 et 19 de la loi du 6 juillet 1989 et des dispositions du décret du 28 août 1989.

- Un régime que l'on peut qualifier d'ordinaire, prévu par l'article 17a) de la loi du 6 juillet 1989, selon lequel, pour les logements neufs ou vacants répondant à certaines normes ou ayant bénéficié d'améliorations, le loyer était fixé librement.

- Un régime ordinaire encadré, ou de liberté surveillée, selon lequel le loyer du logement était fixé par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables. Dans ce cas, l'exigence de références posée par la loi entraînait pour le locataire un droit de contester le loyer fixé par le bailleur. Toutefois le recours au juge n'était ouvert que si la commission de conciliation était saisie dans un délai de deux mois.

- Un régime d'exception, ne s'appliquant qu'au secteur encadré et se traduisant par un blocage des loyers, qui était donc fondé à l'époque des faits sur le décret du 28 août 1989 pris en application de l'article 18 de la loi du 6 août 1989.

Dans un arrêt du 16 février 2000 (pourvoi n° 98-14.234), annoncé par un arrêt du 14 mai 1997 (Bull. n° 101), la troisième chambre civile avait jugé qu'il ne fallait pas distinguer l'action tendant à la contestation des références exigées pour un bail soumis à un loyer encadré et celle tendant à la contestation d'un loyer fixé sur la base de l'article 17a) de la loi du 6 juillet 1989 dont le preneur entendait obtenir une

requalification en bail de l'article 17b). Dans les deux cas, la saisine de la commission de conciliation dans le délai de deux mois était obligatoire.

Cependant, dans un arrêt du 4 janvier 1995 (Bull. n°3), qui apparaît isolé, la troisième chambre civile avait décidé que la saisine de la commission de conciliation n'était pas une condition préalable à celle du juge en cas de contestation du loyer d'un local vacant visé par le décret du 28 août 1989.

Dans la décision ayant fait l'objet du pourvoi, la cour d'appel de renvoi avait précisément considéré que le locataire étant fondé à se prévaloir du décret du 28 août 1989, le délai de deux mois ouvert pour contester le montant du loyer ne lui était pas opposable.

Cette position, qu'une interprétation pointilliste des textes pouvait justifier, se heurtait toutefois à deux inconvénients majeurs.

D'abord elle aboutissait à ce paradoxe que si l'action fondée sur une violation de la loi du 6 juillet 1989 était enfermée dans un délai de deux mois, celle fondée sur la violation d'un décret pris en application de cette loi n'était enfermée que dans le délai de prescription de droit commun, ce qui voulait dire que le décret était mieux protégé que la loi sur l'habilitation de laquelle il avait été pris.

Ensuite elle constituait une incitation pour les locataires à se placer artificiellement sur le terrain qui leur permettrait finalement de contester le loyer auquel ils s'étaient engagés, en pratique à n'importe quel moment.

Dans le souci de favoriser la sécurité juridique, la troisième chambre civile avait affirmé, progressivement mais continûment depuis 1996, le caractère obligatoire de la saisine de la commission de conciliation avant toute assignation relative à la contestation du loyer d'un logement quel que soit le cas de figure envisagé¹.

En décidant que la saisine de la commission de conciliation s'imposait également en cas de non respect d'un décret de blocage des loyers, ce qui était le cas en l'espèce, l'arrêt d'assemblée plénière du 16 avril 2004 apporte la dernière touche à une oeuvre jurisprudentielle particulièrement cohérente, même si l'intérêt pratique de la solution adoptée se trouve limitée au passé puisque, depuis un décret du 26 août 1999, le blocage n'a plus joué qu'en cas de renouvellement du bail.

2. Baux d'habitation - Obligation de délivrer un logement décent - Application aux locaux classés dans la quatrième catégorie de la loi de 1948

3^{ème} Chambre civile, 15 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-20.614)

L'arrêt du 15 décembre 2004 répond à la question de savoir si l'obligation de délivrer un "logement décent", introduite par la loi n° 2000 - 1208 du 13 décembre 2000 (loi SRU) dans l'article 1719 du Code civil, est applicable aux locaux placés dans la quatrième catégorie de la loi du 1er septembre 1948.

Le logement objet du litige avait été donné en location en 1983, au visa de cette loi, le bail précisant "qu'il ne sera pas possible de faire installer l'eau courante".

La Cour d'appel a retenu, pour rejeter la demande de la locataire tendant à la condamnation du bailleur à remplir son obligation de délivrance en effectuant les travaux nécessaires à l'approvisionnement des lieux en eau courante, que celle-ci avait été informée de l'impossibilité de faire réaliser cette installation, qu'il lui avait été fait une proposition de relogement qu'elle avait refusée et qu'il avait ainsi été "satisfait au devoir de garantir un logement décent".

¹ Civ.3, 17 avril 1996, Bull. n° 104; 30 avril 1997, Bull. n° 90; 14 mai 1997, Bull. n° 101; 16 février 2000, pourvoi n° 98-14.234; 31 octobre 2000, Bull. n° 164; 4 avril 2001, Bull. n° 164; 4 avril 2001, Bull. n° 47; 10 mai 2001, pourvoi n° 98-15.968; 19 février 2003, Bull. n° 40; 19 mars 2003, Bull. n° 64.

Par le présent arrêt rendu aux vises de l'article 1719-1 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi SRU, et de l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989, également modifié par cette loi, qui imposent au bailleur de remettre au locataire un logement décent doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation, la troisième chambre juge que ces textes, qui sont d'ordre public, obligent le bailleur à délivrer un logement doté d'une alimentation en eau courante.

Il s'en déduit d'une part que les locaux qui sont classés dans la quatrième catégorie de la loi du 1er septembre 1948 parce qu'ils ne présentent pas des conditions d'habitabilité élémentaire, ne correspondent pas, de manière évidente, au critère de décence introduit dans le droit au logement par la loi SRU qui répond à un objectif de valeur constitutionnelle, d'autre part que les preneurs de tels locaux peuvent demander, en application de l'article 20-1 de la loi du 6 juillet 1989, la mise en conformité des lieux, sans qu'il soit porté atteinte à la validité du contrat en cours.

3. Bail commercial - Prix - Révision - Fixation du prix du loyer révisé - Valeur locative - Valeur inférieure au loyer indexé - Portée

(Assemblée Plénière, 23 janvier 2004, Bull. n° 1 ; BICC n° 594, p. 11, rapport de Mme Favre et avis de M. de Gouttes)

Depuis plusieurs années, une controverse s'était développée sur les pouvoirs du juge saisi d'une demande de révision triennale d'un bail commercial. Pour les uns, s'appuyant sur les dispositions de l'article L. 145-33 du Code de commerce, le loyer révisé devait suivre les évolutions, à la baisse comme à la hausse, de la valeur locative. Pour les autres, se référant à l'article L. 145-38 du même Code, le juge devait s'en tenir à la variation de l'indice du coût de la construction, à moins que la modification des facteurs locaux de commercialité n'ait entraîné une variation significative de la valeur locative. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a opté, pour la première solution, par un arrêt du 24 janvier 1996, dit Privilèges (Bull. n° 24), et maintenu fermement sa jurisprudence dans des arrêts du 1^{er} avril 2000 (Bull. n° 82) et 30 mai 2001 (Bull. n° 70).

Alors que le législateur, par l'article 26 de la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, était intervenu pour imposer la seconde solution, plus favorable au bailleur, et que la jurisprudence résultant des décisions précitées avait été mal accueillie par une partie de la doctrine et se heurtait à la résistance de certaines cours d'appel, l'Assemblée Plénière a été appelée à se prononcer sur la portée donnée par la troisième chambre aux dispositions de l'article L. 145-38 du Code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi MURCEF.

Elle a estimé que la solution adoptée par la troisième chambre était conforme tant au texte de la loi qu'à la réalité économique qui veut que le prix du bail corresponde le plus possible à la réalité de la valeur du marché.

4. Bail commercial - Indemnité d'éviction - Paiement - Conditions - Immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés - Moment - Durée

3^{ème} Chambre civile. 28 janvier 2004 (Bull. n° 14)

3^{ème} Chambre civile., 29 septembre 2004 (Bull. n° 159)

Pour pouvoir prétendre au bénéfice du statut des baux commerciaux, le locataire commerçant doit, selon une jurisprudence constante de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, être immatriculé au registre du commerce et des sociétés non seulement à la date de délivrance du congé par le bailleur, ou à la date de la demande de renouvellement du bail lorsque le preneur a pris l'initiative du congé (Civ. 3, 6 janvier 1993, Bull. n° 2 ; 4 mars 1998, Bull. n° 58), mais également à la date d'effet du congé (Civ. 3, 2 juin 1999, Bull. n° 124).

Allant au-delà de ces exigences, la troisième chambre civile a, par un arrêt du 27 mars 2002 (Bull. n° 75), approuvé une cour d'appel ayant relevé que les conditions d'application du statut, et notamment l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, devaient être remplies à la date de délivrance du congé ou de la demande de renouvellement et pendant toute la procédure de renouvellement ou de

fixation de l'indemnité d'éviction sauf si, renonçant au droit au maintien dans les lieux prévu par l'article 20 du décret du 30 septembre 1953, le locataire décide de restituer les lieux dans des conditions qui l'affranchissent de toutes obligations contractuelles ou statutaires.

Cette exigence d'une obligation continue d'immatriculation a été critiquée par une partie de la doctrine.

Certains auteurs ont notamment fait valoir que le locataire commerçant doit remplir les conditions statutaires au moment où se pose la question de son droit au renouvellement, mais seulement à ce moment, dès lors que l'exigence légale d'immatriculation relève de la police du commerce et non, sauf stipulation contraire, d'une exigence contractuelle, et qu'elle a pour seul objet de permettre au bailleur de "suivre", à l'instar des autres agents économiques ou de l'administration, les affaires de son locataire avant de prendre une décision sur la poursuite des relations contractuelles. Ces mêmes auteurs ont critiqué la sévérité de la solution retenue alors que, pendant le cours du bail, le bailleur ne peut se prévaloir d'un défaut d'immatriculation du locataire pour en poursuivre la résiliation, pas plus qu'il ne peut opposer au locataire un défaut d'immatriculation l'issue d'un bail dérogatoire ou s'affranchir, pour ce motif, des prescriptions du Code de commerce relatives au congé.

Réexaminant cette question, la troisième chambre civile a abandonné, dans l'arrêt rapporté du 29 septembre 2004, l'exigence d'une immatriculation continue pendant toute la procédure de renouvellement ou de fixation de l'indemnité d'éviction. Dans une espèce où un incendie avait gravement endommagé les locaux dans lesquels la locataire se maintenait dans l'attente de la fixation judiciaire de l'indemnité d'éviction qu'elle réclamait au bailleur et, où cette locataire s'était faite radier du registre du commerce et des sociétés en raison de l'impossibilité d'exploiter dans laquelle elle se trouvait par suite de l'incendie, la Cour de cassation a écarté le moyen du bailleur, s'appuyant sur l'arrêt du 27 mars 2002 pour échapper au paiement de l'indemnité d'éviction, en retenant "*qu'ayant relevé que la radiation de Mme S. du Registre du Commerce et des Sociétés était intervenue après la date d'expiration du bail, la cour d'appel a exactement déduit de ces seuls motifs que la SCI La Grange ne pouvait lui dénier le bénéfice du statut pour défaut d'immatriculation*".

Ce revirement avait déjà été annoncé par un arrêt rendu le 28 janvier 2004 (Bull. n° 14) par la même chambre dans une espèce où le bail avait été cédé par la société preneuse à une autre société entre la date de délivrance du congé et sa date d'effet, et où le bailleur avait dénié le bénéfice du statut à la société cessionnaire à une période où la société cédante était déjà radiée et où la société cessionnaire n'était pas encore immatriculée. L'arrêt de la cour d'appel, qui avait accueilli cette demande en retenant que l'immatriculation devait persister pendant toute la procédure aboutissant à la fixation de l'indemnité d'occupation, a été cassé pour violation de l'article L. 145 -1 du Code de Commerce, les juges du fond ayant constaté que la société cessionnaire était bien immatriculée à la date d'effet du congé, c'est-à-dire à la date d'expiration du bail. La Cour de cassation a ainsi manifesté son refus de soumettre l'application de la législation sur les baux commerciaux à l'exigence d'une immatriculation continue pendant toute la durée de préavis du congé, comme elle a toujours refusé de le faire, d'une manière générale, pendant tout le cours du bail.

Il aurait été difficile, dans ces conditions, de continuer à exiger une immatriculation continue après l'expiration du bail.

5. Bail commercial - Procédure - Prescription biennale - Point de départ - Action en fixation du prix du bail renouvelé - Demande de renouvellement signifiée au bailleur - Date de prise d'effet du nouveau bail

3ème Chambre civile, 30 juin 2004 (Bull. n° 136)

Jusqu'à l'arrêt rapporté, la troisième chambre civile de la Cour de cassation fixait différemment le point de départ de la prescription biennale à laquelle est soumise l'action en fixation du prix du bail renouvelé selon que le renouvellement-résultait du-congé du bailleur ou de la demande du locataire.

Dans le premier cas, elle jugeait que le délai devait commencer à courir à compter de la date de prise d'effet du nouveau bail, c'est-à-dire du jour pour lequel le congé a été donné par le bailleur (Civ. 3, 28 février 1979, Bull. n° 51 ; 2 octobre 1996, Bull. n° 201 ; 8 janvier 1997, Bull. n° 7 ; 1^{er} juillet 1998, Bull. n° 149).

Dans le second cas, elle fixait le point de départ de la prescription au jour de la réponse du bailleur acceptant le principe du renouvellement (Civ. 3, 12 juin 1996, Bull. n° 141 ; 17 décembre 2002, pourvoi n° 01-11.226).

Cette distinction était vivement critiquée par la doctrine qui faisait notamment observer que le bailleur, qui avait reçu un congé du locataire avec demande de renouvellement, pouvait toujours revenir sur le principe de son acceptation et que la prescription ne pouvait utilement courir avant que ne prenne effet le titre faisant l'objet de l'action que cette prescription sanctionne.

Sensible à ces critiques, la troisième chambre civile a décidé, dans son arrêt du 30 juin 2004, d'harmoniser les deux situations en approuvant une cour d'appel ayant fixé le point de départ de la prescription à la date de prise d'effet du nouveau bail à la suite d'un congé avec demande de renouvellement signifié par le locataire au bailleur et de l'acceptation par ce dernier du principe du renouvellement pour un terme d'usage.

6. Clause prévoyant la résiliation unilatérale - Appréciation de sa validité - Références à prendre en compte

3^{ème} Chambre civile, 30 juin 2004 (Bull. n° 141)

L'article L 313-9 alinéa 2 du Code monétaire et financier (article 1-2 de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966) exige que les contrats de crédit-bail immobilier prévoient, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles leur résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur.

Pour assurer l'efficacité de cette disposition, la troisième chambre civile a été conduite à préciser les éléments conditionnant la validité de la clause de résiliation anticipée qui doit obligatoirement figurer dans ce type de contrat (Cf. rapport annuel 1998 page 123 et suivantes) : d'une part, pour déterminer la validité de la clause de résiliation, il convient de se placer à la date de conclusion du contrat, le crédit-preneur devant, avant de s'engager, être en mesure d'apprécier, si la convention est nulle ou ne l'est pas (Civ. 3, 1^{er} juillet 1998, Bull. n° 152 ; 27 juin 2001, Bull. n° 85), et d'autre part la clause de résiliation doit garantir au crédit-preneur une véritable option entre résiliation et poursuite du contrat, ce qui implique que l'indemnité qu'il devra verser en cas de résiliation anticipée soit inférieure au coût d'exécution normale du contrat jusqu'à son terme (Civ. 3, 27 novembre 1996, Bull. n° 228).

L'arrêt rapporté a permis à la troisième chambre de préciser les termes de la comparaison en répondant à une question nouvelle : la comparaison doit-elle se faire par rapport à la valeur nominale de loyers restant à courir ou à leur valeur actualisée, même si ce mécanisme d'actualisation n'a pas été prévu par le contrat ?

La notion fondamentale d'équivalence entre l'indemnité de résiliation et le montant des loyers restant à courir jusqu'à l'issue du contrat milite en faveur de la valeur actualisée : l'actualisation est en effet une technique financière qui, en ramenant les montants dus tout au long d'une période à venir à leur valeur au jour où le contrat sera dénoué, les met en véritable équivalence économique avec l'indemnité qui sera payée intégralement à cette date et permet ainsi une comparaison pertinente.

C'est la solution qui avait été retenue par l'arrêt attaqué mais qui a été cassé. En effet, son application repose sur un élément essentiel qui est le taux d'actualisation censé refléter l'évolution du prix de l'argent sur les marchés financiers jusqu'au terme du contrat, taux que les parties fixent d'un commun accord par une formule d'actualisation lorsqu'elles optent pour cette approche fidèle à la réalité économique, prenant du même coup le risque de se lier par une prévision erronée. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque l'actualisation n'étant pas prévue par le contrat, le taux n'avait pu être défini et connu qu'en

cours de procédure, par le biais d'une expertise, plus de huit ans après la signature du crédit-bail immobilier, alors qu'il s'agissait d'un paramètre essentiel à l'appréciation de la validité de la clause.

La cassation prononcée, qui retient la valeur nominale des loyers restant à courir, fait prévaloir la liberté contractuelle sur l'équivalence économique : dès lors que les parties n'ont pas décidé dans le contrat de recourir à l'actualisation, la règle du nominalisme monétaire posée par l'article 1895 du Code civil, qui est le droit commun, doit s'appliquer.

IV - LES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES

A. PROCÉDURES COLLECTIVES

1. Conditions d'ouverture de la procédure collective - Demande formée par le conjoint collaborateur d'un commerçant

Chambre commerciale, 11 février 2004 (Bull. n° 28, pourvoi n° 01-00.430)

Selon l'article 65, alinéa 1er, du décret du 30 mai 1984 devenu l'article L. 123-8 de Code de commerce, la personne assujettie à immatriculation au registre du commerce et des sociétés en vertu de l'article 1er de ce décret devenu l'article L. 123-1 du Code de commerce, ne peut se prévaloir, jusqu'à son immatriculation, de la qualité de commerçant, tant à l'égard des tiers que des administrations publiques.

Il s'ensuit que la personne mentionnée au registre du commerce et des sociétés en qualité de conjoint collaborateur, qui en application de l'article 9 de la loi du 10 juillet 1992 devenu l'article L. 121-6 du Code de commerce, est réputée avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise, ne peut, sur sa demande, être admise au bénéfice du redressement ou de la liquidation judiciaires applicables aux seules personnes immatriculées en qualité de commerçant.

2. Déclaration de créance - Créancier titulaire d'une sûreté publiée - Décision du juge-commissaire statuant sur l'inopposabilité de la forclusion - Appel - Juridiction compétente *Chambre commerciale, 14 janvier 2004 (Bull. n° 11)*

On sait que la forclusion n'est pas opposable aux créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail publié dès lors qu'ils n'ont pas été avisés personnellement (article L. 621-46, alinéa 2 du Code de commerce) et que seul l'avertissement conforme aux dispositions prévues à l'article 66 du décret du 27 décembre 1995 fait courir le délai de deux mois à l'expiration duquel ces créanciers encourent la forclusion (cf. Com., 15 mai 2001, Bull. n° 88).

Ainsi, l'action du créancier titulaire de sûreté non averti personnellement aux fins de se voir déclarer inopposable la forclusion se distingue de l'action des autres créanciers en relevé de la forclusion encourue en cas de déclaration de créance tardive.

La question posée par le pourvoi était celle de savoir devant quelle juridiction doit être porté l'appel de l'ordonnance du juge-commissaire statuant sur l'inopposabilité de la forclusion : tribunal ou cour d'appel.

Dans l'espèce rapportée, il était constant que le créancier titulaire d'une sûreté publiée n'avait pas été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance par le représentant des créanciers. Ce créancier avait saisi le juge-commissaire afin de voir constater que la forclusion lui était inopposable. Le juge-commissaire avait rejeté la demande et déclaré la créance éteinte. Saisie de l'appel du créancier à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire, la cour d'appel a déclaré l'appel irrecevable, au motif que la demande de la banque créancière tendant à ce que la forclusion lui soit déclarée inopposable, et non au relevé de forclusion, il devait être formé devant le tribunal, selon les modalités de l'article 25 du décret du 27 décembre 1985.

Par l'arrêt de cassation rapporté, la chambre commerciale décide d'aller au-delà de la lettre de l'article L. 621-46, alinéa 3, du Code de commerce en instaurant un régime unitaire de recours des ordonnances du juge-commissaire statuant sur la forclusion (relevé ou inopposabilité) et sur l'admission des créances : en ces matières, et par exception à l'article 25 du décret du 27 décembre 1985, l'appel est porté devant la cour d'appel et non devant le tribunal.

3. Déclaration de créance - Créancier titulaire d'une sûreté publiée ou d'un crédit-bail - Qualité - Moment d'appréciation

Chambre commerciale, 12 juillet 2004 (Bull. n° 155, pourvoi n° 00-17.120)

Par cet arrêt, la chambre commerciale affirme le principe suivant lequel la qualité de créancier titulaire d'une sûreté publiée, au sens de l'article L. 621-43 du Code de commerce, s'apprécie à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective.

Dans l'espèce rapportée, la banque créancière, qui avait déclaré sa créance plus de deux mois après la publication au BODACC du jugement d'ouverture de la procédure collective, était titulaire d'une hypothèque inscrite sur un immeuble du débiteur, mais l'inscription de la sûreté avait fait l'objet, par erreur, d'une mention de radiation quatre mois avant l'ouverture de la liquidation judiciaire. La mention de l'hypothèque avait été rétablie près d'un an après le jugement de l'ouverture.

La cour d'appel, raisonnant comme si la radiation n'avait jamais existé, avait décidé, au vu du rétablissement de l'inscription, que la forclusion était inopposable au créancier en l'absence d'avertissement personnel délivré par le représentant des créanciers conformément à l'article 66 du décret du 27 décembre 1985.

Cette décision est censurée par la chambre commerciale qui indique que la seule date à prendre en considération pour apprécier la qualité de créancier titulaire d'une sûreté publiée devant être averti personnellement est celle du jugement d'ouverture, peu important la radiation de l'inscription effectuée par erreur avant cette ouverture et le rétablissement ultérieur de l'inscription qui n'a ainsi pas d'effet rétroactif pour l'application de l'article L. 621-43 du Code de commerce.

4. La date de naissance des créances

Chambre commerciale, 16 juin 2004 (Bull. n° 123)

Chambre commerciale, 30 juin 2004 (Bull. n° 142)

Chambre commerciale, 11 février 2004 (Bull. n° 30)

Chambre commerciale, 30 juin 2004 (Bull. n° 141)

Chambre commerciale, 10 mars 2004 (Bull. n° 51)

Les créanciers dont la créance "à son origine antérieurement au jugement d'ouverture" sont soumis au principe de la suspension des poursuites et à l'obligation de déclarer leurs créances. La détermination de la date de naissance des créances, qui sous-tend la distinction entre créanciers antérieurs et créanciers postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective, revêt par conséquent une importance considérable et génère un contentieux constant.

En matière de cautionnement, la Chambre commerciale a eu à trancher la question de la date de naissance de la créance de la caution solvens contre son cofidélisateur.

Elle a décidé, par l'arrêt du 16 juin 2004, que la créance de la caution qui a payé la dette et qui agit contre son cofidélisateur sur le fondement de l'article 2033 du Code civil prend naissance à la date de l'engagement de la caution et non pas à la date du paiement.

Dans un domaine voisin il a été décidé, par l'arrêt du 30 juin 2004 (Bull. n° 142) que la créance de remboursement que détient le codébiteur solidaire qui a payé la dette à l'encontre de l'autre codébiteur a son origine dans l'engagement solidaire contracté envers le créancier.

Par l'arrêt du 11 février 2004, la Chambre commerciale a énoncé que la créance de remboursement d'un crédit immobilier dont l'offre a été acceptée antérieurement à l'ouverture de la procédure collective a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, alors même que les fonds n'ont été remis à l'emprunteur que postérieurement au jugement d'ouverture.

La Chambre a également précisé (Com. 30 juin 2004 Bull. n° 141) que la créance éventuelle de remboursement détenue par le créancier d'une société civile à l'encontre des associés tenus indéfiniment

du passif social à raison de leur part, créance dont la mise en jeu est subordonnée à une préalable et vaine poursuite de la société, naît du contrat de prêt consenti à la société. Elle en a déduit que cette créance de vaît être déclarée au passif des associés dès lors qu'elle avait son origine antérieurement à l'ouverture de la procédure collective des associés et cela, peu important l'antériorité de l'ouverture de cette procédure par rapport à celle de la société civile.

Enfin, la Cour a décidé (Com. 10 mars 2004) que la créance du Trésor public au titre des droits d'enregistrement d'un jugement d'adjudication naît de l'exécution de la formalité d'enregistrement prévue à l'article 635,2 1° du Code général des impôts.

5. Clause de réserve de propriété - Revendication

Chambre commerciale, 5 mai 2004 (Bull. n° 81)

Par un précédent arrêt du 3 avril 2001 (Bull. n° 72), la chambre commerciale avait jugé que le point de départ du délai de revendication de trois mois du bien mobilier dont la propriété était réservée par un contrat de vente antérieur à l'ouverture de la procédure collective était la publication du jugement d'ouverture. Elle avait donc retenu que le vendeur, qui s'était réservé la propriété du bien jusqu'au paiement du prix, était soumis à la règle générale posée par le premier alinéa de l'article L. 621-115 du Code de commerce et non à la règle particulière, prévue par l'alinéa 2, pour la revendication des biens faisant l'objet d'un contrat en cours.

La doctrine avait hésité sur la portée de cette décision. Fallait-il en déduire que le contrat de vente assorti d'une clause de réserve de propriété conclu avant le jugement d'ouverture n'était pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce ?

L'apport de l'arrêt du 5 mai 2004 consiste dans l'affirmation que la vente d'un bien mobilier dont la propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé lors de l'ouverture de la procédure collective n'est pas un contrat en cours de sorte que le vendeur doit revendiquer le bien dont il est resté propriétaire dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture.

6. Revendication

Chambre commerciale, 28 septembre 2004 (Bull. n° 171, pourvoi n° 03-11.876)

L'article L. 621-123 du Code de commerce prévoit que l'administrateur, ou à défaut le représentant des créanciers ou le liquidateur, peut acquiescer à une demande de revendication d'un bien avec l'accord du débiteur. A défaut d'accord ou en cas de contestation, la demande est portée devant le juge-commissaire.

L'article 85-1 du décret du 27 décembre 1985 précise que la demande en revendication est adressée dans le délai de l'article L. 621-115 du Code de commerce au mandataire de justice. A défaut d'acquiescement de celui-ci dans le délai d'un mois à compter de sa réception, le demandeur doit, sous peine de forclusion, saisir le juge-commissaire dans un délai identique à compter de l'expiration du délai de réponse du mandataire.

I - Dans le cas où le mandataire de justice rejette la demande en revendication qu'il a reçue, la chambre commerciale décide que le délai d'un mois pour saisir le juge-commissaire court à compter de l'expiration du délai imparti au mandataire pour répondre à cette demande.

II - L'augmentation du délai prévu par l'article 643 du NCPC ne s'applique pas à l'action en revendication portée devant le juge-commissaire.

7. Extension de la procédure collective d'une personne à une autre - Effets

Chambre commerciale, 16 juin 2004 (pourvoi n° 01-17.234)

Chambre commerciale, 28 septembre 2004 (pourvoi n° 02-12.552)

Le jugement d'extension de la procédure collective d'une personne à une autre, pour confusion des patrimoines, n'a pas d'effet rétroactif en dépit de l'unicité de procédure auquel il aboutit. Si le jugement d'extension a pour effet de confondre les actifs et les passifs désormais communs, dans le cadre d'une procédure unique, le débiteur auquel est étendue une procédure collective n'est dessaisi qu'à compter du jugement d'extension, et ses dettes nées entre le jugement initial d'ouverture et le jugement d'extension ne sont pas des dettes de la procédure.

Ces deux arrêts en offrent deux nouvelles illustrations.

Dans l'espèce ayant donné lieu au premier arrêt, des avis à tiers détenteur avaient été délivrés par le Trésor public pour avoir paiement d'une créance. La liquidation judiciaire d'une personne morale avait ensuite été étendue au débiteur du Trésor public et le liquidateur avait demandé mainlevée des avis à tiers détenteur sur le fondement de l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-40 du Code de commerce. La chambre commerciale a approuvé la cour d'appel qui avait retenu que le paiement par le débiteur de la créance du Trésor public née avant le jugement d'extension avait été valablement poursuivi avant ce même jugement au moyen des avis à tiers détenteur dès lors que le débiteur n'était pas encore dessaisi et que les sommes régulièrement saisies avaient été immédiatement attribuées au créancier.

Dans l'espèce ayant donné lieu au second arrêt, un créancier avait fait pratiquer une saisie-attribution de matériel appartenant à une société. Le matériel avait été vendu. Puis, le tribunal avait étendu à cette société la liquidation judiciaire d'une autre personne morale et le liquidateur avait demandé la restitution du produit de la vente. Le pourvoi, qui faisait grief à l'arrêt d'avoir rejeté cette demande, soutenait que la confusion des patrimoines commandait l'unité de la date de dessaisissement des deux débiteurs. La chambre commerciale a rejeté le pourvoi en affirmant que le jugement d'extension ne rétroagissait pas au jour du jugement initial d'ouverture.

Ces solutions sont conformes à une jurisprudence déjà en vigueur sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 et consacrée par un arrêt de la chambre commerciale du 23 février 1983 (Bull. n° 80).

L'arrêt du 16 juin 2004 ajoute un second apport à la détermination des conséquences du jugement d'extension d'une procédure collective. Le jugement d'extension se traduit par une procédure collective unique et une seule date de cessation des paiements pour tous les débiteurs, qui sera celle du débiteur dont la procédure a été étendue. Dès lors, la période suspecte opposable au débiteur auquel la procédure a été étendue correspond à la période comprise entre la date de la cessation des paiements de la procédure initiale et le jugement d'extension.

Ainsi, une cession de créance consentie par le débiteur auquel la procédure a été étendue en paiement d'une dette échue, avant le jugement d'extension, mais après la date de cessation des paiements du premier débiteur, est nulle par application de l'article L. 621-107, I, 4°, du Code de commerce.

8. Clause compromissoire - Vérification des créances

Chambre commerciale, 14 janvier 2004 (Bull. n° 10)

Chambre commerciale, 2 juin 2004 (Bull. n° 110 et n° 112, deux arrêts)

La clause d'arbitrage oblige, en principe, la juridiction étatique saisie à se déclarer incompétente à moins que cette convention ne soit manifestement nulle ou inapplicable, l'arbitre devant statuer le premier sur la validité ou les limites de sa saisine. Ce principe est communément appelé le principe de "compétence-compétence".

L'article L. 621-40 du Code de commerce, aux termes duquel le jugement d'ouverture de la procédure collective suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant soit à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent soit à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, s'applique aux instances arbitrales.

Par l'arrêt du 14 janvier 2004, la chambre commerciale a d'abord précisé que la clause compromissoire contenue dans un contrat de franchise était étrangère au litige, donc manifestement inapplicable, lorsque le liquidateur d'une société franchisée agissait contre le franchiseur, dans l'intérêt collectif des créanciers, en responsabilité pour soutien abusif.

Les deux arrêts du 2 juin 2004 se prononcent ensuite sur l'articulation de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles avec le principe sus-énoncé, lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture. Par le premier arrêt, la chambre commerciale énonce que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances. Dans le second arrêt, elle retient que le juge-commissaire, saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire, doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable.

Il résulte de ces dernières décisions que la Cour de cassation ne consacre pas la prééminence d'une règle sur l'autre mais établit seulement une hiérarchie dans le temps. Ainsi, même en présence d'une clause d'arbitrage, le créancier doit, comme tout autre se prévalant d'une créance antérieure au jugement d'ouverture, la déclarer et se soumettre à la procédure de vérification. Ce n'est que devant le juge-commissaire, saisi d'une contestation, que l'existence de la clause d'arbitrage pourra être invoquée. Dans ce cas, à moins que cette clause soit manifestement nulle ou inapplicable, le juge-commissaire devra se déclarer incompétent, en application de l'article L. 621-104 du Code de commerce, après avoir toutefois, le cas échéant, statué sur la régularité de la déclaration.

9. Vérification des créances

Chambre commerciale, 23 novembre 2004 (pourvoi n° 03-14.810)

Une pratique assez répandue consiste pour les juges-commissaires chargés de la vérification des créances de matérialiser l'admission des créances non contestées au moyen d'une simple signature sur la liste des créances déclarées qui leur est adressée par le représentant des créanciers avec ses propositions d'admission.

Une cour d'appel avait retenu qu'en apposant sa signature sur la liste des créances déclarées établie par le représentant des créanciers et contenant ses propositions d'admission des créances non contestées, le juge-commissaire avait décidé d'admettre ces créances.

Cette solution a été approuvée par l'arrêt du 23 novembre 2004, la chambre commerciale affirmant ainsi que la ratification par le juge-commissaire des créances non contestées figurant sur la liste des créances déclarées avec les propositions d'admission du représentant des créanciers constituait une véritable décision d'admission de ces créances.

10. Vérification des créances - Contestation d'une créance

Chambre commerciale, 7 décembre 2004 (pourvoi n° 03-16.321 à paraître)

L'article L. 621-47 du Code de commerce impose au créancier, avisé par le représentant des créanciers de la contestation de sa créance, de répondre à celui-ci dans un délai de trente jours. A défaut le créancier s'exclut lui-même du débat sur sa créance, le défaut de réponse dans le délai précité lui interdisant toute contestation ultérieure de la proposition du représentant des créanciers. De façon parfaitement symétrique, l'article L. 621-105 du même Code précise que le créancier qui n'a pas répondu au représentant des créanciers dans le délai mentionné à l'article L. 621-47 ne peut pas exercer de recours contre la décision du juge-commissaire lorsque celle-ci confirme la proposition du représentant des créanciers.

Atténuant la rigueur de ces dispositions qui restreignent l'accès au juge et l'exercice des voies de recours dans le but d'accélérer le processus de vérification des créances, la Chambre commerciale avait

déjà admis dans un arrêt du 18 mars 2003 (pourvoi n° 01-15.793) que le délai de trente jours prévu par l'article L. 621-47 du Code de commerce n'était pas opposable au créancier qui devait être convoqué devant le juge-commissaire dès lors que, dans le courrier par lequel il informait le créancier de la contestation de sa créance, le représentant des créanciers avait indiqué à celui-ci qu'il demandait la convocation des parties devant le juge-commissaire.

Obéissant à la même logique, la Chambre commerciale énonce, dans l'arrêt du 7 décembre 2004, que le créancier ayant été convoqué devant le juge-commissaire dans le délai de trente jours ouvert par l'article L. 621-47 du Code de commerce et ayant comparu devant lui, la sanction prévue par l'article précité ne lui est pas applicable, peu important l'absence de réponse à la lettre de contestation du représentant des créanciers. En effet, une telle convocation est de nature à laisser croire au créancier qu'il peut attendre la comparution devant le juge-commissaire pour fournir ses explications sur la créance contestée. On observera néanmoins que le créancier ne doit pas rester inactif et doit impérativement comparaître devant le juge-commissaire, en pareille hypothèse.

11. Contrats en cours - Renonciation de l'administrateur en l'absence de mise en demeure

Chambre commerciale, 19 mai 2004 (Bull. n° 100)

Chambre commerciale, 16 juin 2004 (Bull. n° 129)

La loi du 10 juin 1994 a remanié le régime des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. Si la faculté d'exiger l'exécution d'un tel contrat est toujours réservée au seul administrateur, ce contrat est, selon l'article L. 621-28 du Code de commerce, désormais résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse. Sur la demande de tout intéressé, la résiliation de plein droit et sa date sont constatées par le juge-commissaire (article 61-1 du décret du 27 décembre 1985) alors que la présomption de renonciation antérieure imposait au cocontractant de faire prononcer en justice la résolution du contrat.

Le législateur n'a cependant pas prévu les hypothèses dans lesquelles l'administrateur renonce expressément à la poursuite du contrat avant même qu'une mise en demeure lui soit adressée ou dans le délai de la mise en demeure. S'agissant de la seconde hypothèse, la chambre commerciale avait résolu la question par un arrêt du 18 mars 2003 (Bull. n° 47). Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait énoncé que lorsque l'administrateur a été mis en demeure, son refus exprès de poursuivre le contrat entraîne la résiliation de plein droit de celui-ci, à la date de la réception par le cocontractant de ce refus, si celle-ci intervient dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 621-68 du Code de commerce et qu'il n'y a pas lieu de faire nécessairement constater cette résiliation par le juge-commissaire.

Dans l'hypothèse où l'administrateur renonce expressément à la poursuite du contrat en cours sans avoir été mis en demeure par le cocontractant, la chambre commerciale, dans le silence des textes, a choisi, dans son arrêt du 19 mai 2004, de maintenir la jurisprudence en vigueur sous le droit antérieur en décidant qu'en l'absence de mise en demeure, la renonciation de l'administrateur à la poursuite du contrat n'entraîne pas par elle-même résiliation de la convention à son initiative mais confère au seul cocontractant le droit de la faire prononcer en justice, une telle demande n'entrant pas dans les attributions du juge-commissaire. Elle a, par l'arrêt du 16 juin 2004, tiré les conséquences de cette solution quant au point de départ du délai supplémentaire accordé au cocontractant pour déclarer sa créance résultant de la résiliation du contrat en décidant que ce délai courait à compter de la date de notification de la décision prononçant cette résiliation.

12. Plan de cession - Commissaire à l'exécution du plan - Durée de sa mission

Chambre commerciale, 10 mars 2004 (Bull. n° 48 et 49)

En application de l'article 65 de la loi du 25 janvier 1985, pour les procédures collectives ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1994, et de l'article L. 621-66 du Code de commerce pour les procédures collectives ouvertes postérieurement, le tribunal qui arrête un plan doit fixer la durée de celui-ci. Le commissaire à l'exécution du plan est nommé pour cette durée à laquelle s'ajoute éventuellement la période de location-gérance et sa mission est prorogée jusqu'au paiement intégral du prix de cession s'il a lieu après l'expiration de la durée du plan (Com, 9 juin 1998, Bull. n° 184).

Il n'est cependant pas rare, dans la pratique, que les tribunaux omettent de fixer la durée du plan et par conséquent la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan qu'ils désignent. Il en est résulté des incertitudes quant au contenu exact des pouvoirs de ce dernier, l'article L. 621-90 du Code de commerce ne permettant pas de régler cette question car ne concernant que les hypothèses de paiement du prix de cession après l'expiration de la durée du plan. Les deux arrêts du 10 mars 2004 règlent cette difficulté. Ils posent comme principe que, lorsque le jugement arrêtant le plan de cession n'a pas fixé de durée au plan, la mission du commissaire à l'exécution du plan dure jusqu'à la clôture de la procédure. Pour les procédures collectives ouvertes postérieurement après l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1994, et dès lors que l'article L. 621-66 du Code de commerce limite désormais la durée du plan, il est précisé que la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan ne peut pas excéder dix ans, ou, s'il s'agit d'un agriculteur, quinze ans.

13. Plan de cession - Commissaire à l'exécution du plan - Pouvoirs

Chambre commerciale, 12 juillet 2004 (Bull. n° 158)

Chambre commerciale, 12 octobre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-16.762)

L'arrêt du 12 juillet 2004 rappelle que dès le jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise, le débiteur retrouve la totalité de ses pouvoirs sous réserve de ceux qui sont attribués à l'administrateur pour la mise en oeuvre du plan et au commissaire à l'exécution du plan pour veiller à son exécution et, dans l'hypothèse d'un plan de cession totale, peut vendre les biens non compris dans le plan de cession. En dehors de ces pouvoirs, le commissaire à l'exécution du plan ne représente pas le débiteur qui doit être mis en cause dans les instances concernant son patrimoine, par exemple dans les instances tendant à obtenir le paiement d'une créance de l'article L. 621-32 du Code de commerce.

L'arrêt du 12 octobre 2004 précise que le commissaire à l'exécution du plan, dès lors qu'il ne représente pas le débiteur, ne peut pas non plus se substituer aux organes légaux de la société pour exiger d'un associé qu'il libère ses apports. En cas de cession totale des actifs de la société, cette demande incombe à son liquidateur amiable ou à un mandataire ad hoc. Cette solution diffère logiquement de celle adoptée pour le liquidateur qui, en application de l'article L. 622-9 du Code de commerce, exerce les droits du débiteur concernant son patrimoine (Com. 9 mai 1995, Bull n° 137, Com. 26 mai 1999, Bull n° 109) et a donc qualité pour demander aux associés le paiement du montant non libéré du capital social.

14. Plan de cession - Transfert des sûretés

Chambre commerciale, 23 novembre 2004, en cours de publication

L'article 93, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621- 96, alinéa 3, du Code de commerce, prévoit que la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Qu'est-ce qu'un « crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien » sur lequel porte la sûreté ?

La Chambre commerciale a eu l'occasion de préciser le champ d'application de cette disposition. Une banque avait consenti à une entreprise un prêt ayant pour objet « le financement a posteriori de divers investissements auto financés ». En garantie de son remboursement, la banque s'est fait consentir un nantissement de fonds de commerce et des cautionnements personnels. Poursuivies en paiement, les cautions ont invoqué les dispositions de l'article 2037 du Code civil, en faisant valoir qu'elles se trouvaient libérées à compter de l'adoption du plan de redressement judiciaire par cession totale de l'entreprise, dès lors que la banque n'avait pas fait procéder à l'inscription modificative rendue nécessaire par le transfert concomitant de la sûreté.

La cour d'appel a refusé d'admettre ce moyen de défense, au motif que le prêt avait pour destination affichée le « financement a posteriori de divers investissements auto financés » et que celle-ci, peu explicite, ne permettait pas le rapprochement avec un bien quelconque. Elle en a déduit que la charge du nantissement n'avait pas été transmise au cessionnaire, de sorte qu'aucune omission fautive ne pouvait être imputée au créancier.

La question posée était celle de savoir si le texte suppose que le crédit soit contractuellement affecté au financement d'un bien précis, ou bien s'il suffit, dans les faits, que le crédit ait été destiné ou ait servi au financement d'un bien sur lequel la sûreté a été prise.

En énonçant qu'il résulte de l'article L. 621-96, alinéa 3, du Code de commerce que le crédit devant être affecté, l'acte par lequel il est accordé doit préciser sa destination et prévoir la sûreté qui en garantira le remboursement, la Chambre commerciale a approuvé une lecture stricte du texte, garantissant la sécurité juridique.

En outre, en prenant position sur les conditions d'application de l'article L. 621-96, alinéa 3, dans une espèce où le débat portait sur un nantissement de fonds de commerce, la Cour a entendu signifier que cette disposition, qui vise les « biens » financés à l'aide d'un crédit, s'étend aux fonds de commerce.

15. Cautionnement - Garantie de l'exécution du plan de redressement judiciaire

Chambre commerciale, 11 février 2004 (Bull. n° 26)

Le dirigeant d'une entreprise mise en redressement judiciaire avait accepté de se porter caution de l'exécution du plan de continuation. Le plan n'ayant pas été exécuté et la société débitrice étant mise en liquidation judiciaire, son liquidateur a assigné le dirigeant en paiement. Celui-ci a résisté, en invoquant le fait qu'il n'avait pris aucun engagement et que le tribunal s'était borné à consigner, dans le dispositif d'un jugement statuant sur la poursuite de l'activité sociale, sous la forme d'une simple mesure d'administration judiciaire, sa promesse de se porter caution de l'exécution du plan, qu'il n'avait pas réitérée. Il prétendait également qu'il n'avait pas été satisfait aux exigences de l'article 1326 du Code civil sur la mention manuscrite.

La Chambre commerciale rejette ce moyen, au motif qu'en application de l'article 457 du nouveau Code de procédure civile, les mentions des jugements relatives aux déclarations faites par les parties devant le tribunal font foi jusqu'à inscription de faux et que le cautionnement consenti par acte authentique échappe aux prévisions de l'article 1326 du Code civil.

Cet arrêt, qui fait suite à deux décisions de la Chambre du 26 avril 2000 (pourvois n° 96-19.616 et 97-17.220), donne ainsi sa pleine force obligatoire à l'engagement pris devant le tribunal de commerce, le plus souvent par le dirigeant, de se porter caution de l'exécution du plan de redressement judiciaire, en considération duquel le tribunal a adopté le plan.

16. Poursuites contre la caution - Suspension

Chambre commerciale, 10 mars 2004 (Bull. n° 50)

La loi du 10 juin 1994 a ajouté un alinéa à l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 prévoyant que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation toute action contre les cautions personnelles personnes physiques. Une banque ayant assigné une caution en paiement après la mise en redressement judiciaire de l'entreprise débitrice, ensuite mise en liquidation judiciaire, devait-elle délivrer une nouvelle assignation après le prononcé de la liquidation qui faisait disparaître la cause de suspension des poursuites contre la caution ?

La Chambre commerciale répond par la négative en approuvant la cour d'appel qui, après avoir rappelé les dispositions de l'article 126 du nouveau Code de procédure civile, a retenu que le créancier, qui agit en paiement contre une caution après la mise en redressement judiciaire du débiteur, et dont l'action a été suspendue par application de l'article L. 621-48, alinéa 2, du Code de commerce, est recevable à poursuivre son action après le prononcé de la liquidation judiciaire sans nouvelle assignation.

17. Période suspecte - Validité du paiement d'une lettre de change - Action en rapport - Titulaires de l'action en rapport

Chambre commerciale, 28 janvier 2004 (Bull. n° 17)

L'article L. 621-109 du Code de commerce n'opérant aucune distinction selon que la lettre de change ait ou non circulé, il en résulte que la validité du paiement effectué au moyen d'un tel effet de commerce n'est pas affectée par les dispositions des articles L. 621-107 et L. 621-108 du Code de commerce. Seule est ouverte aux mandataires judiciaires la voie de l'action en rapport à la condition de démontrer que le tireur de la lettre de change ou le donneur d'ordre avaient connaissance de la cessation des paiements, preuve qui peut s'avérer délicate (1er arrêt). Cette action en rapport peut être exercée par le commissaire à l'exécution du plan, quoique l'article L. 621-109, alinéa 2, du Code de commerce soit muet sur ce point (2° arrêt). La chambre commerciale a ainsi la volonté d'aligner, en ce domaine, les pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan sur ceux de l'administrateur et du représentant des créanciers.

18. Entreprise en difficulté - Redressement judiciaire - Période d'observation - Gestion - Contrat en cours - Option - Exclusion - Cas - Bail commercial expiré

(Assemblée plénière, 7 mai 2004, Bull. n° 9 ; BICC n° 602, p. 3, rapport de M. Gillet et avis de M. de Gouttes)

L'article L 621-28 du Code de commerce (ancien article 37 de la loi du 25 janvier 1985) permet d'une part à l'administrateur du redressement judiciaire d'une entreprise commerciale d'exiger l'exécution des contrats "en cours" en fournissant la prestation promise par le débiteur à son cocontractant, et d'autre part à ce dernier de mettre l'administrateur en demeure d'exercer cette faculté sous peine de résiliation de plein droit du contrat à défaut de réponse dans le délai d'un mois. Cette double disposition ouvre à l'administrateur une possibilité raisonnable de poursuivre l'activité de l'entreprise en persévérant dans les contrats conclus par elle, tout en mettant les cocontractants à l'abri d'une temporisation excessive de sa part dans la prise d'un tel parti.

Au nombre des contrats concernés peut figurer le bail commercial assurant à l'entreprise son lieu d'activité et participant de façon substantielle à la valeur de son fonds en raison de son caractère renouvelable résultant des articles L 145-8 et suivants du Code de commerce, le renouvellement étant précédé du congé sans lequel le bail est reconduit. Un tel renouvellement après délivrance d'un congé constitue un enjeu primordial à la fois pour l'administrateur du preneur dans l'optique des intérêts du redressement et pour le bailleur dans l'optique de la gestion de son immeuble.

Il est donc important de savoir si le bail renouvelé appartient ou non à la catégorie des contrats "en cours" se prêtant à la fois à l'exigence d'exécution et à la possibilité de mise en demeure.

L'arrêt de cassation rendu par l'assemblée plénière le 7 mai 2004, visant d'une part les articles 5 et 7 du décret du 30 septembre 1953 devenus les articles L 145-9 et L 145-12 du Code de commerce et d'autre part l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction applicable en la cause, répond par la négative à cette question en faisant application du principe selon lequel le bail renouvelé est, au regard du bail antérieur, un nouveau bail, le précédent cessant par l'effet du congé. Il en résulte qu'étant arrivé à son terme, le bail en vigueur à la date d'ouverture de la procédure collective ne constitue pas un bail en cours. La nouveauté ainsi affirmée résulte clairement de l'article L 145-12 du Code de commerce, elle exclut que soit tenue pour exécution d'un contrat en cours la mise en oeuvre du renouvellement, et elle ferme, de façon logique, à la fois à l'administrateur la voie de l'exigence d'exécution et au bailleur la faculté de mise en demeure.

Cette décision conforte la solution déjà retenue par un arrêt de la chambre commerciale du 17 février 1998 (Bull n°72 page 56), arrêt de cassation précédemment rendu dans la même instance et au regard duquel l'arrêt cassé par la décision rapportée constituait une rébellion. Elle laisse ouverte, de façon adéquate à la poursuite des intérêts des deux parties, la question des rapports du bailleur et de l'administrateur du redressement judiciaire du preneur pendant la période d'observation.

19. Rémunération des techniciens - Mission des mandataires judiciaires - Tâches techniques

Chambre commerciale, 28 septembre 2004 (Bull. n° 169)

La Chambre commerciale n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la portée des dispositions de l'article 37 de la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 814-6 du Code de commerce et de l'article 31 du troisième décret du 27 décembre 1985. Ces deux textes prévoient la possibilité de désigner des personnes, autres qu'un expert, pour accomplir "des tâches techniques" n'entrant pas dans la compétence habituelle des administrateurs judiciaires ou des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises, sans pour autant définir le contenu de ces "tâches techniques".

Dans un arrêt du 5 mai 2004 (pourvoi n° 01-13.210), la Chambre commerciale a cassé l'ordonnance d'un premier président d'une cour d'appel qui avait retenu que l'article 31 avait vocation à s'appliquer pour toutes investigations, notamment, dans le but de fournir des informations relatives à la responsabilité éventuelle des dirigeants sociaux. Cette cassation est prononcée pour refus d'application de l'article L. 621-12 du Code de commerce et pour fausse application des articles 814-6 du Code de commerce et 31 du décret du 27 décembre 1985.

La chambre commerciale réaffirme cette solution dans l'arrêt du 28 septembre 2004, désireuse de mettre un terme à certaines pratiques permettant, sous couvert des articles 814-6 et 31 précités, de désigner des cabinets d'audit comptable, chargés comme en l'espèce, "de procéder à la révision d'un compte client ou de permettre le recouvrement d'éléments de l'actif", missions entrant dans la compétence naturelle du mandataire judiciaire désigné par le tribunal de la procédure collective. Les articles 814-6 et 31 précités n'ayant pas vocation à s'appliquer en pareil cas, il en résulte que les honoraires du cabinet comptable, désigné pour mener de telles investigations, dans le cadre des articles précités, ne peuvent donner lieu à une avance par le Trésor public dans les conditions fixées par l'article L. 627-3 du Code de commerce.

Précisant le domaine de cette dernière disposition, la chambre commerciale pose comme principe que seules les rémunérations des techniciens désignés par le juge-commissaire en application de l'article L. 621-12 du Code de commerce, celles des personnes qualifiées désignées en application de l'article 164 du décret du 27 décembre 1985 ou celles des techniciens désignés pour exercer des mesures d'instruction en application des articles 232 et suivants du nouveau Code de procédure civile, peuvent donner lieu à une telle avance, lorsque les fonds disponibles du débiteur en procédure collective sont insuffisants.

20. Liquidateur - Poursuite des actions engagées par le commissaire à l'exécution d'un plan résolu

Chambre commerciale, 24 mars 2004 (Bull. n° 62)

Lorsque le tribunal ouvre une seconde procédure collective après adoption d'un plan de continuation, soit sur résolution de ce plan pour inexécution par le débiteur des engagements contenus dans le plan soit sur constatation d'un nouvel état de cessation des paiements, la mission du commissaire à l'exécution du plan précédemment désigné prend fin. Les textes ne prévoient pas ce que deviennent, dans cette hypothèse, les actions reprises ou engagées par le commissaire à l'exécution du plan dans l'intérêt collectif des créanciers. L'arrêt du 24 mars 2004 décide que le liquidateur judiciaire de la nouvelle procédure, trouve, dans les pouvoirs qui lui sont dévolus par la loi en vue de l'intérêt collectif des créanciers, qualité pour poursuivre les actions reprises ou engagées aux mêmes fins, avant la résolution du plan, par le commissaire à l'exécution du plan.

21. Expertises en difficulté - Liquidation judiciaire - Jugement ordonnant la liquidation - Droits propres de la société - Modalités

Chambre commerciale, 30 juin 2004 (pourvoi n° 03-12.627)

Chambre commerciale, 2 juin 2004 (pourvoi n° 03-11.090)

Chambre commerciale, 10 mars 2004 (Bull. n° 49, second moyen)

Issu de la loi du 5 janvier 1988, l'article 1844-7, 7° du Code civil dispose que la société prend fin *par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs*. Suivant la jurisprudence constante de la Chambre commerciale, inaugurée par un arrêt du 3 juin 1997 (Bull. n° 173), il en résulte que cette société ne peut faire valoir ses droits propres et notamment contester le jugement qui la met en liquidation judiciaire que par l'intermédiaire d'un liquidateur amiable ou d'un mandataire ad hoc.

Par trois décisions de 2004, cette Chambre a précisé les modalités d'application de ce texte.

1°) Elle a décidé que le représentant légal d'une société mise en liquidation judiciaire, bien que privé de ses pouvoirs de représentation dès le prononcé de cette liquidation, demeure une personne habilitée à recevoir la signification de l'arrêt confirmant celle-ci. En effet la réception des significations, tâche matérielle souvent confiée à de simples préposés, est distincte de la représentation de la société. A défaut d'une telle jurisprudence, la contestation de la décision mettant la société en liquidation risquerait d'être en pratique impossible, chaque fois que le représentant légal est resté seul au siège.

2°) Dans le même esprit, la Chambre commerciale a également décidé que l'ancien représentant légal de la société dissoute par l'effet d'un plan de cession totale a qualité, comme tout intéressé, pour demander la désignation d'un mandataire ad hoc. Cette demande est en effet distincte de la représentation de la société. A défaut d'une telle jurisprudence, la désignation d'un mandataire ad hoc serait fréquemment impossible, et la société ne pourrait contester sa mise en liquidation judiciaire.

3°) Enfin, la Chambre commerciale a pris parti sur le mode de désignation du liquidateur amiable, habilité à exercer les droits propres de la société. Elle a jugé qu'au cas où une société prend fin par application de l'article 1844-7, 7° du Code civil, le liquidateur (amiable) est, conformément à l'article 1844-8 du même Code, nommé conformément aux statuts ou, dans le silence de ceux-ci, par les associés, ou encore, si ces derniers n'ont pu procéder à cette nomination, par décision de justice.

D'une manière plus générale, l'application de l'article 1844-7, 7° a suscité des critiques en équité, mais celles-ci tendent à s'atténuer, de nombreux tribunaux de commerce ayant pris pour règle de nommer systématiquement un mandataire ad hoc lorsqu'une société est mise en liquidation judiciaire.

22. Clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif - Reprise des poursuites individuelles - Conditions

Chambre commerciale, 21 mars 2004 (Bull. n° 59)

Chambre commerciale, 16 juin 2004 (Bull. n° 126)

Chambre commerciale, 16 juin 2004 (Bull. n° 127)

Dans ces trois arrêts, la Chambre commerciale a été conduite à préciser le régime de la reprise des poursuites individuelles après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.

Redonnant d'abord à l'article L. 622-32 IV du Code de commerce son véritable sens, en dépit de la lettre trompeuse du texte ("les créanciers peuvent obtenir...), la chambre commerciale énonce que les créanciers qui recouvrent leur droit de poursuite individuelle après la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne peuvent l'exercer qu'en obtenant un titre exécutoire délivré par le président du tribunal de la procédure collective (1er arrêt). Cette règle s'applique pareillement à la caution, qui a payé au lieu et place du débiteur (2° arrêt).

D'une part, en effet, la loi de 1985, rompant avec le droit antérieur, a posé le principe selon lequel les créanciers ne recouvrent pas leur droit de poursuite individuelle en pareille hypothèse, les exceptions à ce principe, qui tiennent à la personne du créancier ou au comportement du débiteur, étant limitativement énumérées par l'article L. 622-32 précité. D'autre part, les créanciers qui étaient munis d'un titre exécutoire à la date du jugement d'ouverture, et qui peuvent reprendre leurs poursuites individuelles, ne peuvent plus se prévaloir de ce titre et doivent obtenir un nouveau titre exécutoire délivré par le président du tribunal de la procédure collective.

Toutefois, la Chambre commerciale a dû adapter cette solution pour prendre en considération le régime dérogatoire de l'administration fiscale à laquelle la loi a conféré le droit de délivrer des titres de recette exécutoires. Dans ce cas, il suffira au comptable poursuivant de faire constater par le président du tribunal de la procédure collective qu'il remplit les conditions légales pour reprendre l'exercice de son droit de poursuite individuelle (1er arrêt).

Refusant de s'arrêter au silence du texte, la Chambre commerciale a précisé quels étaient la nature et le régime du recours pouvant être formé par le débiteur contre la décision autorisant le créancier à reprendre des poursuites individuelles : énonçant que l'ordonnance rendue en application de l'article L. 622-32 du Code de commerce ne relevait pas du régime des articles 1405 et suivants du nouveau Code de procédure civile, la chambre commerciale ouvre au débiteur la faculté de relever appel d'une telle décision dans les conditions de forme et de délai de droit commun (3^e arrêt).

B. DROIT DES SOCIÉTÉS

Statuts - Modification - Augmentation des engagements d'un associé - Conditions - Consentement de l'associé - Application à la stipulation prévoyant la répartition immédiate et intégrale des pertes entre les associés (non)

Chambre commerciale 9 juin 2004 (Bull. n° 122)

Aux termes de l'article 1836, alinéa 2 du Code civil, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci.

Dans cette espèce, les statuts d'une SCI prévoyaient, d'un côté, que le bénéfice de l'exercice serait intégralement acquis à la date de clôture de l'exercice et réparti entre les associés proportionnellement au nombre de leurs parts sociales, sous forme d'inscription en compte courant, de l'autre, que les pertes, s'il en existait, seraient supportées également, immédiatement et intégralement et seraient réparties entre eux. Se prévalant de ces dispositions la SCI avait poursuivi l'un de ses associés, en paiement du montant du solde négatif de son compte courant, sur lequel avait été inscrite, pendant plusieurs années, la quote-part des pertes de la société lui revenant. L'associé s'était opposé à ce paiement en invoquant le fait qu'il n'avait pas voté les dispositions en cause et que ce mode de répartition des pertes aboutissait à augmenter ses engagements sans son consentement.

La chambre commerciale a considéré par cet arrêt qu'un tel procédé n'était pas contraire à l'article 1836, alinéa 2 du Code civil, lequel ne règle que les conditions auxquelles doivent satisfaire les décisions modificatives des statuts, mais non celles relatives aux décisions prises conformément à ces derniers.

C. DROIT DE LA CONCURRENCE

1. Conseil de la concurrence - Procédure - Prescription - Pouvoirs d'enquête - Egalité des armes - Entente illicite - Appréciation

Chambre commerciale, 13 juillet 2004 (Bull. n° 163)

Dans un arrêt du 5 octobre 1999 (Bull. n° 159), la Cour de cassation avait cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant prononcé des sanctions pécuniaires contre différentes entreprises de travaux publics convaincues d'avoir mis en oeuvre des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 alors en vigueur, au motif que le rapporteur du Conseil de la concurrence, chargé d'instruire les faits dénoncés au Conseil, avait assisté au délibéré de celui-ci, en méconnaissance du principe de l'égalité des armes.

A nouvelle saisie, la cour d'appel de Paris, autrement composée, a annulé la décision du Conseil de la concurrence, examiné les griefs notifiés aux entreprises mises en cause et prononcé des sanctions pécuniaires.

Le nouveau pourvoi formé par les entreprises sanctionnées a permis à la chambre commerciale, économique et financière de trancher de nouvelles questions de droit, nées des particularités factuelles et procédurales de cette affaire, relative à des pratiques commises à l'occasion d'opérations de travaux publics de dimension nationale.

L'arrêt commenté a une nouvelle fois rappelé, selon une jurisprudence, constante, (Com, 30 mai 2000, Bull. n° 112 ; Com, 4 décembre 2001, Bull. n° 193) que la cour d'appel de Paris tient de la

combinaison de l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L 464-8 du Code de commerce et de l'article 561 du nouveau Code de procédure civile, le pouvoir de statuer en fait et en droit sur les griefs notifiés après l'annulation de la décision du Conseil.

La Cour de cassation s'est à nouveau prononcée sur l'usage par le Conseil de la concurrence, de la faculté qui lui est offerte par l'article 9, alinéa 1^{er}, du décret du 19 octobre 1987, de présenter dans la procédure de recours contre sa décision des observations écrites. La régularité conventionnelle de cette particularité procédurale est critiquée, à la lumière de l'interprétation qu'a faite la Cour européenne d'une faculté analogue conférée à une juridiction suisse dans un arrêt Nideröst-Huber c/ Suisse du 27 janvier 1997 (requête n° 610-698). La Chambre commerciale avait déjà examiné cette question dans un arrêt du 27 janvier 1998, Bull. n°42. Elle a précisé à l'occasion de la présente affaire qu'en elle-même, la faculté offerte au Conseil de la concurrence, ne portait pas atteinte aux droits de l'entreprise poursuivie à un procès équitable, dès lors qu'elle dispose de la faculté de répliquer par écrit et oralement à ces observations qui lui sont communiquées. Il appartient donc à la cour d'appel de s'assurer au cas par cas de ce que l'usage effectif de ce droit ne méconnaît pas les règles du procès équitable, ce qui pourrait être par exemple le cas, si au soutien de sa décision, le Conseil de la concurrence avançait des éléments nouveaux qui n'auraient pas été discutés dans la procédure suivie devant lui. Dans l'affaire commentée, aucun élément de cette sorte n'était invoqué de sorte que le grief, qui ne faisait que contester le principe de l'usage de cette faculté, ne pouvait prospérer.

La chambre commerciale a ensuite été amenée à examiner le moyen tiré de la prescription des faits, dès lors que plus de trois ans s'étaient écoulés entre la décision du Conseil de la concurrence et l'arrêt déféré. La chambre a décidé que l'article L 462-7 du Code de commerce selon lequel le Conseil de la concurrence ne peut connaître des faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur constatation, à leur recherche ou à leur sanction, ne s'applique qu'à la procédure suivie devant lui, l'acquisition de la prescription devant être vérifiée à la date où le Conseil se prononce sur les faits dont il est saisi. La Chambre a ainsi complété sa jurisprudence relative au régime de la prescription applicable aux procédures suivies devant le Conseil de la concurrence, après avoir, dans un arrêt du 8 juillet 1997, (Bull. n° 220) considéré que ce délai de trois ans courait y compris après la saisine du Conseil, au sens de l'article L 462-5 du Code de commerce si aucun acte interruptif n'avait été fait entre cette saisine et la date à laquelle le Conseil statuait sur les faits dont il avait été saisi, et après avoir jugé que la prescription résultant de l'article L 462-7 du Code de commerce ne pouvait être suspendue (Com, 17 juillet 2001, Bull. n°144, et Com, 26 février 2002, Bull. n°42).

Le déroulement de la procédure d'enquête, antérieure à la saisine du Conseil, faisait également l'objet de différentes critiques. Il était spécialement reproché à l'arrêt déféré d'avoir tenues pour régulières les opérations de visites et de saisies effectuées sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 alors applicable, alors que les entreprises soutenaient que les pièces saisies l'avaient été en dépassement du champ de l'autorisation accordée. Ainsi qu'une précédente étude¹ l'a montré, la jurisprudence a évolué sur la question du principe de spécialité, en admettant que l'administration, qui n'a soupçonné au départ un entente qu'à propos de certains marchés, qu'elle a expressément visés dans sa demande d'autorisation, puisse se saisir de documents se rapportant à d'autres marchés, pourvu que les marchés en question soient contaminés par les mêmes agissements. La cour d'appel de Paris, pour rejeter ces griefs, s'est appuyée sur les termes des ordonnances d'autorisation, qui visaient des ententes présumées sur certains marchés publics précisément identifiés ainsi que "toute manifestation de cette concertation prohibée", et sur le mécanisme de compensation réciproque à l'oeuvre dans les pratiques qu'elle a relevées. En effet, la répartition de parts de marché, prohibée par l'article L 420-1 du Code de commerce, peut être mise en oeuvre sur un même marché ou entre différents marchés. Au cas d'espèce, la cour d'appel a estimé qu'un tel mécanisme était à l'oeuvre dans les différents marchés publics examinés de sorte que la régularité des opérations de visite et de saisie n'était pas critiquable et la Chambre commerciale l'a approuvée.

¹ Rapport annuel 2000, étude de Mme Mouillard

Sur le déroulement de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui faisait l'objet de nombreux griefs des entreprises, écartés par la cour d'appel approuvée en cela par la Cour de cassation, il sera seulement relevé que la cour d'appel a décidé que la seule phase de la procédure viciée par la présence du rapporteur au délibéré était le délibéré lui-même, et que cette seule présence, condamnable, n'avait pas pour effet d'atteindre l'instruction, antérieure à ce délibéré, menée par ce même rapporteur. La doctrine s'était interrogée sur cette question, une partie d'entre elle estimant que le vice affectant le délibéré du Conseil, du fait de la présence du rapporteur, devait rétroagir sur l'intégralité de la procédure suivie avant ce délibéré, dans la mesure où le principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement était nécessairement altéré par la perspective, connue du rapporteur, chargé de l'instruction de sa participation ultérieure au délibéré du Conseil. La Chambre commerciale a approuvé l'analyse de la cour d'appel de Paris, étant rappelé que la sanction de la présence du rapporteur au délibéré reposait sur la seule méconnaissance du principe de l'égalité des armes, à la différence de la sanction de la présence du rapporteur de la COB au délibéré de cette autorité, (AP, 5 février 1999, n°1) qui reposait sur la confusion des fonctions d'instruction et de jugement, le rapporteur de la COB étant membre du collège, à la différence du rapporteur du Conseil de la concurrence, qui n'est pas un membre de cette autorité.

Sur la caractérisation des faits, les différents moyens soumis à la Cour de cassation, qui pour l'essentiel ne visaient qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine, par la cour d'appel, des éléments de preuve qui lui étaient soumis, ont été écartés, à la seule exception du grief fondé sur l'existence d'une contradiction de motifs soulevé par l'une des entreprises requérantes.

En ce qui concerne la détermination des sanctions pécuniaires, la Chambre commerciale a eu à se prononcer sur une question nouvelle quant au chiffre d'affaires devant servir d'assiette à la détermination de la sanction, dès lors que certaines entreprises soutenaient que la cour d'appel, substituant sa décision à celle du Conseil de la concurrence, devait prendre en considération, non pas le chiffre d'affaires clos avant la décision du Conseil annulé, mais celui clos avant la décision de la cour d'appel. La Chambre commerciale avait déjà jugé que par dernier exercice clos, au sens de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il fallait entendre dernier exercice clos précédant la décision du Conseil de la concurrence (Com, 30 mai 1995, Bull. n°164) mais la question qui lui était alors posée était circonscrite à la durée de la procédure devant le Conseil de la concurrence. Dans la présente affaire, le moyen se prévalait de la règle générale gouvernant l'office du juge en matière de plein contentieux, selon laquelle le juge doit se placer à la date même à laquelle il se prononce, prenant ainsi en considération les changements qui ont pu affecter l'état du droit et les données de fait. Toutefois, cette solution avait pour inconvénient de subordonner l'assiette de la sanction à la durée de la procédure postérieure à la décision du Conseil et à ses vicissitudes. La Chambre a approuvé la solution retenue par la cour d'appel, considérant que se replacer au moment où le Conseil avait statué, fût-ce irrégulièrement, c'était reconstituer la situation qui aurait dû prévaloir si le Conseil avait statué selon une procédure régulière. Cette solution a aussi pour effet de rendre "neutre", en ce qui concerne la détermination de l'assiette de la sanction, l'exercice des voies de recours, sans qu'il puisse être spéculé sur l'évolution de cette assiette pendant la durée de la procédure.

2. Conseil de la concurrence - Principe de l'autonomie procédurale - Application

Chambre commerciale, 14 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-17.012)

Saisie d'une décision de refus du Conseil de la concurrence de prononcer, sur le fondement de l'article L 464-1 du Code de commerce, des mesures conservatoires, la cour d'appel de Paris a rejeté ce recours en relevant que les pratiques visées, commises en France, susceptibles de produire des effets sur les échanges entre Etats membres mais sans que ceux-ci puissent concerner le territoire national, relevaient des seuls articles 81 et 82 du Traité CE, et qu'en conséquence, les critères d'appréciation du bien fondé des mesures conservatoires étaient ceux définis par le droit communautaire, les dispositions de l'article L 464-1 du Code de commerce devant être interprétées à la lumière de ceux-ci.

Rappelant que le principe de l'autonomie procédurale commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 81 et 82 du traité CE, de mettre en oeuvre les règles de procédure interne, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application de droit

communautaire de la concurrence, la Chambre commerciale, financière et économique a censuré cette décision.

Ce principe du droit communautaire veut qu'en l'absence de règles d'harmonisation, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de déterminer les modalités procédurales des recours destinés à sauvegarder les droits résultant pour les particuliers ou les entreprises de l'effet direct du droit communautaire.

S'agissant du droit communautaire de la concurrence, les juridictions françaises ont pleine compétence pour mettre en oeuvre les articles 81 et 82 du Traité CE, la seule réserve résultant de l'impossibilité pour elles d'exempter certaines pratiques entrant dans le champ d'application de l'article 81§3 du Traité ayant d'ailleurs été levée depuis l'entrée en vigueur du règlement I-2003 du 16 décembre 2002.

A cet égard, l'article L 470-6 du Code de commerce, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits, dispose en son alinéa premier que *“pour l'application des articles 81 à 83 du Traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispositions du présent livre, d'une part, le Conseil de la concurrence d'autre part, disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles du présent livre. Les règles de procédure prévues par ces textes leur sont applicables”*.

Or, le Conseil de la concurrence dispose du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires, dans les conditions fixées par l'article L 464-1 du Code de commerce.

Le principe de l'autonomie procédurale commandait donc au Conseil de la concurrence, ou à la cour d'appel de Paris saisie d'un recours, de prendre ou de refuser ces mesures en fonction des conditions édictées par le droit interne.

Il n'en aurait été autrement que si l'application de ce principe eût été de nature à rendre impossible ou excessivement difficile le droit communautaire matériel en cause, ici le droit de la concurrence. Or, tel n'était pas le cas, en l'état des jurisprudences comparées de la Cour de justice et de la Cour de cassation sur les conditions mises à l'application des mesures conservatoires ou provisoires par les autorités de concurrence, disposant de compétences concurrentes à cet égard. Il convient en effet de rappeler que si la Cour de justice, avant que ce pouvoir ne soit expressément consacré par l'article 8 du règlement 1/2003, a admis, dans un arrêt du 17 janvier 1989 (Camera Care, affaire 792/79), que si la Commission pouvait prononcer de telles mesures, elle ne pouvait le faire qu'après un constat *prima facie* d'infraction, la Cour de cassation a jugé pour sa part, revenant sur sa jurisprudence antérieure, que le Conseil de la concurrence pouvait prononcer des mesures conservatoires, *“même sans constatation préalable de pratiques manifestement illicites...dès lors que les faits énoncés et visés par l'instruction dans la procédure sont suffisamment caractérisés pour être tenus dans la cause directe et certaine de l'atteinte relevée”* dans son arrêt du 18 avril 2000 (Bull. n° 75), sans qu'il y ait lieu de distinguer dans l'interprétation de la portée des pouvoirs du Conseil de la concurrence, selon que la pratique en cause relève du droit communautaire ou du droit interne de la concurrence. Le Conseil n'a donc pas à être convaincu, à la différence de la Commission, d'une présomption d'atteinte raisonnablement forte aux règles de concurrence, pour prononcer des mesures conservatoires, l'obligation qui lui est faite résidant seulement dans la nécessité de constater un lien de causalité entre les faits dénoncés, lesquels doivent être établis, et l'atteinte alléguée, qui doit, en outre, répondre aux conditions édictées par l'article L 464-1 alinéa 2 du Code de commerce. La position de la Chambre commerciale issue de l'arrêt du 18 avril 2000 a vocation à conférer au Conseil de la concurrence des pouvoirs s'apparentant à ceux dévolus au président du tribunal de grande instance sur le fondement de l'article 809 alinéa 1^{er} du nouveau Code de procédure civile, en cas de dommage imminent, peu important que le caractère anticoncurrentiel des faits dénoncés puisse faire l'objet d'une *“contestation sérieuse”*.

Ainsi, de façon peut-être paradoxale, mais en raison du principe de l'autonomie procédurale, et dès lors qu'elle doit mettre en oeuvre, en application de l'article L 470-6 du Code de commerce précité,

les pouvoirs qui lui sont conférés en droit interne, l'autorité interne de concurrence dispose, en ce qui concerne le prononcé de mesures conservatoires, de pouvoirs plus souples interprétés et de nature à faciliter le prononcé de mesures conservatoires pour assurer l'effectivité du droit communautaire de la concurrence, que ceux conférés à l'autorité communautaire également chargée de l'application de ce droit. Il est certain en revanche que l'autorité interne ne peut interpréter les notions du droit matériel communautaire de la concurrence dans un sens différent de celui qui résulte de la jurisprudence de la Cour de justice, ce qui serait nécessairement censuré par la juridiction de recours sous le contrôle de la Cour de cassation.

Cette affaire a été jugée sous l'empire des dispositions en vigueur avant l'entrée en application du règlement 1-2003 précité. Il sera néanmoins observé que, sans préjuger de ce qu'aurait été la solution apportée à ce pourvoi dans le cadre du nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 du Traité CE issu de ce texte et de ceux pris pour son application, et pour tout ce qui n'est pas réglé par ce texte, le principe de l'autonomie procédurale perdure.

D. DROIT BANCAIRE

1. Réglementation bancaire

- a) Ouverture de crédit - Définition - Portée
Chambre commerciale, 21 janvier 2004 (Bull. n° 13)

Par cet arrêt, la chambre commerciale a été conduite pour la première fois à statuer sur la qualification juridique de l'ouverture de crédit au regard de celle du prêt en énonçant que : "l'ouverture de crédit est une promesse de prêt qui donne naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés par le client".

Cette question, qui divisait la doctrine, n'avait pas encore été tranchée dans son principe par la Cour de cassation, même si ponctuellement, la première chambre civile et la chambre commerciale avaient, dans des précédents, parfois admis une assimilation au sens de certains articles du code civil ou de certaines lois et dans des conditions spécifiques ; cette question se posait en des termes renouvelés et plus délicats depuis un arrêt important de la première chambre civile du 28 mars 2000 (Bull. n° 105), qui avait énoncé que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'était pas un contrat réel ; devait-on considérer que l'assimilation entre les deux notions - ouverture de crédit et prêt - pouvait être complète ?

La chambre commerciale a maintenu et donc consacré leur distinction, l'identité juridique n'étant pas, selon elle, possible entre les deux contrats ; aux termes d'une ouverture de crédit, l'établissement financier s'engage irrévocablement à mettre un crédit à la disposition de son client, ce qui est accepté par celui-ci. Il y a donc bien contrat, mais unilatéral ; c'est seulement sur l'initiative du client que ce droit sera utilisé : il demeure, pour ce dernier, une faculté onéreuse dont il usera en fonction de ses besoins ; son obligation de restituer ne naîtra qu'en cas d'utilisation et à concurrence de son montant ; à l'inverse, aux termes du contrat de prêt synallagmatique, le client s'engage immédiatement à emprunter la somme convenue qu'il devra restituer aux conditions de celui-ci.

L'ouverture de crédit est donc une promesse de prêt et non un prêt, et ce, à partir seulement de l'utilisation des fonds par le client, et sans rétroactivité, puisque la chambre commerciale a pris soin de préciser qu'elle donne naissance à un prêt à due concurrence des fonds utilisés par le client.

Les premières conséquences induites de cette qualification ont été tirées par la deuxième chambre civile, qui par un arrêt du 18 novembre 2004 (publication en cours, pourvoi n° 00-19.693), rendu après avis de la chambre commerciale, a énoncé que "l'ouverture de crédit en compte courant, à concurrence de sa partie non utilisée, ne constitue qu'une promesse de prêt à une personne dénommée. Il s'ensuit que la fraction inutilisée de l'ouverture de crédit n'est pas utilisable".

- b) Définition du compte bancaire - Critères de distinction entre le "compte" et le "sous-compte"

A la suite du décret du 4 août 1990 ayant, au lendemain de l'invasion du Koweït par les forces irakiennes, gelé les relations financières entre la France et l'Irak, la Société CED Viandes avait procédé, le 3 septembre 1990, à diverses saisies sur les avoirs détenus par les banques françaises, dont la Société générale, pour le compte de la banque irakienne Rafidain Bank ; cette saisie, dénoncée et contre-dénoncée régulièrement devait aboutir à un jugement de validité confirmé en appel (tribunal de grande instance Paris du 15 mai 1995 et arrêt de la cour d'appel Paris du 18 septembre 1998) à la suite de quoi la Société CED Viandes avait assigné la Société générale, tiers saisi, en déclaration affirmative devant le tribunal de grande instance de Paris. Le 26 février 1996, la banque déposait une déclaration dont il ressortait que la Rafidain Bank était titulaire dans ses livres, non pas d'un seul "compte", mais de 17 et qu'après compensation des soldes de ces différents "comptes" dont trois seulement étaient créditeurs, sa correspondante irakienne restait débitrice dans ses livres d'une somme de 34.726.505,51 Frs. Les parties se sont alors opposées sur la question de savoir si ces différents "comptes" constituaient les rubriques du compte unique que la Rafidain Bank avait ouvert sous le numéro 101576024 ou s'il s'agissait au contraire, comme le soutenait la Société CED de comptes autonomes insusceptibles de compensation en l'absence de convention.

Retenant que la Société générale ne démontrait pas la preuve d'une convention de fusion, qu'aucun élément n'établissait l'existence d'une interférence entre les différents "comptes", qu'il n'était pas établi que la compensation dont se prévalait la banque soit intervenue avant la saisie alors surtout qu'elle avait continué à servir des intérêts sur certains des comptes litigieux et que si "la Société générale ne justifie que de l'ouverture d'un seul compte à l'initiative de la Rafidain Bank, elle établit toutefois par la production des différents relevés qu'elle a ouvert 17 comptes qui ont fonctionné chacun de manière autonome", les juges du fond décidaient que la saisie avait porté sur les trois soldes créditeurs et condamnaient la Société générale à payer leurs montants cumulés.

C'est évidemment la Société générale qui formait pourvoi en développant deux moyens dont le premier ne manquait pas d'intérêt puisqu'il invitait à réfléchir à la notion de compte bancaire et à ses critères distinctifs.

Il arrive fréquemment que les banques soient amenées à ouvrir plusieurs comptes au nom d'un même client. Les motifs en sont multiples. Il peut s'agir de raisons professionnelles ou parce que le législateur prescrit l'affectation spéciale de certaines sommes ; le plus souvent, cette pratique résulte tout simplement de considérations subjectives liées à la volonté du client de traduire la diversité de son activité économique ou de bénéficier de certains services ou placements ; c'est notamment une facilité pour les entreprises de pouvoir isoler les diverses facettes de leurs activités dont la gestion se trouve ainsi facilitée. Ce découpage, lorsqu'il existe réellement, pose le problème de savoir si le banquier a ou non le droit de compenser les soldes, la réponse dépendant elle-même d'une autre qui est de déterminer dans quelle mesure les parties ont entendu séparer les opérations figurant sur chaque compte ou au contraire établir une balance unique de ces divers comptes. En droit français la règle est que les comptes sont, par principe, indépendants ; il existe une véritable présomption d'individualité des comptes qui, pour être renversée, suppose de démontrer l'existence d'une volonté contraire pouvant résulter d'une convention expresse ou tacite d'unité de compte aux termes de laquelle les parties conviennent que les débits et crédits des différents comptes pourront à tout moment être fusionnés pour aboutir à leur compensation générale. Mais cette hypothèse, qui suppose justement qu'il existe des comptes distincts pouvant, parce qu'ils sont distincts, être liés entre eux par convention dont la preuve doit alors être rapportée, doit être soigneusement distinguée de celle où les prétendus "comptes" indépendants ne sont en réalité que les sections, les chapitres, les subdivisions ou encore de simples cadres comptables d'un compte unique. Point n'est alors besoin de convention pour compenser les soldes de ces "sous-comptes".

La conclusion de la convention de compte implique, comme n'importe quel autre contrat, le concours de la volonté du banquier et du client. Une convention écrite n'est certes pas nécessaire mais il faut à tout le moins, qu'à un moment ou un autre la volonté des deux parties aient existé et se soient rencontrées. Dans l'espèce en cause, la cour d'appel avait elle-même relevé que la convention initiale souscrite entre la Société générale et la Rafidain Bank ne prévoyait que l'ouverture d'un seul compte. Reste

qu'elles auraient pu convenir tacitement ensuite d'ouvrir d'autres comptes indépendants du premier pour isoler tels ou tels types d'opérations ; en l'absence de convention expresse, l'existence de ces accords subséquents pouvait être recherchée par référence à la commune intention des parties, laquelle pouvait être déduite de la manière dont ces "comptes" ou "sous-comptes" avaient en réalité fonctionné à l'effet de déterminer si ceux-ci constituaient en réalité des comptes distincts ou si, au contraire, ils n'avaient jamais constitué que des parties du compte unique et général du client, dépourvus d'autonomie juridique de sorte que le banquier aurait alors été autorisé, sans avoir besoin d'un accord spécial, à en fusionner les soldes (Jurisclasseur Banque et crédit, fasc. 250, n° 3 et suivants). C'est bien au demeurant la démarche adoptée par les juges du fond. La solution impliquait donc en définitive seulement de rechercher s'ils s'étaient référés à des critères distinctifs adéquats.

Pour justifier leurs décisions respectives, le tribunal et la cour d'appel s'étaient fondés :

- sur le fait que les différents "comptes" avaient fonctionné de manière indépendante, les soldes créditeurs générant des intérêts indépendamment des soldes débiteurs, les relevés étant établis distinctement pour chacun d'eux sans que jamais le solde global ne soit calculé ;
- sur la circonstance que contrairement à ce prétendait la Société générale, la comparaison des différentes comptabilités démontrait que ces "comptes" n'avaient pas accueilli par transfert les créances douteuses et litigieuses qui ne se retrouvaient pas dans le compte dont elles auraient dû être extraites ;
- sur l'impossibilité prétendue de procéder à la compensation de soldes libellés en dollars américains ou en deutsch marks avec d'autres qui étaient libellés en francs.

Ces critères étaient-ils pertinents ?

Pour répondre à cette interrogation, il était logique de se référer aux solutions adoptées dans le domaine très voisin mais inverse de la détermination des comptes autonomes pouvant être inclus dans une convention d'unité de comptes (Jurisclasseur précité et JCP 64 II 13714), difficulté qu'il a fallu résoudre lorsqu'il s'est agi de déterminer si les parties avaient véritablement une liberté absolue pour déterminer l'objet de leur convention, notamment pour ce qui concerne certains comptes ayant des règles de fonctionnement très originales, cette originalité pouvant tenir à leur nature (comptes de dépôt ou libellés en devises) ou à leurs règles de fonctionnement spécifiques (termes, intérêts...), ou encore au fait d'être l'objet d'une réglementation impérative.

Or et pour s'en tenir aux difficultés ayant un intérêt pour la solution du litige en cause :

- il est admis que les comptes libellés en devises, qui traduisent les opérations réalisées par un commerçant en devises étrangères et donnent lieu en général à une multiplication des comptes, peuvent être pris en considération par une convention d'unité de compte : "la possibilité de fusionner ces comptes en devises n'étant guère contestable, tout au moins lorsque la convention prévoit que la balance sera établie à la suite d'une conversion comptable des devises en francs français lors de chaque établissement du solde provisoire du compte général ; en ce cas rien ne s'oppose à la fusion à tout instant des soldes des différents comptes en devises puisqu'ils seront comptabilisés dans leur équivalent en francs français" (Jurisclasseur cité, n° 56). Cet avis est partagé par le professeur Gavalda (JCP 64 précité) qui, commentant un arrêt de la cour d'appel de Paris relatif à l'exécution d'une convention d'unité de compte, indique "...ces comptes peuvent fonctionner selon une réglementation spéciale, ils peuvent être à terme ou à vue. Il n'est pas exclu, quoi qu'en pensent certains auteurs, qu'il y ait quelques distinctions juridiques entre ces différents éléments du compte général. Ces lettres peuvent en effet viser des comptes en monnaies différentes, des comptes à terme et comptes spéciaux d'avance..."

- de même il est fréquent que les conventions d'unité de compte laissent subsister l'existence d'intérêts différenciés ; certains ont estimé qu'il y avait là un illogisme fondamental (notamment Escarra et Rault) mais, indique M. Parléani, "la pratique bancaire connaît depuis toujours des taux variables et différenciés à l'intérieur d'un même compte" et une imposante doctrine n'y décèle aucune contradiction avec l'existence d'un compte unique (même fascicule, n° 58), M. Hamel (Banques et opérations de banque, p. 624) estimant, de son côté que "la non compensation des intérêts créditeurs et des intérêts débiteurs

n'empêche pas l'unité de compte de même que la compensation ne prouve pas qu'il y a compte (Voir aussi note Gavalda sous Paris, 3 décembre 1963, note précitée au JCP 1964, II, 13714, qui ne voit rien de choquant à ce que les écritures d'un seul et même compte puissent produire des intérêts différents). Messieurs Vasseur et Marin (Les comptes en banque, n° 289) ne sont pas d'un avis différent : "on a parfois douté que l'unité de comptes puisse être réalisée lorsque les comptes sont soumis à des conditions différentes....lorsque le calcul des intérêts est effectué séparément sur chaque compte ou lorsque les comptes sont tenus en monnaies différentes...il semble pourtant qu'aucune de ces circonstances n'empêche l'unité de compte...il peut très bien être convenu que toutes les écritures d'un même compte ne produiront pas les mêmes intérêts...quant à la variété des monnaies elle n'est pas inconciliable avec un compte unique... Dès lors les monnaies étrangères dont le cours est fixé chaque jour par une cote officielle, peuvent fort bien se compenser entre elles ou avec la monnaie nationale. Le jour où le solde doit être établi, le change des diverses monnaies est fait en une monnaie unique et les divers soldes se compensent entre eux à l'intérieur du compte unique...".

Ces opinions auxquelles la Chambre commerciale a adhéré devaient aboutir à une cassation pour manque de base légale dès lors qu'aucun des critères retenus par les juges du fond pour décider que les "sous-comptes" étaient en réalité des "comptes" autonomes n'était déterminant et qu'ils avaient en revanche omis la recherche essentielle qui était de savoir si ces "sous-comptes" constituaient véritablement des instruments de paiement entre la Société générale et la Rafidain Bank, seule une réponse positive à cette interrogation pouvant justifier la solution.

c) Réception des relevés de compte et présomption d'approbation des opérations y figurant - Clause contractuelle - Portée

Chambre commerciale, 3 novembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 01-16.238)

Les diverses sociétés composant le Groupe Compere-Ardenne, parmi lesquelles les Sociétés Ardico et Charco, étaient titulaires, à la Banque Populaire du Nord, de comptes bancaires fonctionnant, selon les stipulations de la convention d'ouverture de compte, sous la signature de Messieurs Jean-Pierre et Pierre Compere. Après que la Banque populaire ait, en septembre 1995, dénoncé les concours qu'elle leur avait accordés, les consorts Compere et les Sociétés Ardico et Charco l'ont fait assigner pour obtenir restitution d'une somme de 5.638.855,92 Frs représentant le montant cumulé de 24 virements exécutés par celle-ci entre septembre 1992 et juillet 1993 à partir des comptes de l'une ou l'autre des deux sociétés concernées en faisant valoir qu'ils n'avaient pas été ordonnés par l'un des mandataires autorisés, soit qu'ils aient fait l'objet d'un ordre écrit ne comportant pas la signature de ces derniers, soit qu'ils aient été demandés par le moyen du système "vidéotex" auquel les sociétés avaient adhéré. Ces demandes étaient rejetées, d'abord par le tribunal de commerce de Charleville Mézières puis par un arrêt confirmatif de la cour d'appel de Reims, laquelle se fondait, d'une part, sur l'absence de faute de la banque, d'autre part, sur l'existence, dans la convention de compte souscrite entre les parties, d'une clause stipulant qu'en l'absence de contestation dans le délai d'un mois à réception de chaque relevé de compte, le titulaire du compte était présumé avoir approuvé toutes les indications figurant sur ce relevé alors qu'en l'espèce, et n'étant pas contesté que les relevés de compte afférents aux opérations litigieuses avaient bien été adressés et reçus par leurs destinataires respectifs, les protestations avaient été émises tardivement, bien au delà du délai contractuel.

La position de la Chambre commerciale, quant à la portée du silence gardé à réception des relevés de comptes bancaires est aujourd'hui bien fixée et a été synthétisée, notamment par un arrêt du 10 février 1998 (QJ du 2 avril 1998). Il est admis qu'après réception des relevés de compte sans protestation, le silence du client fait présumer 1) que les ordres indiqués sur le relevé de compte ont bien été donnés, 2) qu'ils ont été exécutés, cette présomption probatoire et fragile n'empêchant pas, en tout état de cause, la contestation au fond de la bonne exécution des ordres donnés tant que courent les délais pour le faire, c'est à dire soit les délais convenus, soit à défaut, les délais de la prescription du droit commun et la solution valant aussi bien pour les commerçants que pour les non commerçants (Com. 10 mai 1994, 13 mai 1997 et Civ. 1, 1er juillet 1997).

La particularité du dossier était qu'il existait effectivement une clause contractuelle dont nous savons qu'elle est susceptible d'aboutir à écarter l'application des règles qui viennent d'être rappelées mais qu'elle était particulièrement mal rédigée puisqu'elle se bornait, selon ce que rapporte l'arrêt, à stipuler que le titulaire du compte était "présumé avoir approuvé toutes les indications figurant sur le relevé de compte" en l'absence de contestation dans le délai d'un mois de leur réception ; autrement dit cette rédaction, incontestablement maladroite, n'ajoutait rien aux règles générales dégagées par la jurisprudence, une présomption d'accord n'étant pas, en toute bonne logique, équivalent à un accord même s'il y a fort à parier que dans l'esprit des parties, du moins dans celui de la banque, l'objectif avait été différent Présomption d'approbation n'étant pas approbation, le client conservait encore, au delà du mois prévu par le contrat, la faculté de contester la régularité des opérations figurant sur les relevés reçus sauf à lui à rapporter la preuve d'éléments propres à démontrer son absence d'accord et quelle meilleure preuve pouvait être apportée que celle de l'absence de signature des mandataires autorisés ?

d) Envoi et réception des relevés de compte - Preuve

Chambre commerciale, 14 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-19.532)

Un client avait ouvert deux comptes bancaires à la BNP Paribas, l'un dit professionnel, l'autre dit de transit ; l'intéressé n'ayant pas respecté la limitation du découvert autorisé dont il bénéficiait, la banque avait pris l'initiative de clôturer les deux comptes dans des conditions qui n'étaient pas discutées. Un litige avait alors opposé les parties à propos notamment d'une inscription d'hypothèque garantissant le remboursement du découvert et dont la banque, bien qu'ayant été désintéressée, n'avait pas donné main levée. Le titulaire des comptes l'avait alors fait assigner à ce sujet et en avait profité pour lui réclamer le remboursement des agios ainsi que de frais et commissions qui, selon lui, lui avaient été facturés à tort sur chacun de ses comptes. Le tribunal de grande instance du Mans avait rejeté ces prétentions en retenant que les contrats de découvert professionnels mentionnaient les conditions financières applicables et que les relevés de compte adressés à M. Menage et à réception desquels celui-ci n'avait pas protesté dans le délai contractuel d'un mois dont il disposait pour ce faire, indiquaient toujours le TEG, le montant des agios prélevés et les frais de tenue de compte. Mais la cour d'appel d'Angers infirmait cette décision et jugeait au contraire que la BNP Paribas avait indûment prélevé, au moins jusqu'au 21 juin 1996 en ce qui concerne le compte professionnel, des agios et des commissions de compte et de mouvement sans convention et lui enjoignait de produire des décomptes modificatifs. Pour statuer ainsi, les juges d'appel renaient, d'une part, que le taux d'intérêt n'avait jamais été stipulé par écrit pour le second compte et qu'il ne l'avait été qu'en 1996 pour le premier, d'autre part, que si la BNP Paribas produisait les relevés qu'elle prétendait avoir adressés à M. Menage, elle ne rapportait aucune preuve de leur envoi ni de leur réception ni de la date de celle-ci de sorte que le point de départ du délai de forclusion contractuel restait indéterminé.

Le pourvoi, formé par la BNP Paribas, comportait trois moyens, le premier reprochant à la cour d'appel d'avoir modifié l'objet du litige, le deuxième concernant la question intéressante et nouvelle de la preuve de l'envoi des relevés de compte par la banque et, le troisième étant relatif aux indications figurant sur ces relevés et aux conséquences à en tirer quant à l'application ou non du TEG.

Les premier et troisième moyens étaient facilement résolus dès lors, d'une part, qu'il était évident que la cour d'appel avait effectivement modifié l'objet du litige en considérant que la BNP Paribas ne rapportait pas la preuve de l'envoi et de la réception par M. Menage des relevés de compte alors que celui-ci se bornait à contester le point de départ du délai contractuel d'un mois de leur réception dont il disposait pour les contester, et d'autre part, que si les relevés avaient bien été envoyés et reçus, il appartenait bien sûr aux juges du fond de rechercher si les mentions adéquates s'y trouvaient bien pour justifier l'application du TEG contractuel. Ce n'était là que l'application d'une jurisprudence constante depuis 1996. La réponse au deuxième moyen méritait en revanche quelque intérêt car la question posée et qui concernait la charge et le mode de preuve de l'envoi et de la réception des relevés de compte par le client, n'avait, semble-t-il, jamais reçu réponse de la Chambre commerciale même si celle-ci avait déjà statué sur des difficultés voisines, par exemple lorsqu'il s'est agi de déterminer comment la banque devait prouver qu'elle avait bien adressé à la caution l'information annuelle prévue par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984. C'est d'ailleurs en partant des réponses déjà fournies que le pourvoi a été réglé : rappelons qu'il est jugé, tant par la première Chambre civile que par la Chambre commerciale (Civ. 1, 26 avril 2000, Com.

26 octobre 1999) que “l’information de la caution constitue un fait qui peut être prouvé par tous moyens et qu’il n’incombe pas à l’établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l’information envoyée”. Il suffit donc à l’établissement de crédit de prouver qu’il a bien envoyé des informations aux cautions et c’est à celles-ci qu’il incombe de démontrer qu’elles n’ont pas reçu le document en faisant état, par exemple de présomptions permettant de faire douter de l’envoi. Quant à la preuve du contenu, elle peut résulter de la production de copies de lettres adressées (Com. 26 octobre 1999) ; à voir sur ce point JCP E 2001, p. 1278, JCP E 2000, p. 1656, RJDA 2000, n° 93). Et si ces règles n’ont jamais, semble-t-il, été appliquées directement aux relevés de compte, il faut noter que la Chambre avait tout de même déjà eu l’opportunité de rappeler qu’il appartient au client de s’inquiéter de ne pas recevoir ses relevés de compte (de Loriol, pourvoi n° Y 00 11314 à mon rapport). L’idée est donc bien que le silence du client fait présumer, non seulement qu’il approuve le contenu des relevés mais aussi qu’il les a bien reçus et que cette présomption, si elle est fragile, suppose, pour être renversée, que l’intéressé apporte des éléments de contestation sérieux et dès lors que la banque produisait les copies de ces relevés et qu’aucun élément ne permettait de douter de leur envoi à son client, la cour d’appel devait en déduire que la preuve de l’envoi et de la réception de ces documents par ce dernier était rapportée.

2. Responsabilité bancaire

a) Cautionnement - Caution- Financement d’une opération non viable - Constatations nécessaires *Chambre commerciale, 7 janvier 2004 (Bull. n° 2)*

La chambre commerciale s’est prononcée pour la première fois sur la spécificité des crédits-relais, ce qui l’a conduit à affiner, par cet arrêt, sa jurisprudence sur le fondement de la responsabilité bancaire en matière de crédit.

En matière immobilière, le crédit-relais est un crédit consenti dans l’attente de la vente d’un bien dont l’emprunteur est propriétaire ; c’est la raison pour laquelle le concours n’est remboursable en capital qu’en une seule échéance, prévue à la date de revente annoncée du bien : la bonne fin du crédit relais est assurée par le produit de sa revente.

En règle générale, lorsque l’emprunteur ou la caution invoque la responsabilité de l’établissement de crédit lors de l’octroi d’un concours, il doit établir que la banque aurait eu des informations sur l’emprunteur et ses capacités de remboursement, que celui-ci, par suite de circonstances exceptionnelles, aurait pu ignorer ; ces critères ne sont pas ceux qui sur lesquels s’appuient les crédit-relais ; le fondement de tels crédits réside seulement dans l’analyse de la valeur du bien en attente de revente, non dans la capacité de remboursement de l’emprunteur.

La chambre commerciale a, dès lors, cassé un arrêt qui avait condamné, sur demande d’une caution, un établissement de crédit pour avoir accordé un crédit-relais à un marchand de bien en considération des seules garanties hypothécaires et non au regard des facultés de remboursement de la société ou de ses perspectives de croissance, ignorées par la banque : la chambre commerciale a énoncé que l’arrêt aurait dû constater, pour retenir la responsabilité de l’établissement de crédit, que l’opération de crédit était dépourvue de viabilité.

b) Blanchiment des capitaux - Opération importante - Vigilance - Finalité - Définition *Chambre commerciale 28 avril 2004 (pourvoi n° 02-15.054)*

La victime d’une falsification d’un chèque, non apparente, et qui ne peut, sur ce fondement, obtenir des dommages-intérêts de sa banque, pouvait être tentée d’en obtenir en se prévalant de la méconnaissance par l’établissement financier de son obligation renforcée de vigilance instaurée par l’article L. 563-3 du Code monétaire et financier dans le cadre des dispositions visant à lutter contre le blanchiment.

Par cet arrêt, la chambre commerciale a mis un point final, par un moyen de pur droit, aux interrogations de la doctrine et des juges du fond, en énonçant que ce texte, relatif à des opérations qui se présentent dans des conditions inhabituelles et ne paraissant pas avoir de justifications économiques ou

d'objet licite, n'a pour seule finalité que la détection portant sur des sommes en provenance du trafic des stupéfiants ou d'activités criminelles organisées.

La méconnaissance de leur examen particulier est sanctionnée disciplinairement ou administrativement par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire, et seul le service institué à l'article L. 562-4 du Code monétaire et financier et l'autorité de contrôle peuvent obtenir communication des pièces qui se rattachent à ces opérations : ces informations ne peuvent être recueillies à d'autres fins que celles prévues au titre de la lutte contre le blanchiment des capitaux.

Il en résulte que la victime d'agissements frauduleux en peut se prévaloir de l'inobservation d'obligations résultant de ces textes pour réclamer des dommages-intérêts à l'établissement financier : les diligences renforcées prévues par ces dispositions d'ordre public, qui dérogent au principe de non-ingérence, n'ont pas été édictées pour la satisfaction d'intérêts privés ; elles ne relèvent que de la protection de l'intérêt général.

c) Cession Dailly - Sous-traitance et responsabilité de la banque cessionnaire
Chambre commerciale, 26 mai 2004 (Bull. n° 102)

Après s'être vue confier, par la Société Sochata Snecma devenue la Société Snecma Services, deux marchés de fourniture portant sur la réalisation d'équipements industriels, la Société Farkas Engineering avait sous-traité une partie de ces prestations à la Société Sodistal devenue la Société Ateliers de la Chaînette ; le 2 avril 1990, la Société Farkas Engineering, qui n'avait pas réglé son sous-traitant en dépit de la mise en demeure que celui-ci lui avait adressée le 23 mars précédent, était placée en redressement judiciaire ; se prévalant de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, la Société Sodistal réclamait alors, mais en vain, paiement au maître de l'ouvrage, celui-ci ayant, à cette date, déjà réglé le montant des factures concernées, à la BNP, laquelle, par bordereau du 17 octobre 1989, était devenue cessionnaire "Dailly" des créances de la Société Farkas Engineering sur la Société Sochata Snecma ; la Société Sodistal assignait néanmoins en paiement la Société Sochata Snecma sur le fondement de l'action directe ; elle obtenait partiellement satisfaction devant le tribunal de commerce de Nanterre ; c'est alors que, devant la cour d'appel de Versailles, sans doute convaincue de l'inanité de son action dès lors qu'il se confirmait que le maître de l'ouvrage n'avait plus de fonds disponibles à la date où elle avait exercé l'action directe, la Société Ateliers de la Chaînette s'avisait, notamment, d'attirer en la cause la BNP en sa qualité de cessionnaire de la créance litigieuse, lui reprochant d'avoir souscrit cette cession sans se préoccuper du point de savoir si la Société Farkas Engineering avait ou non sous-traité les prestations en cause et dans l'affirmative, si elle avait fourni caution cependant qu'elle formait contre la Société Sochata, alors aux droits de la Société Sochata Snecma, une demande additionnelle fondée sur l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 en faisant valoir qu'elle aurait dû mettre son entrepreneur principal en demeure de satisfaire aux obligations que lui imposaient les articles 3, 5 et 6 de cette même loi. Par deux arrêts des 8 janvier 1998 et 26 novembre 1998, la cour d'appel de Versailles rejetait toutes les prétentions du sous-traitant en tant qu'elles concernaient le maître de l'ouvrage mais en revanche, retenait que la BNP avait engagé sa responsabilité en négligeant de s'assurer de l'existence d'un cautionnement en faveur du sous-traitant et privé ce dernier de sa garantie de paiement et la condamnait à payer à la Société Ateliers de la Chaînette une certaine somme à titre de dommages-intérêts.

Ces deux arrêts étaient cassés, le 20 décembre 2000, par la 3ème Chambre civile de la Cour de Cassation, la cour d'appel se voyant reprocher d'avoir statué par des motifs insuffisants à exclure la qualification de travaux du bâtiment alors que celle-ci était le préalable nécessaire à l'application de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975.

La cour d'appel de Paris, désignée comme cour de renvoi, statuait dans le même sens que la cour d'appel de Versailles par arrêt du 19 juin 2002 ; estimant, comme l'avait fait la cour d'appel de Versailles, que les travaux exécutés par la Société Sodistal ne rentraient pas dans le champ d'application de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, elle ordonnait restitution par celle-ci des sommes versées par la Société Sochata Snecma à la Société Snecma Services (nouvelle dénomination de la société Sochata) en exécution du jugement du tribunal de commerce de Nanterre ; elle confirmait, par ailleurs, que la banque

avait bien commis une faute en s'abstenant de s'assurer, avant de consentir à la cession des créances litigieuses, que le cédant dont elle savait qu'il sous-traitait la plus grande partie des travaux qui lui étaient confiés, avait satisfait à son obligation de fournir un cautionnement en faveur de ce sous-traitant et condamnait en conséquence la BNP à payer le préjudice subi par le sous-traitant.

Cet arrêt était frappé de deux nouveaux pourvois formés respectivement par la Société Ateliers de la Chaînette et la BNP Paribas, l'un relatif à la question de savoir si les travaux litigieux étaient ou non des travaux du bâtiment qui ne fait pas l'objet de ce commentaire, l'autre à la responsabilité de la banque et posant, dans des termes dont la Chambre commerciale n'avait jamais eu à connaître, le problème de savoir si celle-ci pouvait, en l'espèce, être recherchée sur le terrain de l'article 1382 du Code civil.

Rappelons, pour comprendre quelle était la difficulté, quelques règles élémentaires : lorsque le maître de l'ouvrage est une personne privée, le sous-traitant bénéficie contre lui d'une action directe pour le paiement des sommes lui restant dues ; l'exercice de cette action suppose l'envoi au maître de l'ouvrage de la copie de la sommation faite à l'entrepreneur principal de payer les montants dus ; à partir de ce moment, ce maître de l'ouvrage ne peut plus se libérer valablement entre les mains du titulaire du marché ; il est tenu, dans le délai d'un mois de la mise en demeure demeurée inefficace, de payer sa dette directement au sous-traitant, dans la limite évidemment, du montant de la créance du sous-traitant envers son cocontractant et des sommes dont lui-même, maître de l'ouvrage, demeure redevable envers l'entrepreneur principal ; mais cette garantie, ainsi accordée au sous-traitant, peut se révéler inefficace si l'entrepreneur principal a déjà disposé de l'intégralité de sa créance contre le maître de l'ouvrage au mépris des droits de son sous-traitant, par exemple en mobilisant cette créance auprès d'un établissement bancaire, au moyen d'une cession de créance ; c'est pour pallier ce danger que les lois des 2 janvier 1981 et 24 janvier 1984 sont venues modifier la loi du 31 décembre 1975 pour interdire à l'entrepreneur principal de céder les créances dont il est titulaire à l'égard du maître de l'ouvrage au titre des travaux qu'il n'a pas exécutés personnellement à moins qu'il ne fournisse un cautionnement bancaire garantissant le paiement du sous-traitant (article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 modifié par les lois du 2 janvier 1981 et du 24 janvier 1984). Restait à préciser, ce que la loi n'avait pas fait, la sanction d'une transgression éventuelle de cette interdiction dans le cas, par exemple d'une cession Dailly dont on sait qu'elle prend effet entre les parties et à l'égard des tiers, à la date du bordereau. On s'était demandé si cette sanction était la nullité d'ordre public de la cession de créance correspondant à la partie sous-traitée (par exemple, Vasseur D 1988, somm p. 282).

Dans des arrêts de principe du 22 novembre 1988, la Chambre commerciale a tranché cette difficulté en jugeant qu'en cas de conflit entre la banque cessionnaire et le sous-traitant voulant l'un et l'autre se faire payer par le maître de l'ouvrage, la préférence allait au sous-traitant sans qu'il y ait lieu de considérer les dates respectives du bordereau, de la notification ou de l'exercice de l'action directe ; la cession par l'entrepreneur principal de l'intégralité des créances nées du marché est inopposable au sous-traitant pour sa part correspondant aux fournitures et services assurés par celui-ci ; tirant toute conséquence de cette solution, la Chambre a encore jugé dans d'autres arrêts (26 avril 1994, 16 mai 1995) que l'inopposabilité peut être invoquée par le sous-traitant même s'il exerce l'action directe après le paiement effectué par le maître de l'ouvrage ; elle lui permettra dans ce cas de se faire restituer par le banquier, que celui-ci ait ou non commis une faute en consentant à la cession litigieuse, la somme correspondant à la part de son marché sous-traité.

Alors que ces principes sont aujourd'hui bien acquis, la Société Ateliers de la Chaînette a, curieusement choisi d'agir contre la BNP Paribas sur le fondement de l'article 1382 du Code civil là où il lui aurait suffi de se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte lui faisant grief (exemple sans doute de ce que M. Henri Mazeaud décrivait comme étant "l'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile" D.H 1935, chr. p. 5). Il faut observer que la démarche n'était peut-être pas neutre au niveau des demandes qu'elle pouvait former : dans un cas, le sous-traitant ne peut évidemment réclamer à la banque que les sommes reçues par celle-ci du débiteur cédé au titre des travaux sous-traités, dans l'autre, il est fondé à obtenir réparation de l'entier préjudice résultant de la cession ce qui, selon les circonstances, peut ne pas être exactement la même chose. Mais pouvait-on admettre cette substitution de

fondement ? Pour répondre à cette interrogation, il fallait en réalité analyser les concepts d'opposabilité et d'inopposabilité.

“L'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat”. C'est “un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à la méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties” (Les effets du contrat, de Ghestin, Jamin et Billiau, 3^{ème} édition, n° 724). Il est admis, en effet, depuis longtemps que la formule de l'article 1165 du Code civil, selon laquelle “les contrats ne nuisent point aux tiers” et, en principe, “ne lui profitent pas” ne doit pas être prise à la lettre. S'il est vrai que le contrat ne fait naître d'obligations que pour les parties, et ne rend, en principe, les tiers ni débiteurs ni créanciers, il est en revanche opposable aux tiers et par les tiers ; ceux-ci ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été passé ; ils sont tenus de respecter les droits et les obligations qui en résultent et peuvent aussi se prévaloir de la modification de la situation juridique opérée par l'accord contractuel. Cependant, en dépit de ce principe unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence bien qu'il ne figure nulle part dans le Code civil, il arrive qu'un acte, valable et obligatoire entre les parties, soit inopposable à une personne, c'est à dire que cette personne ait le droit de ne pas en connaître l'existence ; dans ce cas, l'acte n'est pas nul, mais les contractants ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des tiers ou de certains tiers parce que ceux-ci ont, par exemple, besoin d'être protégés ou parce qu'il semble nécessaire de les favoriser (Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Thèse, 1929, par M. Bastian) ; ainsi de ceux qui ont besoin de connaître un acte dont la loi ordonne, à cet effet, la publication. La sanction du défaut de publication est, non la nullité, mais l'inopposabilité de l'acte aux tiers, ainsi encore des ventes ou cessions consenties par un débiteur en fraude des droits de son créancier ou des actes accomplis par le débiteur en période suspecte... L'inopposabilité constitue ainsi la sanction négative, donc exceptionnelle, d'une imperfection contemporaine à la formation de l'acte juridique, qui, contrairement à la nullité, n'affecte pas les relations entre parties. Les tiers ou certains tiers sont seuls à pouvoir ignorer l'acte concerné ; ces tiers, qui vont ainsi pouvoir ignorer l'acte frappé d'inopposabilité à leur égard peuvent-ils choisir de délaisser ce terrain en préférant rechercher la responsabilité du ou des contractants responsables de ce qui justifie l'inopposabilité dont ils bénéficient ?

Il est sûr que, souvent, l'inefficacité à laquelle aboutit l'inopposabilité, est accordée à l'encontre de personnes peu intéressantes auxquelles on peut faire grief de vouloir frustrer autrui par des actes frauduleux. Il en est ainsi, par exemple en matière de contre-lettre ou même d'inopposabilités de forme ; la loi donne aux parties le moyen de rendre leurs actes opposables erga omnes ; si elles ne remplissent pas les formalités voulues, elles sont à l'origine de leur propre préjudice et ne méritent guère de considération ; on a même été si loin dans cette voie que certains ont dit que les parties encouraient une véritable responsabilité et que l'inopposabilité n'était qu'une application du principe posé par l'article 1382 du Code civil (à voir sur ce point la thèse de M. Bastian ci-dessus évoquée, p. 315). Mais ainsi que le fait observer ce dernier, d'une part, l'acte inopposable sera, bien souvent, licite en lui-même, d'autre part, et à supposer même que l'acte soit illicite, la sanction de la faute retenue ne pourrait être normalement que pécuniaire (article 1142 du Code civil). Enfin et surtout, l'article 1382 a un caractère réparateur ; il suppose que le fait dommageable s'est déjà accompli et qu'il doit y être remédié alors que l'inopposabilité a un caractère préventif ; elle n'a pas pour but d'assurer la réparation d'un préjudice déjà causé mais de l'empêcher de se produire ; la suppression des effets de l'acte susceptibles de nuire aux tiers met préventivement obstacle à la réalisation du dommage. Ainsi en matière d'action paulienne un auteur cité par M. Bastian a pu écrire “par l'action paulienne, cette faute reçoit une sanction qui, au lieu d'être purement réparatrice, comme le serait une indemnité versée par le tiers acquéreur et laissant subsister son droit absolu sur la chose acquise, revêt, au moins en droit, un certain caractère préventif. Le tiers ne réparera pas le préjudice causé par son acquisition, car c'est cette acquisition même, effet de la cession attaquée, que l'on empêche d'exister vis à vis des créanciers”.

On voit donc bien que la situation née de la nullité de l'acte (sanction plus radicale que l'inopposabilité d'une imperfection de l'acte, mais sanction comme celle-ci), est radicalement différente de celle issue de l'inopposabilité. Dans le premier cas, le dommage s'est réalisé et il s'agira de réparer ce que l'annulation laissera subsister de préjudice ; la victime d'un dol pourra, par exemple demander, sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, à l'auteur de ce dol, réparation du préjudice que lui a causé

l'annulation (perte de temps, frais inutiles....) et il n'est certainement pas exclu non plus qu'un tiers, s'il subit des conséquences dommageables de l'annulation, puisse aussi agir en responsabilité délictuelle contre l'auteur de son dommage comme il peut aussi le faire lorsque c'est l'exécution du contrat et non son annulation qui a causé le préjudice. Dans le second, le dommage ne s'est pas en théorie, du moins, réalisé de sorte que l'une des conditions d'application de l'article 1382 du Code civil fait défaut et s'il n'est pas exclu, bien sûr, que le tiers subisse malgré tout un préjudice de la situation créée par les contractants, ce préjudice ne sera jamais la conséquence de l'acte inopposable lui-même mais seulement celui né des conditions dans lesquelles il réussira ou non à obtenir des contractants qu'ils admettent l'inopposabilité lui bénéficiant et en tirent les conséquences, ce qui pourrait se produire, par exemple, si la banque refusait de restituer les sommes afférentes aux prestations sous-traitées, obligeant le sous-traitant à agir en justice ou se révélait dans l'incapacité de le fairemais il s'agira alors d'un débat entièrement différent.....

d) Responsabilité bancaire et bourse - Devoir de conseil - Limites

Chambre commerciale, 14 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-13.638)

L'espèce soumise à la Chambre commerciale a donné à celle-ci l'occasion de rappeler, en les précisant, les obligations du banquier servant d'intermédiaire pour la réalisation d'opérations en bourse. Le client avait, en l'espèce, par l'intermédiaire de la Caisse Régionale de Crédit Agricole du Morbihan où il avait ouvert plusieurs comptes et notamment un compte de titres, passé, à partir de la fin de l'année 1991, de nombreux ordres sur le Marché des Options Négociables de Paris le Monep. Bénéficiaires au moins jusqu'en 1995, ces opérations devaient en revanche commencer à générer des pertes courant 1997 et le 21 février 1997, l'établissement de crédit, avait, pour la première fois, invité son client à compléter la couverture déposée sur le compte, ce que celui-ci avait fait en liquidant un plan d'épargne-logement. Par la suite et jusqu'à la clôture du compte, les insuffisances de cette couverture dont l'intéressé était régulièrement informé par les relevés qui lui étaient adressés, devaient être comblées par débit de son compte à vue. Le 28 octobre 1997, la Caisse Régionale de Crédit Agricole du Morbihan enjoignait à son client de dénouer ses positions au moment le plus favorable et cette liquidation intervenue à la fin de l'année 1997 faisait apparaître un solde débiteur de 371.611,84 Frs. C'est dans ces circonstances qu'en novembre 1998, le titulaire du compte faisait assigner le Crédit Agricole pour qu'il soit déclaré responsable de ces pertes, estimant que celui-ci avait manqué à son obligation d'information, notamment pour ne pas lui avoir remis, lors de l'ouverture du compte et des premières opérations, les notes d'information visées par la COB et contenant les explications nécessaires à la compréhension du fonctionnement du Monep et à ses risques, ne pas lui avoir adressé les relevés de couverture avant 1997 et ne pas avoir liquidé d'office ses positions lorsqu'il avait constaté, dès le 31 octobre 1996, qu'elles étaient insuffisamment couvertes. Les juges du fond rejetaient ces prétentions en retenant, d'abord, que l'intéressé avait reçu la note d'information visée par la COB le 25 août 1992 et qu'il ne démontrait pas que l'absence d'information entre 1991 et 1992 lui avait causé préjudice, ensuite qu'il n'était pas fondé, en sa qualité de donneur d'ordre, à se prévaloir de la règle résultant de l'article 4.6.10 du Règlement général du Conseil des bourses de valeur laquelle avait été instituée dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché et qu'au surplus, rien n'établissait que ses pertes eussent été moindres si la liquidation était intervenue dès le 31 octobre 1996, enfin, s'agissant du défaut de remise des relevés de couverture, que ceci avait certes constitué une faute de l'établissement de crédit mais que, le client, qui s'était toujours abstenu de réclamer ces documents, ne pouvait pas avoir pâti de ce manquement, alors que, dûment informé des exigences relatives à cette couverture à partir de mars 1997, il n'en avait pas moins continué à multiplier les opérations sans tenir compte des risques encourus et qu'en outre, le Crédit Agricole n'avait plus "d'obligation particulière de mise en garde vis à vis de son client dès lors que ce dernier, qui avait pratiqué depuis six années plusieurs centaines d'opérations sur le Monep, n'était pas un profane mais un opérateur devenu averti, régulièrement et complètement informé..".

Le pourvoi critiquait les différents volets de cette motivation.

Il faut rappeler ici que le Marché des Options Négociables dit "Monep" confère à l'acquéreur de l'option la faculté d'acquérir (option d'achat ou call) ou de vendre (option de vente ou put), pendant une certaine période, une certaine quantité de titres à un cours convenu qui est celui pratiqué sur le Marché à terme ferme lors de la signature du contrat. Le développement de ce marché Monep, très technique et très

complexe, s'est accompagné de la mise au point de règles destinées à la protection des investisseurs et notamment à leur information à laquelle les intermédiaires doivent apporter un soin particulier. C'est ainsi, par exemple, que le règlement 92-01 de la COB fait défense aux intermédiaires opérant sur le Monep de recevoir des ordres ou des fonds de leur client avant qu'un délai de 7 jours ne se soit écoulé depuis la remise d'une note d'information retournée signée par le client. Ce règlement, qui n'était pas encore en vigueur lorsque l'auteur du pourvoi avait donné ses premiers ordres en 1991, avait été précédé d'un autre, n° 87-03, prévoyant déjà la remise d'une note d'information qui avait été établie par la Chambre Syndicale des agents de change et était visée par la COB. En dehors de cette note initiale, l'information des donneurs d'ordre passe aussi par l'envoi des avis d'opéré ou des relevés de compte ainsi que dans l'exigence d'une couverture suffisante, étant rappelé, à ce sujet², que si la constitution d'une couverture préalable est une obligation pour le prestataire de service d'investissement et suppose de vérifier son existence non seulement lors de la passation de l'ordre mais aussi au cours de la vie de la position (voir sur toutes ces questions, Vauplane, n° 556 et suivants), ce dispositif n'a été conçu que comme un mécanisme de garantie destiné à protéger l'intermédiaire financier en cas de défaillance du client de sorte qu'il était très vite décidé tant par la Première Chambre de la Cour de cassation que par la Chambre commerciale que le décret de 1890 étant un texte de portée générale, son inobservation par l'agent de change n'autorisait pas le donneur d'ordre à s'en prévaloir, à quelque titre que ce soit, cette solution étant réaffirmée, même après l'abrogation du décret de 1890, par un arrêt du 2 décembre 1997 (Bull n° 314), rendu sous l'empire de la loi de 1988, où il était rappelé que la réglementation relative à la couverture n'avait été édictée que dans l'intérêt de l'intermédiaire.

Il demeure cependant que la couverture participe au devoir d'information de l'intermédiaire à l'égard de son client relativement aux risques encourus sur les marchés à terme. Procédant en effet de cette volonté de préserver au maximum les opérateurs des dangers de la spéculation, la jurisprudence a aussi analysé la règle de la couverture, bien qu'édictée dans le seul intérêt des intermédiaires qu'il s'agissait de protéger de l'insolvabilité du client, comme également protectrice des opérateurs, en décidant que sa finalité était aussi de rappeler à ce dernier, l'étendue du risque encouru. Ainsi, si le donneur d'ordre ne peut se prévaloir d'un défaut de couverture pour se soustraire à ses engagements, il peut en revanche se fonder, de ce chef, sur un manquement de la banque à son obligation de conseil, laquelle s'exécute aussi en exigeant la couverture réglementaire (Com du 21 mars 1990 : "l'appel à la couverture constitue pour le client l'occasion de recevoir un renseignement nécessaire, voire une mise en garde", 23 octobre 1990, RDT com 1991 p. 274, 5 nov 1991, 2 novembre 1994 précité). Quant au préjudice, il résulte de ce que, lorsque cet intermédiaire financier a manqué à son obligation d'information, le client a été privé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations qu'il a réalisées.

Reste alors que l'étendue de l'obligation d'information, de renseignement et de conseil dépend de la compétence et de l'expérience du client : si dans son arrêt précité du 5 novembre 1991 dit arrêt "Buon", la Chambre commerciale a institué, à la charge des intermédiaires boursiers, quelle que soit la nature des relations contractuelles les liant à leurs clients (mandat de gestion, dépôt ou mandats ponctuels), une obligation de mise en garde de leurs clients contre les risques des opérations spéculatives sur le marché à terme, elle a toujours exclu que le manquement éventuel de l'intermédiaire à cette obligation puisse être invoqué lorsque les clients ont déjà connaissance de ces risques. La jurisprudence est demeurée constante sur ce point (Com. 23 février 1993, Bull. n° 68 ; 2 novembre 1994, Bull. n° 319 ; 10 décembre 1996, QJ du 20 février 1997, second arrêt Buon du 27 janvier 1998, Bull n° 41 et note au QJ du 10 mars 1998 et arrêt Karouby du 22 mai 2001). L'intermédiaire, ainsi débiteur d'une obligation contractuelle d'information et de conseil portant sur les risques inhérents à la réalisation d'opérations en bourse, a la charge de rapporter la preuve que ces obligations ont été exécutées ; mais le dit intermédiaire peut éluder sa responsabilité en apportant la démonstration que le titulaire du compte de titres avait la maîtrise des opérations initiées sur son compte et qu'il était parfaitement conscient des risques et pertes qu'elles pouvaient entraîner. A déjà

² S'agissant de cette couverture, nous savons que le décret du 7 octobre 1890, qui a été abrogé par la loi n° 88-70 du 22 janvier 1988 et le Règlement général du Conseil des Valeurs de Bourse, ont été remplacés par de nouvelles dispositions qui ont été insérées dans le Règlement général du Conseil des Marchés Financiers, qui sont applicables à tous les prestataires de services d'investissement et définissent les principes généraux de couvertures sur les marchés réglementés ainsi que les possibilités de liquidation d'office.

été considéré comme étant “averti” un investisseur ayant l’habitude de passer des ordres très spécifiques et en nombre important d’opérations en bourse ou celui qui justifie d’une expérience professionnelle et de connaissances techniques en matière financière ou encore celui qui a acquis une bonne expérience boursière dans les mois précédents.

En l’espèce, le jugement et l’arrêt relevaient que le client avait passé, entre 1991 et 1997, plusieurs centaines d’ordre sur le Monep et ces constatations permettaient certainement de dire que l’intéressé, à supposer qu’il ne l’ait pas déjà été en 1991, était en tous cas devenu très vite un opérateur très averti de ce type de marché. Dès lors, il devenait facile de répondre aux deux questions essentielles du pourvoi, la première étant celle de savoir s’il est possible au donneur d’ordre d’imputer à faute à l’intermédiaire des manquements à l’obligation initiale d’information de ce dernier alors que le dit donneur d’ordre se livre depuis longtemps à des opérations spéculatives sur le marché à terme et qu’il prétend faire supporter par celui-ci la conséquence d’opérations désastreuses survenues plusieurs années plus tard et, la seconde, de déterminer si ce donneur d’ordre pouvait ou non reprocher au Crédit Agricole ses manquements éventuels relativement à l’exigence de couverture.

Notre opérateur, qui se livrait depuis longtemps à des opérations spéculatives sur les marchés à terme, ne pouvait sérieusement prétendre imputer à l’intermédiaire les pertes qu’il avait subies à l’occasion d’opérations désastreuses en se prévalant d’éventuels manquements antérieurs à l’époque où il est devenu un opérateur averti (les juges du fond rappelaient en effet que les opérations avaient été créditrices jusqu’en 1996 alors que les pertes avaient été consécutives à deux opérations spéculatives effectuées en 1997, à une époque où, depuis 1991, l’opérateur avait largement eu le temps d’acquérir l’expérience nécessaire). Et à supposer, ce qui semble bien être avéré, que la Caisse Régionale de Crédit Agricole du Morbihan ait manqué à son obligation d’information lors de l’ouverture du compte puis dans les premiers temps de l’activité boursière de son client, ces fautes ne pouvaient pas être à l’origine des pertes éprouvées six années plus tard alors que l’établissement de crédit n’avait plus de devoir d’information. Et dès lors que la Caisse n’avait plus de devoir d’information, il s’en déduisait naturellement que son client ne pouvait pas non plus se prévaloir des règles relative à la liquidation des positions en cas d’insuffisance de couverture dont la transgression ne peut être invoquée que dans la mesure où, précisément, leur transgression a participé à son défaut d’information. Ces observations devaient conduire au rejet du pourvoi.

3. Intérêts

*Intérêts conventionnels - Paiement - Défaut de protestation au reçu des relevés de compte - Portée
Chambre commerciale, 18 février 2004 (Bull. n° 38)*

Il pouvait être tentant pour un emprunteur, et ce fut le cas en l’espèce, afin d’échapper à la prescription quinquennale qui s’attache aux actions en nullité, de soutenir qu’en l’absence d’une stipulation écrite du taux d’intérêt, sa demande de restitution de la différence entre les intérêts payés et ceux dont il aurait été redevable, en cas de calcul au taux légal, n’impliquait pas, même tacitement, une action en nullité de la stipulation litigieuse.

Sa demande devait, selon lui, être analysée en une simple action en répétition de l’indu, dont la prescription est trentenaire ; l’emprunteur se fondait sur la théorie de l’inexistence des actes juridiques, selon laquelle, en cas d’inobservation des conditions de forme auxquelles un acte litigieux est soumis, pour sa validité, et non à titre de preuve, le vice dont il est affecté a pour effet de le rendre, de plein droit, inexistant.

La chambre commerciale a rejeté une telle analyse ; elle a entendu rappeler que le défaut de respect de l’article 1907 du Code civil, qui exige que le taux d’intérêt conventionnel soit écrit, était, pour les découverts en compte courant, sanctionné par la nullité du taux contractuel, et s’est prononcé en ces termes :

“La reconnaissance de l’obligation de payer des intérêts conventionnels afférents au solde débiteur d’un compte courant peut, en l’absence d’indication dans la convention d’ouverture de compte courant, résulter de la réception sans protestation ni réserve, par l’emprunteur, des relevés de compte indiquant les taux des

intérêts. Dès lors, la demande en restitution d'un trop-perçu soulève nécessairement la nullité des dispositions contractuelles concernant le taux de ces intérêts et s'éteint si elle n'a pas été exercée pendant cinq ans à compter de la reconnaissance de payer ces intérêts conventionnels”.

E. PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

1. Marques

- a) Eléments constitutifs - Domaine d'application - Forme caractéristique du produit - Conditions
Chambre commerciale, 21 janvier 2004 (Bull. n° 14)

La Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a été amenée à préciser les conditions de validité de marques constituées par la forme d'un produit. Quoique statuant sous l'empire de la loi du 31 décembre 1964, cette décision s'inspire de la jurisprudence communautaire (notamment C 299/99 Koninklijke Philip Electronics c/ Remington Consumers) pour prescrire, au regard de l'examen de validité, de rechercher si la marque contestée n'est attribuable qu'au résultat technique recherché, peu important l'existence d'autres formes propres à permettre l'obtention de ce même résultat.

En matière de marque, encore, un arrêt du même jour décide, par application de l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle, qu'est inopérante, au regard de la déchéance pouvant être encourue en raison du défaut d'exploitation d'une marque pour certains produits ou services, la similitude entre ceux-ci et ceux ayant fait l'objet d'une exploitation.

Il convient également d'attirer l'attention sur un arrêt du 28 avril 2004 (Bull. n° 210) qui, s'agissant d'une saisie-contrefaçon de brevet, rejoint l'approche déjà adoptée par la Première Chambre civile en matière de logiciels (6 juillet 2000, Bull. n° 210) pour interdire à la partie saisissante de choisir son propre préposé en qualité “d'expert” dans la cadre de l'article L. 615-5 du Code de la propriété intellectuelle.

- b) Dépôt d'une demande d'enregistrement de marque - Décision du directeur de l'INPI - Recours - Recevabilité
Chambre commerciale, 17 mars 2004 (Bull. n° 56)

Aux termes de l'article R. 411-25 du Code de la propriété intellectuelle, le déclarant peut, devant la cour d'appel, se faire assister par un avocat ou représenter par un avoué. La cour d'appel qui constate que la déclaration de recours a été signée par un avocat, déclare à bon droit irrecevable ce recours, dès lors que l'avocat n'a pas qualité pour représenter une partie devant elle, la violation de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne pouvant être utilement invoquée s'agissant d'un acte unilatéral destiné à saisir cette cour.

2. Certificats d'obtention végétale

Action en revendication - Prescription
Chambre commerciale, 14 décembre 2004 (pourvoi n° 02-11.448 à paraître)

Aux termes de l'article L. 623-24 du Code de la propriété intellectuelle, les dispositions de l'article L. 613-8 qui renvoient à l'article L. 611-8 du même Code, lequel dispose que l'action en revendication se prescrit par trois ans à compter de la publication de la délivrance du titre de propriété industrielle, mais qu'en cas de mauvaise foi au moment de la délivrance ou de l'acquisition du titre, le délai de prescription est de trois ans à compter de l'expiration de ce titre, sont applicables aux demandes de certificats d'obtention végétale.

F. TRANSPORTS

1. Transport aérien - Transport de personnes - Refus d'embarquement - Heure d'enregistrement - Arrivée tardive - Listing informatique - Présomption simple

lère Chambre civile, 13 juillet 2004 (Bull. n° 207)

Le transporteur aérien qui vend un billet à un client s'engage à lui fournir une place dans l'avion. Il ne peut toutefois remplir son obligation que si le passager a lui-même respecté ses propres obligations et notamment celle d'arriver avant l'heure limite prévue pour les formalités d'enregistrement.

Il lui appartient, conformément à l'article 1315 du Code civil, de rapporter la preuve de ce retard.

Pour rejeter l'action en responsabilité contractuelle intentée contre la compagnie d'aviation, la cour d'appel a retenu que le listing informatique de l'ensemble des opérations d'enregistrement du vol établissait que les passagers s'étaient présentés après l'heure limite et après que d'autres passagers sur liste d'attente eurent été embarqués.

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel de s'être exclusivement fondée sur un élément de preuve fourni par la compagnie aérienne et d'avoir inversé la charge de la preuve et violé l'article précité.

Le pourvoi est rejeté, au motif que le listing informatique des opérations d'enregistrement valait comme présomption de l'heure à laquelle les passagers s'étaient présentés pour les formalités d'enregistrement.

En attribuant à un document informatique la valeur d'une présomption de l'heure d'enregistrement des passagers, la Cour de cassation tient compte de la fiabilité non contestée des nouvelles technologies utilisées par les compagnies aériennes et consacre ainsi un renversement de la charge de la preuve. Toutefois, s'agissant d'une présomption simple, les passagers peuvent rapporter la preuve contraire par tous moyens.

Cette jurisprudence doit être rapprochée de celle rendue par la chambre sur la présomption attachée aux relevés des communications téléphoniques en cas de contestation des prestations facturées par les opérateurs (28 mars 1995, pourvoi n° 92-16.270, et 7 mars 2000, Bull. n° 81).

2. Transports terrestres - Marchandises - Action directe contre l'expéditeur ou contre le destinataire

Chambre commerciale, 28 janvier 2004 (Bull. n° 19)

Chambre commerciale, 24 mars 2004 (Bull. n° 63)

Chambre commerciale, 2 juin 2004 (Bull. n° 114)

Trois décisions complètent le dispositif jurisprudentiel concernant l'application de l'article L. 132-8 du Code de commerce dans sa version issue de la loi du 6 février 1998.

Par la première décision, la chambre, tirant les conséquences de la qualité de partie au contrat de transport de l'expéditeur, a retenu qu'il ne lui était pas interdit de prohiber toute substitution à celui qu'il a chargé de l'exécution d'un acheminement. Pourvu qu'aucune substitution n'ait été interdite par l'expéditeur, le transporteur substitué peut néanmoins exercer l'action dite directe de la loi à l'encontre de l'expéditeur.

La deuxième décision précise l'articulation entre l'action directe envisagée par l'article L. 132-8 du Code de commerce et la Convention du 19 mai 1956, dite CMR. Dans la mesure où cette dernière est muette sur l'existence d'une action directe du transporteur à l'encontre du destinataire, il appartient aux juges pour en apprécier la recevabilité, par application de l'article 4, paragraphe 4 de la convention de Rome du 19 juin 1980, de vérifier si la loi française présente les liens les plus étroits avec le contrat de transport.

En revanche, la CMR ayant envisagé le régime de la prescription des actions nés du contrat de transport, ce n'est pas la prescription interne de l'article L. 132-8 du Code de commerce mais l'article 32 de la CMR qu'il convient d'appliquer à l'action directe.

Dans la troisième décision, la chambre a précisé que rien n'empêchait le commissionnaire de transport, subrogé par le transporteur, d'exercer l'action directe que la loi a institué au profit de ce dernier.

3. Transports terrestres - Marchandise - Responsabilité - Clause limitative - Exclusion - Faute lourde

Chambre commerciale, 30 juin 2004 (Bull. n° 143)

Chambre commerciale, 10 mars 2004 (Bull. n° 52)

Deux décisions sont à retenir concernant la qualification de faute lourde en matière de droit des transports. Par la première décision, la chambre commerciale a été amenée à apprécier si l'endormissement passager d'un chauffeur, en l'absence d'éléments aggravants tels que l'alcool ou l'excès de conduite, devait être considéré comme constitutif d'une faute lourde de la part du transporteur. C'était la position du pourvoi. La Cour de cassation n'a pas cassé la décision qui avait écarté cette qualification. Dans la seconde affaire, une marchandise avait été dérobée ainsi que la remorque qui la contenait tandis que le camion et son chargement était stationné dans le parking de la société chargée du transport muni d'un système de vidéo surveillance. La cour d'appel, eu égard à cet élément, n'avait pas retenu la faute lourde du transporteur. La chambre a cassé la décision de laquelle il ne résultait pas qu'avait été recherché si la caméra disposée dans le parc de stationnement était reliée à un système de surveillance.

4. Transports maritimes - Navire - Pavillon - Immatriculation

Chambre commerciale, 16 juin 2004 (Bull. n° 124)

La chambre commerciale a été amenée à préciser les relations entre immatriculation et usage d'un pavillon pour un navire. Elle a retenu qu'un navire pouvait régulièrement battre pavillon d'un Etat et être immatriculé dans un autre dès lors qu'il était établi qu'il ne naviguait pas aussi sous le pavillon de ce dernier Etat. La double nationalité n'est pas envisageable concernant les navires. Celui qui ferait usage de deux pavillons serait considéré comme pirate. En revanche, l'immatriculation dans un Etat, dont les conséquences ne sont qu'administratives, ne fait pas obstacle à l'usage du pavillon d'un autre Etat.

5. Transports maritimes - Manutention portuaire - Dommage subi par le navire à l'occasion de son chargement - Prescription de l'action

Chambre commerciale, 7 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-18.196)

Saisie de la demande d'un transporteur maritime dont le navire avait subi un dommage à l'occasion d'une manutention portuaire soumise au régime prévu par les articles 50 et suivants de la loi du 18 juin 1966, les juges du fond avaient considéré que l'action devait être soumise à la prescription décennale de droit commun en matière commerciale. L'article 56 de la loi de 1966 précisant que toutes les actions contre l'entrepreneur de manutention étant prescrites selon les règles applicables aux actions dirigées contre le transporteur maritime, la chambre commerciale a été amenée, en approuvant la cour d'appel, à préciser que les seules actions envisagées par la loi de 1966 avaient trait à celles concernant les marchandises. L'action du transporteur maritime est quant à elle recevable dans le délai de droit commun pourvu qu'il agisse en indemnisation du préjudice subi par le navire.

G. VENTE

Vente - Vente commerciale - Vente en solde - Qualification

Chambre commerciale, 28 janvier 2004 (Bull. n° 20)

Chambre commerciale, 2 juin 2004 (Bull. n° 116)

Par deux décisions, la chambre commerciale a été amenée à préciser la notion de vente en solde. Dans la première affaire, la chambre a précisé que les juges du fond doivent établir l'existence d'un stock

prédéterminé et non renouvelable. Cette notion, envisagée précisément par l'article L. 310-3, alinéa premier, du Code de commerce doit être appréciée au regard des méthodes actuelles de gestion des stocks, et notamment en l'absence de lieu de stockage dans le site de vente. C'est ainsi que la chambre, dans la seconde décision, a approuvé les juges du fond d'avoir écarté l'existence de réassortiment de stock dans la mesure où le réassortiment dont se prévalait le vendeur ne provenait pas de commandes passées à un fournisseur extérieur mais constituait seulement l'écoulement du stock de la société à laquelle il était étroitement lié.

H. IMPÔTS ET TAXES

1. Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Evaluation des biens - Valeur mobilière cotée - Atteinte à la liberté d'aliéner les actions - Prise en considération (non)

Chambre commerciale, 7 janvier 2004 (Bull. n° 6)

Aux termes de l'article 885 T bis du Code général des impôts, pour l'imposition à l'impôt de solidarité sur la fortune, les valeurs mobilières cotées sont évaluées selon le dernier cours connu ou selon la moyenne des trente derniers cours qui précèdent la date d'imposition.

En l'espèce, des parents avaient fait donation d'actions à leur enfant, avec droit de retour et interdiction d'aliéner sans le consentement des donateurs jusqu'à leur décès. Il était soutenu que les titres ne pouvaient être compris dans l'assiette de l'impôt, leur inaliénabilité les privant de toute valeur vénale.

La chambre commerciale a considéré que les valeurs mobilières cotées ne peuvent être autrement évaluées que suivant les règles fixées par les dispositions de l'article 885 T bis du CGI, quand bien même la liberté d'aliéner les titres en cause serait limitée.

2. Recouvrement (règles générales) - Avis à tiers détenteur - Effets - Renseignement - Défaut - Sanction - Régime du tiers saisi (non)

Chambre commerciale, 7 janvier 2004 (Bull. n° 7)

En matière de saisie-attribution, lorsque le tiers saisi ne fournit pas au créancier saisissant les renseignements relatifs à ses propres obligations à l'égard du débiteur, l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 permet au créancier d'obtenir la condamnation du tiers saisi défaillant à lui payer l'intégralité des sommes qui lui sont dues et non plus seulement celles que le tiers saisi doit au débiteur.

Il n'existe pas de disposition équivalente en matière d'avis à tiers détenteur. Il résulte en effet de l'article L. 262 du Livre des procédures fiscales que les détenteurs de sommes appartenant ou devant revenir aux redevables d'impôts sont tenus de verser ces sommes au comptable qui leur en fait la demande sous la forme d'un avis à tiers détenteur, à concurrence des impositions dues par ces redevables.

Par cet arrêt, la chambre commerciale a donc jugé que le tiers détenteur qui ne répond pas au comptable chargé du recouvrement ne peut être condamné, à l'issue de la procédure engagée à son encontre par ce dernier en vue d'obtenir un titre exécutoire, que dans les limites des sommes qu'il doit au redevable.

3. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre gratuit - Exonération - Groupement foncier agricole - Parts sociales - Condition

Chambre commerciale, 4 février 2004 (Bull. n° 21)

Les parents de M. Ramonteu avaient constitué en 1982 un groupement foncier agricole (GFA) dont ils avaient ensuite donné les parts à leur fils, par deux actes de mars 1983 et septembre 1987, sous le bénéfice de l'exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit prévue par l'article 793-1-4° du Code général des impôts (CGI). Le 6 août 1992, l'assemblée générale du GFA avait décidé de sa transformation en société civile immobilière.

L'administration fiscale avait alors remis en cause le bénéfice de l'exonération partielle prévue par l'article 793-1-4° du CGI sur le fondement de l'article 1840 G sexies du même code, au motif que la transformation du GFA en SCI, neuf ans et cinq ans après les donations de parts, constituait une infraction aux dispositions de la loi du 31 décembre 1970, codifiée aux articles L 322-1 et L 322-24 du Code rural, donnant lieu au remboursement des avantages fiscaux qui y sont prévus.

Après le rejet de sa réclamation, M. Ramonteu avait assigné l'administration devant le tribunal, qui avait accueilli sa demande en décharge de ces rappels de droits, au motif qu'il n'était ni démontré, ni même allégué par l'administration fiscale que les parts du GFA objet des donations soient restées la propriété de M. Henri Ramonteu pendant moins de cinq ans, et que dès lors, sauf à ajouter une sanction fiscale qu'elles ne comportent pas aux dispositions des articles L 322-1 à L 322-24 du code rural, l'administration fiscale ne pouvait valablement prétendre que l'opération de transformation du GFA intervenue le 6 août 1992, soit postérieurement aux actes de transmission à titre gratuit, constituait une infraction aux dispositions des articles susvisés, aucune condition postérieure à la transmission à titre gratuit, autre que celle prévue à l'article 793 bis, n'étant requise des bénéficiaires de l'article 793-1-4° du CGI.

La cour d'appel avait confirmé ce jugement, mais en retenant essentiellement que l'activité spécifique en considération de laquelle le régime fiscal de faveur avait été accordé n'avait pas disparu lors de la transformation du GFA en SCI.

Le pourvoi formé contre cette décision posait indirectement la question de savoir si le maintien du bénéfice de l'exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit est subordonné au respect de la seule condition posée par l'article 793 bis du CGI, ou s'il est subordonné au respect de celle-ci mais aussi, et cette fois sans limite dans le temps, au respect des dispositions des articles 322-1 à 322-24 du Code rural sanctionné par l'article 1840 G sexies du CGI. Cette question, qui avait déjà été examinée par les premiers juges avant que les juges d'appel ne confirment leur décision par substitution de motifs, conservait en effet son intérêt en dépit de cette substitution, dès lors que la cour d'appel avait, sans être critiquée sur ce point, admis que les parts du GFA avaient été conservées au moins cinq ans par le donataire.

En s'écartant totalement de la motivation de l'arrêt attaqué, mais en retenant néanmoins pour le sauver, que la cour d'appel avait relevé que la condition à l'exonération partielle avait été respectée dès lors que les parts du GFA étaient restées la propriété du donataire pendant cinq ans, ce qui justifiait sa décision par ce seul motif, la Chambre commerciale a pris clairement position en faveur du seul respect de la condition posée par l'article 793 bis du CGI.

Au demeurant, le texte de l'article 793 bis est clair, il ne subordonne pas l'exonération des droits de mutation à titre gratuit au respect des dispositions des articles L 322-1 à L 322-24 du Code rural au delà du délai de cinq qu'il prévoit pour la conservation des parts du GFA transmises à titre gratuit. Bien plus, l'article L 322-16 du Code rural énonce : *“Les parts d'un groupement foncier agricole sont exonérées des droits de mutation à titre gratuit dans la limite et les conditions fixées aux articles 793 et 793 bis du Code général des impôts (Loi n° 70-1299 du 31 décembre 1970, art. 9 al 1er et 2)”*.

Pour bénéficier de cette exonération il faut donc que la transmission porte effectivement sur des parts de GFA, c'est-à-dire qu'au moment de la transmission les prescriptions des articles L 322-1 à L 322-24 du Code rural soient respectées par le groupement, mais il faut également que les parts du GFA transmises restent la propriété du donataire pendant au moins cinq ans (art 793 bis du CGI), ce qui veut dire que dans ce délai les parts du GFA ne doivent pas être cédées ou disparaître, mais aussi que le GFA doit perdurer en tant que tel en respectant les prescriptions des articles L 322-1 à L 322-24 du Code rural, sinon ce ne sont plus réellement les parts d'un GFA qui sont conservées. En réalité, le respect de la condition posée à l'article 793 bis du CGI implique nécessairement le respect dans le même délai des dispositions du Code rural relatives au GFA, mais au-delà de ce délai le non respect de ces dernières dispositions ne peut plus être sanctionné par la remise en cause de l'exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit prévue par l'article 793-I-4° du CGI.

4. Redressement et vérifications (règles communes) - Redressement contradictoire - Commission départementale de conciliation - Saisine - Défaut - Sanction - Conditions - Détermination

Chambre commerciale, 18 février 2004 (Bull. n° 37)

Depuis un arrêt du 19 juin 1990 (Krespi), la Chambre commerciale considérait que l'administration était tenue de donner une suite favorable à la demande du contribuable tendant à la saisine de la commission départementale de conciliation, même si elle estimait que le litige ne relevait pas de la compétence de cette dernière, le refus de saisine dans une telle hypothèse constituant une irrégularité substantielle (Com. 12 mars 1996, Bull. n° 82).

Cette position, contraire à celle du Conseil d'Etat statuant sur des litiges de même nature lorsqu'est en cause la saisine de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires, reposait sur l'idée qu'il fallait éviter que l'administration soit juge de la compétence de la commission départementale de conciliation alors qu'elle était partie à la procédure.

Cependant, dès 1996, la Chambre avait admis que l'administration n'était pas tenue de proposer au contribuable la faculté de recourir à cette commission lorsqu'elle estimait que celle-ci n'était pas compétente (Com. 2 juillet 1996, Bull. n° 199), la procédure n'étant irrégulière que si l'administration s'était trompée sur l'incompétence de la commission (Com. 26 novembre 1996, Bull. n° 286).

En outre, par un arrêt du 16 janvier 2001 (Bull. n° 18), la chambre commerciale s'était écartée de sa jurisprudence traditionnelle en admettant que l'administration n'avait pas à donner suite à la demande de saisine de la commission de conciliation formée par un contribuable qui avait fait l'objet d'une taxation d'office.

Par son arrêt du 18 février 2004, la Chambre commerciale a achevé son revirement en affirmant que l'absence de saisine de la commission départementale de conciliation par l'administration sur un chef de redressement pour lequel cette commission n'a pas compétence n'entache pas la procédure d'imposition d'irrégularité, même lorsque la saisine a été sollicitée par le contribuable.

5. Enregistrement - Droits de mutation - Société - Apport - Apport consenti à titre pur et simple - Qualification - Défaut - Effet

Chambre commerciale, 3 mars 2004 (Bull. n° 45)

L'article 809 I bis du Code général des impôts prévoit qu'en cas d'apport réalisé par une personne physique à une société de l'ensemble des éléments d'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle, la prise en charge du passif dont sont grevés certains biens compris dans cet apport donne ouverture à un droit de mutation dont le taux est précisé par ailleurs. Le texte ajoute que pour les apports réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992, le droit de mutation est remplacé par un droit fixe si l'apporteur s'engage à conserver pendant cinq ans les titres remis en contrepartie de l'apport, le droit de mutation redevenant applicable en cas de non-respect de l'engagement de conservation.

Une société bénéficiaire de l'apport des éléments actifs et passifs d'une entreprise individuelle contre remise d'actions et d'une somme virée au compte courant d'actionnaire de l'apporteur avait soumis cet apport au droit fixe en application de ces dispositions. Cependant, à l'occasion d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale avait estimé que l'apport rémunéré pour partie par un versement en compte courant ne pouvait bénéficier du régime de faveur prévu par l'article 809-I bis du Code général des impôts et avait soumis celui-ci au droit de mutation.

Sa contestation du redressement n'ayant pas été accueillie par l'administration, ni par les juges du fond, la société faisait valoir devant la Chambre commerciale que la cour d'appel avait ajouté une condition à la mise en oeuvre de l'article 809-I bis du Code général des impôts en exigeant, pour bénéficier du régime de faveur prévu par celui-ci, que l'apport réalisé soit pur et simple.

La Chambre commerciale n'a pas retenu cette critique. Elle a, au contraire, affirmé que la cour d'appel avait, à bon droit, exclu l'application du régime de faveur dès lors que l'apport n'avait pas été rémunéré uniquement par l'attribution de droits sociaux mais également par une attribution de liquidités.

6. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre onéreux de meubles - Société - Dispositions générales - Apport - Apport d'une activité professionnelle avec prise en charge du passif - Passif - Limite

Chambre commerciale, 17 mars 2004 (Bull. n° 54)

L'article 809 bis du Code général des impôts prévoit la substitution d'un droit fixe au droit de mutation proportionnel normalement applicable aux apports en société, en cas d'apport par une personne physique à une société, réalisé à compter du 1^{er} janvier 1992, de l'ensemble des éléments d'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle, lorsqu'est pris en charge le passif dont sont grevés les immeubles ou droits immobiliers, fonds de commerce, clientèles, droits à un bail ou à une promesse de bail qui sont compris dans l'apport, à la condition que l'apporteur s'engage à conserver pendant un certain délai les titres remis en contrepartie de l'apport.

Par cet arrêt, la chambre commerciale a jugé que ne pouvait bénéficier de ce régime de faveur la société qui avait supporté des éléments de passif autres que ceux dont étaient grevés les éléments d'actifs immobilisés apportés. En l'espèce, la société à laquelle il avait été fait apport avait, d'un côté, pris en charge les dettes afférentes au stock de l'entreprise individuelle faisant l'objet de l'apport et, de l'autre, acheté ce stock. La chambre commerciale a approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que cette double prise en charge d'un même passif de l'entreprise individuelle révélait en réalité la prise en charge d'un passif personnel des personnes physiques à l'origine de l'apport, excluant l'application du régime de faveur.

7. Redressement et vérifications (règles communes) - Garantie - Interprétation par instruction ou circulaire publiée - Instruction ou circulaire non précisée - Irrecevabilité

Chambre commerciale, 17 mars 2004 (Bull. n° 54)

La chambre commerciale a jugé que devait être déclaré irrecevable, comme ne répondant pas aux exigences de l'article 978, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, le moyen qui se borne à invoquer l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales sans préciser l'instruction ou la circulaire publiée par laquelle l'Administration a fait connaître son interprétation du texte fiscal appliqué par le redevable.

8. Enregistrement - Mutation à titre gratuit - Succession - Biens imposables - Don manuel - Effet

Chambre commerciale, 31 mars 2004 (Bull. n° 68)

L'article 784 du Code général des impôts énonce : "Les parties sont tenues de faire connaître, dans tout acte constatant une transmission entre vifs à titre gratuit et dans toute déclaration de succession, s'il existe ou non des donations antérieures consenties à un titre et sous une forme quelconque par le donateur ou le défunt aux donataires, héritiers ou légataires et, dans l'affirmative, le montant de ces donations, ainsi que, le cas échéant, les noms, qualités et résidences des officiers ministériels qui ont reçu les actes de donation, et la date d'enregistrement de ces actes. La perception est effectuée en ajoutant à la valeur des biens compris dans la donation ou la déclaration de succession celle des biens qui ont fait l'objet de donations antérieures, à l'exception de celles passées depuis plus de dix ans, et, lorsqu'il y a lieu à l'application d'un tarif progressif, en considérant ceux de ces biens dont la transmission n'a pas encore été assujettie au droit de mutation à titre gratuit comme inclus dans les tranches les plus élevées de l'actif imposable. Pour le calcul des abattements et réductions édictés par les articles 779, 780 et 790 B, il est tenu compte des abattements et des réductions effectués sur les donations antérieures visées au deuxième alinéa consenties par la même personne".

L'article 1709 du même Code dispose quant à lui que "les droits des mutations par décès sont payés par les héritiers, donataires ou légataires. Les cohéritiers sont solidaires."

En l'espèce, le contrôle de la déclaration de succession par l'administration fiscale avait fait apparaître que les deux héritières de la défunte avaient bénéficié de la part de cette dernière de dons manuels qui n'avaient pas été révélés avant le décès de la donatrice, ni rapportés à la succession. Le redressement correspondant avait été notifié dans son intégralité à l'une des héritières, à l'encontre de laquelle il avait été mis en recouvrement. Devant la Cour de cassation, celle-ci contestait l'application de la solidarité entre cohéritiers s'agissant selon elle de droits qui trouvaient leur fait générateur dans la reconnaissance de dons manuels, et en aucun cas dans la déclaration de succession dans laquelle ces dons n'avaient pas été déclarés.

Le pourvoi posait donc la question de savoir si les droits supportés à raison de ces dons manuels, qui auraient dû être rapportés à la succession en application de l'article 784 du CGI, étaient des droits de donation ou des droits de mutation par décès. Question importante, non pour le calcul des droits, dès lors que les barèmes, abattements et réductions applicables sont les mêmes, mais pour l'application éventuelle de la solidarité entre cohéritiers réservée aux seuls droits de mutation par décès.

Dans son arrêt du 31 mars 2004, la Chambre commerciale a considéré qu'en application de l'article 784 du CGI les dons manuels consentis aux héritiers du donateur et non révélés à l'administration avant le décès de celui-ci, et qui, par conséquent n'avaient pas encore été assujettis au droit de mutation à titre gratuit, devaient être inclus dans l'actif successoral imposable, de sorte que les droits rappelés au titre de ces dons constituaient des droits de mutation par décès auxquels les héritiers étaient tenus solidairement.

Ainsi, en l'absence de révélation de la donation faite aux héritiers antérieurement au décès du donateur, la transmission des biens est censée s'être réalisée au moment de celui-ci, qui lui donne date certaine et devient le fait générateur de l'imposition.

9. Recouvrement (règles communes) - Avis à tiers détenteur - Domaine d'application - Amendes pénales (non)

Chambre commerciale, 12 mai 2004 (Bull. n° 91)

La procédure d'avis à tiers détenteur étant applicable, selon l'article L. 262 du Livre des procédures fiscales, au recouvrement des seuls impôts, pénalités et frais accessoires, le recouvrement des amendes pénales, fût-il garanti par le privilège du Trésor, n'entre pas dans les prévisions de ce texte.

10. Recouvrement (règles communes) - Avis de mise en recouvrement - Nullité - Effet

Chambre commerciale, 26 mai 2004 (Bull. n° 106)

L'article L. 256 du Livre des procédures fiscales énonce : *“Un avis de mise en recouvrement est adressé par le comptable public à tout redevable de sommes, droits, taxes et redevances de toute nature dont le recouvrement lui incombe lorsque le paiement n'a pas été effectué à la date d'exigibilité. L'avis de mise en recouvrement est individuel ou collectif. Il est signé et rendu exécutoire par l'autorité administrative désignée par décret...”*.

L'avis de mise en recouvrement est donc l'acte au moyen duquel l'administration, qui a préalablement établi l'existence d'une dette fiscale à son égard, non acquittée dans les délais légaux, authentifie sa créance lui donnant ainsi force exécutoire. C'est un titre exécutoire.

La notification de l'avis de mise en recouvrement au redevable informe celui-ci de l'émission d'un titre exécutoire à son encontre à concurrence de sa dette fiscale, et lui ouvre un délai pour la contester. Elle constitue le point de départ du délai de prescription de l'action en recouvrement, qui se substitue au délai de l'action en répétition (reprise).

Le contenu de l'avis de mise en recouvrement est fixé par l'article R.*256-1 du Livre des procédures fiscales, qui a repris les dispositions de l'ancien article 389 de l'annexe II au CGI, avant d'être modifié par le décret 2000-348 du 20 avril 2000.

Selon l'article R.*256-1 du Livre des procédures fiscales applicable à l'époque des faits : *“l'avis de mise en recouvrement individuel prévu à l'article L. 256 comporte :1°/ les indications nécessaires à la connaissance des droits, taxes, redevances, impositions ou autres sommes qui font l'objet de cet avis ; 2°/ les éléments du calcul et le montant des droits et des pénalités, indemnités ou intérêts de retard, qui constituent la créance. Toutefois, les éléments de calcul peuvent être remplacés par le renvoi au document sur lequel ils figurent lorsque ce document a été établi ou signé par le contribuable ou son mandataire ou lui a été notifié antérieurement. De même, ils n'ont pas à être portés lorsque le contribuable n'a pas fait la déclaration nécessaire au calcul des droits.”*

La régularité de l'avis de mise en recouvrement au regard des prescriptions concernant son contenu est depuis longtemps vérifiée par les juridictions administratives et judiciaires qui n'hésitent pas, au besoin, à en prononcer l'annulation, de sorte que l'administration, anticipant une possible critique judiciaire, a pris l'habitude d'annuler elle-même les avis de mise en recouvrement dont l'irrégularité lui apparaît, pour émettre de nouveaux avis conformes aux prescriptions de l'article R.*256-1.

C'est dans ce cadre que se situait le pourvoi soumis à la chambre commerciale.

Un receveur des impôts avait émis et notifié à un redevable, deux ans après le premier avis de mise en recouvrement, un nouvel avis de mise en recouvrement, pour le même montant, en se référant à la même créance, mais en indiquant que ce nouvel avis rectifiait la désignation erronée de la créance mentionnée sur le précédent avis, s'agissant de l'impôt de solidarité sur la fortune et non de l'impôt sur les grandes fortunes.

Le redevable concerné, faisant valoir l'irrégularité du premier avis de mise en recouvrement, avait sollicité devant l'administration, puis les juridictions, la décharge de l'imposition visée par les avis de mise en recouvrement. Sa demande n'ayant pas été accueillie par la cour d'appel, il soutenait que cette décision violait l'article L. 256 du Livre des procédures fiscales, car selon lui l'administration n'était pas en droit d'émettre un second avis de mise en recouvrement sans avoir préalablement prononcé le dégrèvement de l'imposition qui avait été décidée par le premier avis de mise en recouvrement, cette absence de dégrèvement ayant pour effet de le soumettre à une double imposition (première branche du moyen). Les développements du mémoire ampliatif éclairaient ce grief en affirmant que l'avis de mise en recouvrement constituant la décision d'imposition, son annulation entraînait renonciation à cette décision, et devait donc conduire à l'annulation de la procédure de redressement antérieure à son émission.

Rejetant ce moyen par un motif substitué, la Chambre commerciale affirme que l'irrégularité de l'avis de mise en recouvrement au regard des prescriptions de l'article R.* 256-1 du Livre des procédures fiscales est sans incidence sur la procédure de redressement qui a permis d'établir la créance de l'administration, que cette irrégularité, lorsqu'elle entraîne la nullité de l'avis de mise en recouvrement, a pour effet de replacer l'administration et le redevable dans la situation dans laquelle ils se trouvaient juste avant l'émission de cet avis, de sorte que, tant que le délai de reprise n'est pas expiré, l'administration est en droit d'émettre un nouvel avis de mise en recouvrement, sans avoir à procéder préalablement à un dégrèvement, dès lors que l'avis de mise en recouvrement initial doit être tenu pour inexistant et que la créance qu'elle souhaite authentifier n'est pas affectée par cette nullité.

11. Responsabilité des dirigeants - Dirigeant d'une société ou de tout autre groupement- Conditions - Inobservation grave et répétée des obligations fiscales rendant impossible le recouvrement de l'impôt - Vaines poursuites de la société par le Trésor Public - Nécessité - Responsabilité des dirigeants - Dirigeant d'une société ou de tout autre groupement - Conditions

Chambre commerciale, 23 juin 2004 (Bull. n° 133)

Un receveur des impôts avait assigné, sur le fondement de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales, la dirigeante de deux sociétés mises en liquidation judiciaire afin d'obtenir que celle-ci soit déclarée solidairement responsable du paiement de la dette due à sa caisse par ces sociétés. Devant la Cour de cassation, la dirigeante faisait notamment grief à la cour d'appel d'avoir accueilli la demande et

prononcé sa condamnation au paiement sans avoir vérifié, en indiquant précisément les dates des diligences de l'administration, si les délais séparant les insuffisances de déclarations et défauts de paiement de TVA des mesures prises pour rétablir l'Etat dans ses droits n'étaient pas au moins pour partie à l'origine de l'impossibilité de recouvrement, et en violation de l'article L.267, qui permet seulement au juge de déclarer le dirigeant solidairement responsable du paiement des impositions et pénalités dues par la société et non de le condamner directement au paiement.

Le grief relatif à l'absence de précision quant aux dates des diligences de l'administration se référait implicitement à la jurisprudence de la Chambre commerciale. En effet, celle-ci fait obligation à l'administration de rapporter la preuve du lien de causalité entre les inobservations graves et répétées des obligations fiscales dont le dirigeant est responsable et l'impossibilité de recouvrement auquel elle se heurte auprès de la société, et considère que la négligence de l'administration, si elle est démontrée, fait perdre à ce lien de causalité son caractère exclusif et rend l'article L. 267 inapplicable. Mais allant encore plus loin dans son contrôle, la Chambre commerciale a parfois exigé que le juge précise dans sa motivation la nature et les dates des tentatives de mise en recouvrement et même leur montant (Cf. Com. 24 mai 1994, et Com. 18 mai 1999).

En écartant ce grief dans son arrêt du 23 juin 2004, la Chambre commerciale met en évidence que cette motivation très précise n'est requise des juges du fond que lorsqu'il y a eu de réels débats devant eux sur la vigilance de l'administration dans la mise en recouvrement, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, dès lors que dans ses écritures devant la cour d'appel la dirigeante n'avait dénoncé aucune carence de l'administration à cet égard, et avait uniquement critiqué le fait que celle-ci n'avait à aucun moment assuré auprès des organes de la procédure collective le suivi qui, selon elle, s'imposait.

La Chambre commerciale a également rejeté le grief relatif à la condamnation directe au paiement en rappelant que la solidarité prévue par l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales est une solidarité parfaite au sens de l'article 1200 du Code civil, de sorte qu'elle a pour effet d'obliger le dirigeant et la société à une même chose : le paiement des impositions et pénalités.

12. Recouvrement (règles communes) - Opposition - Délai - Acte interruptif - Exclusion - Saisine d'un tribunal incompétent

Chambre commerciale, 12 juillet 2004 (Bull. n° 159)

Par le passé la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait, dans le cadre du contentieux du recouvrement, implicitement admis que la saisine d'une juridiction incompétente faisait à nouveau courir le délai de saisine du tribunal compétent à compter de la date de la décision d'incompétence (Com.10 mars 1976, Bull. n° 94). Cette jurisprudence faisait, semble-t-il, application de jurisprudences antérieures, qui, soit considéraient qu'un délai de forclusion pouvait être suspendu ou interrompu, l'assimilant ainsi à un délai de prescription, soit étaient sans rapport avec le contentieux du recouvrement et ses textes spécifiques, et directement fondées sur les dispositions de l'article 2246 du Code civil (Com. 5 mai 1970, Bull. n° 146, et Civ. 1^{ère}, 21 janvier 1975, Bull. n° 22).

Mais ces décisions, qui continuent à être citées par la documentation administrative (documentation de base 12 C 2313 n° 101 et svts) consacrée à la phase juridictionnelle de l'opposition aux actes de poursuites, laquelle se réfère également à une jurisprudence parallèle du Conseil d'Etat (CE 27 novembre 1963 req n°47116 Dupont 3/66 p 136), sont antérieures à celles plus récentes de l'ordre judiciaire concernant le délai de forclusion, dont on sait désormais qu'il ne peut être ni interrompu, ni suspendu (Civ. 2^{ème}, 14 octobre 1987, pourvoi n° 86-13.059 ; Civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-20.602 ; Civ.1^{ère}, 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-13.875 ; Civ. 1^{ère}, 22 mai 2001, pourvoi n° 99-10.212), ou à celles concernant l'interprétation stricte à donner aux termes de l'article R. 281-4 du LPF (Com. 5 novembre 2002, pourvoi n°99-19.261, et Com. 18 février 2004, pourvoi n°01-01.654).

Or, c'est bien un délai de forclusion, et non de prescription, qui est prévu par l'article R. 281-4 du LPF, lequel ne se limite pas à énoncer que le redevable doit à peine de forclusion porter l'affaire devant

le juge dans un certain délai, mais précise également “devant le juge compétent tel qu’il est défini à l’article L. 281 ”.

Dans son arrêt du 12 juillet 2004, la Chambre commerciale a tiré les conséquences de ces constatations.

13. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre gratuit - Donations - Don manuel - Révélation à l'Administration - Forme

Chambre commerciale, 5 octobre 2004 (pourvoi n° 03.15.709)

L'article 757, alinéa 2, du Code général des impôts prévoit que le don manuel révélé à l'administration fiscale par le donataire est sujet au droit de donation.

Lors d'une vérification de comptabilité, l'administration des impôts a constaté qu'une association avait recueilli des sommes d'argents enregistrées sous la désignation d'“offrandes”.

Considérant que ces sommes étaient des dons manuels qui lui avaient été révélés par le contribuable, au sens de l'article 757, alinéa 2, du Code général des impôts, l'administration a mis en demeure l'association de déclarer ces dons dans le délai d'un mois, conformément à l'article 635 A du même code. Celle-ci a dénié être soumise à l'obligation de déclaration dès lors qu'elle soutenait que les offrandes, qui avaient été portées à la connaissance de l'administration en application du droit de cette dernière d'exiger du contribuable la communication de sa comptabilité, n'avaient pas été révélées au vérificateur, au sens de l'article 757, alinéa 2, précité.

Appelée à préciser le sens de la notion de “révélation”, la chambre commerciale a jugé que l'article 757, alinéa 2, précité n'exige pas l'aveu spontané du don de la part du donataire.

Par suite, elle a considéré que la cour d'appel qui a retenu que le contribuable avait présenté au vérificateur sa comptabilité, écrit émanant du donataire sur lequel se trouvaient enregistrées des sommes d'argent qu'elle a qualifiées de dons manuels, a décidé à bon droit que cette présentation par l'association de sa comptabilité lors d'une vérification régulièrement menée par l'administration fiscale, fût-elle la mise en oeuvre de l'obligation légale d'établissement et de présentation des documents comptables, valait révélation au sens de l'article 757, alinéa 2, précité.

14. Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Assiette - Déduction - Montant - Transaction fiscale en cours d'exécution - Portée

Chambre commerciale, 30 novembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-15.825)

Le pourvoi, formé en matière d'impôt de solidarité sur la fortune, posait la question de savoir si lorsqu'une dette fiscale d'un contribuable a fait l'objet d'une transaction avec l'administration, celui-ci reste tenu au montant des rappels initialement mis en recouvrement qui constituent une dette certaine jusqu'à ce qu'il ait exécuté tous les engagements pris dans la transaction, ou si au contraire, dès la signature de celle-ci, le contribuable n'est plus tenu qu'au paiement des sommes qui y sont arrêtées sous la condition résolutoire du non respect des engagements pris.

En effet, le caractère certain ou non d'une dette est déterminant pour le calcul de la base imposable à l'impôt de solidarité sur la fortune, puisqu'il résulte des dispositions combinées des articles 885 D et E et 768 du Code général des impôts que pour être admises en déduction de cette base les dettes doivent être certaines au jour du fait générateur de l'impôt, c'est-à-dire au premier janvier de l'année d'imposition.

Les dettes d'impôt et de rappels d'impôt sont déductibles à cette condition de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, étant précisé pour ces derniers, qu'ils ne sont pas considérés comme des dettes certaines tant qu'ils sont contestés (Cf. Com. 2 juillet 1996, Borganetti, RJF 1996 n° 1485, Com. 13 janvier 1998 Picoty, RJF 1998 n° 491, Com. 7 mars 2000 Le Pen, RJF 2000 n° 861).

En l'espèce, le demandeur au pourvoi s'était vu notifier un rappel d'impôt qu'il avait, après sa mise en recouvrement, contesté par une réclamation, mais cette contestation s'était achevée par la signature d'une transaction. Il soutenait que cette transaction était soumise à la condition suspensive de la réalisation des engagements qu'il y avait pris, et que tant que la condition n'était pas pleinement réalisée, la transaction ne produisait pas ses effets, de sorte qu'il était fondé à déduire de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune la totalité du rappel d'impôt initial.

Le directeur général des impôts, se fondant sur l'analyse juridique de la transaction et son caractère immédiatement exécutoire, faisait au contraire valoir qu'en réalité la transaction était conclue sous la condition résolutoire du non respect des engagements pris par le contribuable, et non sous une condition suspensive, et que, par conséquent, seules les sommes restant dues par le contribuable au titre de la transaction avaient le caractère de certitude permettant de les déduire de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune.

La Chambre commerciale, qui n'avait pas encore été saisie de cette question, a validé cette dernière analyse en rejetant le pourvoi qui lui était soumis.

15. Recouvrement

Chambre commerciale, 14 décembre 2004 (pourvoi n° 02-15.617)

Il résulte de l'article L. 281 du LPF que les contestations relatives au recouvrement des impôts, taxes, redevances et sommes quelconques dont la perception incombe aux comptables publics compétents doivent être préalablement adressées à l'administration dont dépend le comptable qui exerce les poursuites.

Il ressort de l'article L. 1617-5, 2°, du Code général des collectivités territoriales que le débiteur d'une créance assise et liquidée par une collectivité territoriale peut contester directement devant le juge de l'exécution la régularité formelle de l'acte de poursuite diligenté à son encontre.

Ces deux textes ont des domaines d'application différents. Ils traitent respectivement des créances fiscales et des créances ordinaires des collectivités territoriales, l'acte de poursuite des créances fiscales ne pouvant être contesté en sa forme qu'après réclamation préalable à l'administration dont dépend le comptable qui exerce les poursuites.

Une cour d'appel statuant en matière de procédure d'exécution a déclaré irrecevable les contestations portant sur la saisie-vente de meubles diligentée par le comptable public chargé du recouvrement de taxes d'habitation et de factures d'eau pour le compte d'une commune, au motif que les contestations n'avaient pas été préalablement adressées à l'administration dont dépend le comptable.

La chambre commerciale a approuvé la cour d'appel d'avoir ainsi statué en matière de taxe d'habitation, le juge ne pouvant être saisi avant que soit notifiée la décision prise par le chef de service sur la contestation ou expiré le délai de deux mois dont celui-ci dispose pour prendre sa décision.

En revanche, elle a cassé l'arrêt en tant qu'il statuait dans le même sens, alors que la contestation de la voie d'exécution mise en oeuvre aux fins du recouvrement des factures d'eau, qui sont des créances communales, pouvait être portée directement devant le juge de l'exécution.

Par cet arrêt, la chambre commerciale a également admis le principe selon lequel la contestation dirigée contre une seule et même voie d'exécution diligentée pour le recouvrement de créances à la fois fiscale et ordinaire et portée directement devant le juge de l'exécution pouvait être déclarée partiellement recevable pour la partie relative à la créance ordinaire, eu égard au droit du débiteur de saisir directement le juge de l'exécution.

I. PROTECTION DES CONSOMMATEURS

1. Caution - Acte de cautionnement - Conditions de validité - Mentions des article L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation - Exclusion - Cautionnements consentis par acte notarié

1ère chambre civile, 24 février 2004 (Bull. n° 60)

Un cofidéjussur, assigné en paiement de sa part contributive par les cautions d'un prêt immobilier consenti par une banque à leur fils, invoque la nullité de l'acte de son cautionnement reçu devant notaire pour inobservation des dispositions de l'article L. 313-8 du Code de la consommation.

La cour d'appel confirme la décision des premiers juges en décidant, d'une part, que la demande était prescrite, d'autre part, qu'aucune nullité n'était encourue faute de grief.

Par motif substitué et suggéré par le notaire rédacteur de l'acte, la première Chambre civile décide que les dispositions de l'article L. 313-8 du Code de la consommation ne sont pas applicables aux cautionnements consentis par acte notarié.

Or, dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1989 et contrairement aux dispositions de l'article L. 313-7 de la même loi, l'article L. 313-8 du Code de la consommation ne précise pas que son champ d'application est limité aux actes sous seing-privé.

La Cour de cassation confirme ainsi l'opinion majoritaire selon laquelle le silence du texte ne résulterait que d'une omission du législateur et non d'une intention délibérée de prévoir un régime distinct entre les mentions manuscrites et obligatoires relatives au montant du cautionnement (article L. 313-7) et celles qui concernent la renonciation au bénéfice de discussion (article L. 313-8).

2. Exécution - Délai de grâce - Demande - Moment - Détermination

1ère chambre civile, 29 juin 2004 (Bull. n° 187)

Confirmant la décision des premiers juges, une cour d'appel a condamné un emprunteur qui n'avait pas réglé les mensualités du prêt immobilier consenti par sa banque et l'a débouté de sa demande tendant à voir prononcer la nullité de la stipulation relative aux intérêts contractuels. Elle a également déclaré irrecevable, car présentée pour la première fois en cause d'appel, la demande subsidiaire de délais de grâce formée par l'emprunteur sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil.

La première Chambre civile, se conformant à la jurisprudence relative à l'obligation de mentionner par écrit le TEG dans l'offre de prêt, telle qu'elle résulte des dispositions de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, a censuré la décision de la cour d'appel qui n'avait pas recherché si le taux effectif global figurait bien dans le contrat.

Elle a surtout, donnant son plein effet aux mesures de grâce prévues à l'article 1244-1 du Code civil et dans la droite ligne des arrêts de la deuxième Chambre civile qui, s'ils n'admettent pas que le juge puisse d'office accorder de tels délais, ont cependant reconnu à ce dernier un pouvoir discrétionnaire pour les donner lorsqu'ils sont demandés (Civ. 2ème, 1^{er} février 2001, Bull. n° 22), jugé que ces délais pouvaient être sollicités en tout état de cause et donc pour la première fois en cause d'appel.

La position prise par la première Chambre civile permet notamment à un emprunteur qui verrait sa situation financière évoluer défavorablement entre la décision des premiers juges et la décision d'appel de faire valoir, devant la juridiction du second degré, les éléments de faits de nature à lui permettre de bénéficier des dispositions de l'article 1244-1 du Code civil.

On peut considérer que cette interprétation s'inscrit également dans la logique des dispositions de l'article 1244-2 du Code civil, selon lesquelles l'octroi de délais de grâce suspend les procédures d'exécution.

3. Taux effectif global - Validité

Chambre commerciale, 5 octobre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 01-12.435)

Pour tenter d'échapper, au moins partiellement, à leurs obligations de cautions, des débiteurs soutenaient, notamment, que la banque n'avait pas respecté les règles relatives au TEG et ils avaient obtenu, sur ce point, partiellement satisfaction, les juges du fond ayant décidé que si l'indication du TEG figurait bien dans les conventions de crédit initiales, ses modifications, qui avaient été indiquées jusqu'au 30 septembre 1992 dans les relevés adressés au débiteur principal, avaient en revanche cessé de l'être après le 31 décembre 1992 de sorte que, pour la période postérieure, le créancier, qui n'avait pas respecté ses obligations, ne pouvait plus prétendre qu'aux seuls intérêts au taux légal. Ce dernier critiquait cette décision en faisant valoir que la loi du 26 juillet 1993 avait abrogé l'obligation faite par la loi du 28 décembre 1966 d'indiquer le TEG pour tous les prêts pour en restreindre l'application aux seuls prêts de consommation et immobiliers. La difficulté venait en effet de la codification à droit constant à laquelle a procédé la loi du 26 juillet 1993 dont est issu le Code de la consommation. L'article 4 de cette loi a abrogé, notamment, les articles 1 à 7 de la loi du 28 décembre 1966 qui imposaient la mention du TEG dans tout écrit constatant un prêt. Le contenu de ces textes a été transposé, à droit constant, dans les articles L 313-1 et suivants du Code de la consommation. Il a été soutenu que ce transfert dans un Code régissant les relations entre professionnels et non professionnels avait pour conséquence que la mention du TEG n'était plus applicable aux emprunteurs professionnels. Il est à noter que cette obligation a de nouveau été mentionnée dans le Code monétaire et financier mais la question continue de se poser pour la période intermédiaire 1993-2001. La Chambre commerciale n'avait encore jamais eu l'opportunité de statuer sur ce point. En revanche, la première Chambre avait rendu, le 22 janvier 2002, un arrêt à propos d'un acte de prêt notarié ayant omis la mention du TEG ; la cour d'appel ayant cru pouvoir admettre que cette mention n'était pas exigée dans les actes notariés, l'arrêt avait été cassé : "Attendu qu'en ajoutant au texte susvisé une restriction qu'il ne comporte pas, la cour d'appel l'a violé, par refus d'application". Bien que la situation ait été différente, il n'y avait cependant guère de raison d'adopter une position différente de celle de la première Chambre à propos des actes authentiques : les prêts à finalité professionnelle sont, comme les actes authentiques, exclus du champ d'application du droit de la consommation (L. 311-3 du Code de la consommation) et ainsi que le fait observer le commentateur de l'arrêt précité de la première Chambre (Dalloz 2002, J, p. 884) "la double exclusion explicite par le législateur, à la fois des actes authentiques et des prêts à finalité professionnelle, du champ des règles régissant le crédit à la consommation..semble à elle seule dicter la solution par une sorte de raisonnement "a contrario, a fortiori" : l'article L. 313-2 du Code n'est en effet ni dans le champ d'application de l'exception (limitée aux articles L. 311 et suivants) ni même dans le champ d'élection du Code puisqu'il s'agit de la reprise...de la norme générale initialement fixée par la loi du 28 décembre 1966 relative aux prêts d'argent et à l'usure dont le but poursuivi était tout autre que la protection des seuls consommateurs". D'où la réponse au rejet qui a finalement été retenue et qui, espérons, l'éclaircira définitivement le débat.

4. Prêt d'argent - Intérêts conventionnels - Stipulation - Validité - Conditions - Existence d'un écrit

1ère Chambre civile, 19 octobre 2004 (à paraître, pourvoi n° 01-17.091)

S'agissant d'un prêt à taux d'intérêt variable, le caractère automatique de la variation du taux effectif global en fonction de la modification du taux décidée par la banque ne la dispense pas de faire figurer le taux effectif appliqué sur les relevés reçus par l'emprunteur.

L'arrêt rapporté présente un intérêt évident pour les organismes financiers et bancaires ainsi que pour les emprunteurs, notamment, en matière de crédits immobiliers car il n'y avait pas de décision sur le cas précis des prêts immobiliers consentis avec un taux variable à durée déterminée ; en revanche, la chambre commerciale s'était déjà prononcée pour des comptes courants ou des ouvertures de crédit en imposant la mention du TEG sur les relevés périodiques (Com. 9 mars 1999, Bull. n° 54). La première chambre a étendu cette obligation d'information à tous les prêts immobiliers, quel que soit le mode de fixation du taux d'intérêt, ce qui unifie la jurisprudence des deux chambres.

Cette solution assure une meilleure information et une plus grande protection des emprunteurs.

5. Information des consommateurs - Information sur la composition des objets mis en vente

1ère Chambre civile, 7 décembre 2004 (pourvoi n° 01-11.823)

L'article L. 214-2, alinéa 1, du Code de la consommation dispose notamment que les infractions aux décrets en Conseil d'Etat pris en vertu de l'article L. 214-1 de ce même Code seront punies comme contraventions de 3ème classe. Au nombre de ces décrets figure celui du 14 mars 1986, dont les dispositions combinées des articles 2 et 5 prévoient que les documents commerciaux indiquant le prix d'un ou de plusieurs objets ou ensemble d'objets d'ameublement exposés, détenus en vue de la vente ou mis en vente dans des locaux accessibles au public, doivent, en outre, porter diverses mentions que ces textes énumèrent, à moins que ne soit délivrée à l'acheteur la fiche technique d'identification de chaque objet vendu, la délivrance de celle-ci devant, en ce cas, être expressément mentionnée sur lesdits documents.

La validité de la vente de tels objets, ou ensemble d'objets, est-elle susceptible d'être affectée par la méconnaissance de ces dispositions ? Telle était la question que posait le pourvoi dirigé contre un arrêt tranchant le litige opposant à un professionnel de l'ameublement un acheteur non professionnel qui reprochait à ce dernier de lui avoir fait souscrire un bon de commande de divers objets d'ameublement, ne portant pas les mentions exigées par le décret du 14 mars 1986, sans lui avoir délivré la fiche technique d'identification de chacun de ces objets, pour solliciter l'annulation de la vente de ceux-ci.

Une telle demande semblait se heurter à la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'exprimée dans un arrêt de sa première Chambre civile du 15 décembre 1998 (Bull. n° 366) qui approuve une cour d'appel d'avoir *"écarté la sanction de la nullité du contrat, laquelle ne pouvait résulter du seul manquement aux exigences d'information sur les prix formulées par l'article L. 113-3 du Code de la consommation"*.

Or, il faut savoir que, si la méconnaissance de ce dernier texte est pénalement réprimée par l'article R. 113-1 du Code de la consommation, en revanche aucune disposition spéciale ne sanctionne de la nullité cette méconnaissance. Comme en l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt commenté. Pourtant, une telle sanction est admise par celui-ci. Lequel, après avoir rappelé que les dispositions méconnues sont d'ordre public, pose en principe que leur méconnaissance est sanctionnée non seulement pénalement, mais aussi, en vertu de l'article 6 du Code civil, par la nullité du contrat de vente.

Cet arrêt peut s'autoriser d'un précédent. En effet, la première Chambre civile avait déjà, par arrêt du 7 octobre 1998 (Bull. n° 290), jugé qu'il résulte de l'article 6 du Code civil que la méconnaissance de l'article L. 121-26, alinéa 1er, du Code de la consommation *"est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat"*.

Ainsi, comme ce dernier arrêt qui tend à conforter la protection du consentement du client en écartant toute atteinte au délai de réflexion qui lui est octroyé, l'arrêt commenté vise à la même fin en assurant sa complète information par la mention, sur les documents commerciaux qui lui sont destinés, de la composition de l'objet mis en vente (matières, essences, matériaux) de son état (neuf ou d'occasion) ou de son rattachement à un style.

6. Protection des consommateurs - Crédit à la consommation - Forclusion - Point de départ - Découvert en compte d'un montant déterminé

1ère Chambre civile, 7 décembre 2004 (pourvoi n° 02-20.267)

Cet arrêt précise la portée de décisions précédentes, s'agissant de la détermination du point de départ du délai biennal de forclusion édicté par l'article L. 311-37, alinéa 1er, du Code de la consommation, opposable à l'établissement de crédit qui agit en paiement du solde débiteur d'un compte de dépôt.

Une banque avait consenti à l'un de ses clients un découvert autorisé de 50 000 francs sans que la convention ne prévoit de remboursement par prélèvements sur le compte.

La cour d'appel avait déclaré l'action engagée par cette banque plus de deux ans après le dépassement du montant maximum du découvert autorisé irrecevable comme forclosé et l'établissement de crédit critiquait cette décision.

Il invoquait, d'une part, une violation de l'article L. 311-37 du Code de la consommation, en faisant valoir que, lorsqu'une banque consent une autorisation de découvert, le dépassement du seuil autorisé ne peut être assimilé à une échéance impayée manifestant la défaillance de l'emprunteur et constituant le point de départ du délai de forclusion que dans la mesure où les échéances d'un emprunt sont prélevées en compte et reprochait, d'autre part, à la cour d'appel d'avoir violé l'article L. 311-30 du même Code en considérant que, dès le dépassement du seuil du découvert autorisé, la banque aurait dû exiger le remboursement du capital restant dû en application des conditions générales du contrat, alors que la sanction prévue par l'article L. 311-30 précité, dont les dispositions sont d'ordre public, suivant lesquelles en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, est facultative pour le prêteur et ne produit effet que si celui-ci décide de s'en prévaloir.

La première Chambre civile a écarté ces griefs en affirmant, dans le prolongement de solutions d'ores et déjà retenues (Civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, Bull. n° 157 ; Civ.1^{ère}, 4 juin 2002, Bull. n° 160) que, l'existence d'une convention tacite de découvert étant incompatible avec la conclusion préalable d'une convention expresse de découvert d'un montant déterminé sur un même compte, le dépassement du découvert convenu manifeste la défaillance de l'emprunteur et constitue le point de départ du délai biennal de forclusion édicté par l'article L. 311-37, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation.

Il a été ajouté que, sauf clause d'exigibilité immédiate qui s'impose tant au prêteur qu'à l'emprunteur, ce délai peut être interrompu par la restauration du découvert autorisé.

Il sera observé que cette solution rapproche la détermination du point de départ du délai de forclusion applicable en matière de solde débiteur de compte de dépôt en cas de découvert expressément autorisé pour un montant déterminé de celle qui s'applique aux crédits assortis d'un échéancier de remboursement, le dépassement du découvert autorisé non restauré pouvant être assimilé à la première échéance impayée non régularisée manifestant la défaillance de l'emprunteur.

L'affirmation de ce que le titulaire du compte a en principe la faculté de restaurer le découvert autorisé en ramenant le solde à un montant inférieur au plafond convenu a été l'occasion pour la première Chambre civile de revenir sur une position prise précédemment sur l'absence de toute valeur des stipulations suivant lesquelles le contrat est résilié de plein droit et sans aucune formalité à l'échéance impayée (Civ. 1^{ère}, 7 juillet 1998, Bull. n° 241).

Il a été à cet égard précisé que, si la convention autorisant le découvert prévoit sa résiliation de plein droit entraînant exigibilité immédiate du solde en cas de dépassement du découvert autorisé, cette clause, s'imposant aux parties, a pour effet d'interdire la restauration du découvert. Ce dernier point est à comparer avec l'impossibilité de régulariser des échéances impayées après une déchéance du terme rendant exigible l'intégralité de la dette (Civ. 1^{ère}, 4 février 2003, Bull. n° 42).

J. INSTRUMENTS DE PAIEMENT

1. Opposition au paiement du chèque et dessaisissement volontaire du titre

Chambre commerciale, 18 février 2004 (Bull. n° 34)

Faisant valoir qu'elle était porteuse de deux chèques émis le 21 octobre 1997 par M. et Mme Humbert Furgoni sur le compte joint dont ils étaient titulaires à la Banque Populaire de Lorraine dont elle n'avait pu obtenir paiement en raison d'une opposition pratiquée par les tireurs pour perte des titres alors que ce motif était erroné puisque les chèques étaient en sa possession, la Société Européenne de Garantie a demandé au juge des référés de Metz la mainlevée de cette opposition irrégulière ; les époux Furgoni ont soutenu que cette opposition était licite, les chèques litigieux ayant été effectivement perdus par M. Jean-Luc Furgoni, frère de M. Humbert Furgoni à qui ils avaient été remis sans mention d'ordre. Par ordonnance du 16 février 1999, cette juridiction rejetait la demande en retenant que la Société Européenne de Garantie ne démontrait pas le caractère fallacieux du motif de l'opposition pratiquée ; la cour d'appel de Metz rendait un arrêt confirmatif, le 12 décembre 2000, en retenant " *que le seul fait que les chèques litigieux aient été remis à M. Jean-Luc Furgoni, frère de Monsieur Furgoni, par M. et Mme Furgoni,*

titulaires du compte-chèques à la BPL, ne contredit nullement l'existence de la perte alléguée par les tireurs, qu'en effet le dessaisissement avéré des tireurs au profit d'un tiers, au demeurant en lien de parenté avec eux, ne saurait leur interdire de se prévaloir d'une perte de ces moyens de paiement, dès lors que leur remise volontaire par les tireurs ou leur parent à la Société Européenne de Garantie n'est pas rapportée, qu'au surplus, l'absence de toute explication de la part de la Société Européenne de Garantie, désignée comme bénéficiaire, sur les circonstances de son entrée en possession desdits chèques est de nature à corroborer la perte alléguée”.

Le pourvoi était formé par la Société Européenne de Garantie qui soutenait qu'en statuant ainsi la cour d'appel avait violé l'article 32 alinéa 2 du décret-loi du 30 octobre 1935 devenu l'article L 131-35 du Code monétaire et financier, qui pose l'interdiction de principe des oppositions au paiement des chèques, hors les cas qu'il énumère, savoir la perte, le vol et depuis la loi du 30 décembre 1991, l'utilisation frauduleuse du titre, toutes autres hypothèses rendant l'opposition illicite et justifiant la saisine du juge des référés qui doit, toujours sur le fondement du texte précité en son dernier alinéa (il s'agit d'une compétence liée), en donner mainlevée et qui paraît en outre réserver cette faculté au seul tireur.

Si, selon Messieurs Gavalda et Stoufflet, il “paraît difficile de ne pas permettre au porteur de faire opposition, au moins en cas de perte ou de vol du titre” (Instruments de paiement et de crédit, 4^{ème} édition, n° 241), il est en tous cas constant que quel que soit l'auteur de l'opposition, c'est à l'égard de celui-ci qu'il convient de rechercher si les conditions légales sont réunies pour apprécier la licéité de la dite opposition : dès lors en effet qu'il y a eu tradition du titre, le tireur ou les porteurs subséquents étant alors irrévocablement liés par le mandat de payer qu'ils ont donné au tiré, la propriété de la provision est passée au bénéficiaire et c'est à lui, et à lui seul, qu'incombe de prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder ses droits sur celle-ci ; comment imaginer qu'un tireur qui a transmis le chèque qu'il vient d'établir et n'est donc plus titulaire d'aucun droit sur la provision de celui-ci dont il s'est irrévocablement dessaisi puisse encore faire opposition à un ordre de paiement dont il n'a plus la maîtrise ? C'est encore ce que relèvent les auteurs précités dans le même ouvrage (n° 240-1) “la perte...exclut le cas d'une remise volontaire à autrui d'un chèque soi-disant perdu” ou encore M. Berchon (Revue de Jurisprudence commerciale 1988, p. 325) pour qui “l'article 32 alinéa 2 au titre de la perte ou du vol a sanctionné une dépossession involontaire du titre”.

Aussi bien toute la jurisprudence de la Chambre commerciale va en ce sens ; le tireur n'est autorisé à faire opposition que lorsqu'il a été dépossédé involontairement des chèques qu'il a émis (voir les arrêts cités par Messieurs Gavalda et Stoufflet, n° 240-1).

En l'espèce, les époux Furgoni admettaient eux-mêmes dans leurs conclusions d'appel, que “le Docteur Humbert Furgoni a rédigé le 21 octobre 1997 deux chèques de 77.220 Frs et de 25.560 Frs qu'il a remis à M. Jean-Luc Furgoni” et ajoutaient que “le bénéficiaire des deux chèques, M. Jean-Luc Furgoni, a déclaré les avoir perdus” ; s'agissant de chèques “en blanc” (mêmes conclusions), c'est à dire émis sans indication de nom de bénéficiaire, leur tradition suffisait à réaliser leur transmission (Messieurs Gavalda et Stoufflet, n° 205) ; en reconnaissant avoir remis les titres à son frère, bénéficiaire (la solution aurait peut-être été différente si la remise lui avait été faite à titre de mandat, mais les choses étaient bien claires sur ce point) il était du même coup exclu que M. Humbert Furgoni puisse prétendre ensuite en avoir été involontairement dépossédé ; les conditions d'une opposition licite n'étaient donc plus réunies et le juge des référés devait le constater et en tirer les conséquences ; il appartenait au seul M. Jean-Luc Furgoni, bénéficiaire, qui prétendait avoir perdu les chèques litigieux de prendre les initiatives utiles (plainte, saisie, éventuellement opposition ce serait à voir... etc...) ; d'où la cassation prononcée.

2. Carte bancaire - Paiement par correspondance par communication du numéro de la carte - Contestation - Effets

Chambre commerciale, 23 juin 2004 (Bull. n° 131)

Ayant constaté, en avril 2000, sur ses relevés de compte bancaire, un débit par carte de 6.191,97 Frs en faveur d'une Société France By Alekx, M. Bardie contestait l'opération auprès de sa banque, la Banque Populaire Provençale & Corse en affirmant qu'il n'était pas à son origine et qu'il n'en

connaissait pas le bénéficiaire ; la banque refusait d'annuler ce débit en indiquant à son client qu'il correspondait à des services supplémentaires réservés par téléphone auprès d'un correspondant de l'agence de voyage marseillaise par l'intermédiaire de laquelle M. Bardie avait effectué un séjour en Californie. M. Bardie faisait assigner la Banque Populaire Provençale & Corse devant le juge d'instance d'Aix en Provence. Par jugement rendu en dernier ressort, le tribunal rejetait la demande de remboursement de M. Bardie par ce motif unique : *“Attendu que la facturation de la somme de 6191,87 Frs a été effectuée au moyen d'un numéro de code de carte bleue dont la banque ne pouvait vérifier les modalités de l'emploi ; que les reproches adressés à la banque n'apparaissent pas fondés”*. Le pourvoi, formé par M. Bardie, impliquait d'analyser l'opération de paiement par carte bancaire dans le cas où le porteur se borne à communiquer, par correspondance, le numéro de la dite carte sans utilisation physique de celle-ci et d'en circonscrire les conséquences juridiques, question pratique non négligeable.

Chaque utilisation de la carte par son titulaire dans le cadre de l'achat d'un bien ou d'un service constitue un ordre de paiement donné par celui-ci à l'émetteur en faveur de l'accepteur. Cet ordre est irrévocable (article 57-2 du décret-loi du 30 octobre 1935 devenu L. 132-2 du Code monétaire et financier : *“l'ordre de paiement donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition qu'en cas de perte ou de vol de la carte, de redressement ou liquidation judiciaires du bénéficiaire”*). Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mandat de payer émane bien du titulaire de la carte, la preuve de cette authenticité pesant sur l'émetteur (qui se prétend libéré de son obligation de restituer au dépositaire les sommes déposées par celui-ci sur son compte bancaire) mais résultant suffisamment, lorsque c'est le cas, de la régularité de la tabulation du code confidentiel ou de la conformité de la signature (en cas de facturette) qu'il appartient à l'accepteur de vérifier ainsi que la Chambre commerciale l'a déjà jugé (Com, 21 mai 1996). Or, en l'espèce, il n'était pas discuté qu'aucun code confidentiel n'avait été utilisé ni aucune facturette signée, s'agissant d'un achat par correspondance (sans doute autorisé comme c'est généralement le cas, par le contrat souscrit par M. Bardie, en tous cas cette question n'a pas été discutée) qui s'était effectué par simple communication du numéro de la carte, ce qui est possible mais évidemment beaucoup plus risqué. A cet égard, Messieurs Gavalda et Stoufflet (Droit bancaire, 4ème édition, n° 340-2) font observer *“s'il a pu être admis qu'un paiement soit effectué au profit d'un fournisseur sans signature, ni manuscrite, ni électronique du porteur de la carte, c'est parce que celui-ci a la faculté, au reçu de son relevé de compte, de contester le débit correspondant au paiement. Le banquier donne suite automatiquement à de telles instructions ainsi qu'il est prévu dans le contrat porteur, à la seule condition que la contestation soit formulée dans le délai convenu. On notera que l'irrévocabilité des ordres de paiement par carte n'intervient pas dans ce cas, puisque, précisément, l'émetteur a payé en l'absence d'ordre. Si elle a dû rembourser le porteur, la banque a un recours contre le fournisseur. Ce recours est expressément prévu dans les contrats fournisseurs”*. Et cet avis est partagé par M. Cabrillac (RTD com 1999, p. 939) pour qui il paraît douteux que la règle de l'irrévocabilité de l'ordre de paiement ait à intervenir dans un tel cas, alors que cet ordre n'a pas été scellé par la frappe du numéro confidentiel ou la signature sur la facture, qu'il s'agit en conséquence d'un acte “équivoque” (RTD com 2000, p.159 commentant un arrêt de la 1ère Chambre ayant statué dans une hypothèse où le titulaire de la carte ne contestait pas avoir donné l'ordre mais prétendait l'avoir ensuite rétracté et où par suite le litige ne concernait plus le droit des cartes mais le droit commun contractuel).

L'application de ces principes aurait pu conduire à l'approbation de la solution du tribunal si, précisément, comme le jugement l'affirme, M. Bardie avait eu recours à son code confidentiel car alors, l'utilisation de sa carte bancaire dans ces conditions aurait constitué pour l'émetteur la preuve de l'ordre de paiement, lequel aurait eu alors un caractère irrévocable par application de l'article L. 132-2 du Code monétaire et financier. Mais M. Bardie contestait vigoureusement avoir utilisé son code confidentiel, ce que la Banque Populaire Provençale & Corse ne discutait pas. En se fondant sur la circonstance que le paiement avait été authentifié par la tabulation du code confidentiel, le tribunal avait donc modifié les termes de litige ce qui justifiait la cassation prononcée de manière préalable sur la 2ème branche ; et dès lors que l'ordre de paiement était contesté et que le paiement était intervenu par le seul moyen de la communication du numéro de carte, ce dont il résultait, d'une part, qu'il appartenait à l'émetteur de rapporter la preuve de l'ordre en question, d'autre part, que la règle de l'irrévocabilité du paiement ne jouait pas, le tribunal devait effectivement en déduire que la banque avait l'obligation d'annuler le débit litigieux, d'où la seconde cassation prononcée qui dissipera toute équivoque à l'avenir pour les praticiens.

Dès lors que l'ordre de paiement par carte bancaire n'est pas authentifié, la banque du donneur d'ordre a l'obligation d'annuler le débit contesté.

K. AGENT COMMERCIAL

Champ d'application du statut

Chambre commerciale, 18 février 2004 (Bull. n° 32)

Chambre commerciale, 7 juillet 2004 (Bull. n° 147)

Chambre commerciale, 7 juillet 2004 (Bull. n° 146)

La Chambre commerciale a été conduite à apporter quelques précisions sur le champ d'application du statut des agents commerciaux tel qu'il résulte de la loi du 25 juin 1991, codifiée sous les articles L 134-1 et suivants du Code de commerce, intervenue pour mettre le droit français en conformité avec la Directive européenne du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants.

Domaine d'application :

L'article L. 134-1 alinéa 2 du Code de commerce indique que ne relèvent pas de la loi du 25 juin 1991 les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières.

Les débats parlementaires visaient les agences de voyage et les agents généraux d'assurances.

La chambre commerciale a décidé qu'il en était de même des intermédiaires en opérations de banque, dont l'activité est réglementée par les articles 65 à 71 de la loi du 24 janvier 1984, devenue les articles L. 519-1 et suivants du Code monétaire et financier et soumise aux articles L. 341-1 à L. 341-6 et L. 353-1 et L. 353-2 du même Code (Com. 18 février 2004, Bull. n° 32) et des négociateurs des agents immobiliers, dont l'activité est régie par la loi du 2 janvier 1970 (Com. 7 juillet 2004, Bull. n° 147).

Il n'est pas possible de distinguer les relations du mandant et du mandataire, qui seraient soumises au statut des agents commerciaux, des activités du mandataire, qui seraient soumises à des textes spécifiques, compte tenu des termes de l'article L 134-1 alinéa 2.

Inscription sur le registre spécial :

L'article 4 du décret du 22 décembre 1958 imposait aux agents commerciaux l'immatriculation préalable à leurs activités sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce de leur domicile.

La chambre commerciale avait jugé que le défaut d'immatriculation avait pour effet de priver l'agent du bénéfice du statut d'agent commercial, ce qui était critiqué par une partie de la doctrine. Elle avait compensé la dureté de la règle en développant la notion de mandat d'intérêt commun qui permettait d'indemniser l'agent commercial en cas de résiliation unilatérale injustifiée du contrat par le mandant.

Mais la loi du 25 juin 1991, codifiée sous les articles L 134-1 et suivants du Code de commerce, intervenue pour transposer dans le droit interne la directive européenne du 18 décembre 1986, ne reprend pas l'obligation d'immatriculation.

La CJCE a dit pour droit que cette directive s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne la validité du contrat à l'inscription de l'agent sur un registre prévu à cet effet. (CJCE 30-4-1998. Aff. C- 215/ 97. Rec. I p 2191).

La chambre commerciale, qui a jugé que le registre spécial, maintenu, ainsi que les sanctions pénales qui punissent le défaut d'immatriculation, est une simple règle de police professionnelle et que le manquement à l'obligation d'immatriculation n'est pas constitutif de la faute grave privative de

l'indemnité de cessation de contrat (Com. 15 octobre 2002, pourvoi n° 00-18.122), vient de décider que l'article 1er de loi ne subordonne pas l'application du statut des agents commerciaux à cette immatriculation. (Com. 7 juillet 2004, Bull. n° 146).

Renonciation à l'application du statut (Com. 3 mars 2004, Bull. n° 42) :

L'article L. 134-15 du Code de commerce dispose que lorsque l'activité de l'agent commercial est exercée en exécution d'un contrat écrit, passé entre les parties à titre principal pour un autre objet, celles-ci peuvent décider par écrit que les dispositions de la loi du 25 juin 1991 ne sont pas applicables à la partie correspondant à l'activité d'agence commerciale, mais que cette renonciation est nulle si l'exécution du contrat fait apparaître que l'activité d'agence commerciale est exercée, en réalité, à titre principal ou déterminant. Le caractère prépondérant ou déterminant de l'activité d'agent par rapport à l'activité autre que d'agence peut résulter de l'intention des parties (objectif contractuel commun) et de l'exécution du contrat (chiffre d'affaires réalisé au titre de la représentation).

L. DROIT DE PROPRIÉTÉ

Titulaire - Prérogatives - Etendue - Droit sur l'image de la chose - Limites - Utilisation de l'image par un tiers - Condition

(Assemblée plénière, 7 mai 2004, Bull. n° 10 ; BICC n° 602, p. 16, rapport de Mme Collomp et avis de M. Sainte-Rose)

La jurisprudence dite "de l'image des biens" dont le principe avait été consacré puis confirmé par trois arrêts de la première chambre de la Cour de cassation des 10 mars 1999, 25 janvier 2000 et 2 mai 2001 avait suscité des réactions doctrinales et jurisprudentielles abondantes et très contrastées : inspirés par l'idée très traditionnelle et unanimement approuvée que la propriété est pour son titulaire un monopole, ce dont il est déduit que les tiers n'ont, en principe, aucune part à l'utilité de la chose tandis qu'au contraire le propriétaire a la faculté de faire de son bien tous les usages (voir les commentaires au rapport annuel 1999, p. 390), ces arrêts, qui avaient seulement entendu interdire l'exploitation lucrative de l'image du bien d'autrui (arrêt du 10 mars 1999 dit du "café Gondrée") ou permettre au propriétaire de s'opposer à l'exploitation non lucrative de cette image à la condition d'établir l'existence d'un trouble certain à ses droits d'usage ou de jouissance (arrêt dit l'îlot Ahron du 2 mai 2001) sans aucunement consacrer le droit à l'image du bien au profit de son propriétaire (ce pourquoi l'arrêt rendu par la deuxième Chambre, le 5 juin 2003, avait été considéré à tort par certains comme un revirement là où il n'y avait que confirmation) avaient néanmoins été vivement critiqués par les spécialistes de la propriété intellectuelle qui considéraient que le droit de propriété ne pouvait pas porter sur un élément incorporel et que consacrer un tel droit aboutissait à remettre en cause le droit de reproduction de l'auteur de l'oeuvre lorsqu'il en existait un ainsi que la liberté d'expression et de communication de l'utilisateur de l'image du bien. Bien que ces critiques, qui reposaient pour l'essentiel sur une confusion quant à l'objet du droit reconnu au propriétaire (ce droit portant non pas sur l'image du bien mais sur le bien lui-même et la question étant seulement de savoir si le droit dont le propriétaire est titulaire sur son bien l'autorisait ou non à contrôler la reproduction de ce bien par l'image) aient été largement injustifiées en droit, la virulence de certains auteurs et la résistance des juges du fond justifiaient que la question fût clarifiée. Le litige ayant opposé la SCI propriétaire de l'Hôtel de Giraucourt à Rouen à la société de promotion immobilière qui avait cru bon d'insérer dans ses documents publicitaires, une reproduction de cet hôtel, devait en être l'occasion.

Consciente de l'importance des enjeux sociaux et économiques, notamment pour le monde de l'édition, mais aussi soucieuse de la nécessité de préserver les droits légitimes des propriétaires, la Cour de cassation, dans sa formation plénière, s'est attachée à rechercher le critère susceptible d'assurer le juste équilibre entre ces différents intérêts. La notion d'exploitation à laquelle s'était référée la première Chambre dans son arrêt de 1999 ayant démontré ses limites (la diffusion de l'image d'un bien par un comité de tourisme local, n'ayant certes aucun objectif qui lui soit directement profitable, mais dans le but de réaliser une opération de promotion destinée tout de même à vendre la région, constitue-t-elle une exploitation commerciale ?), c'est à la notion de trouble qu'elle a préféré se référer, posant en principe que si le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, il peut toutefois

(mais seulement) s'opposer à son utilisation par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal, celui-ci devant s'entendre au sens du droit des biens, comme étant caractérisé dès lors qu'il y a atteinte à un droit individuel, c'est à dire, dans le cas considéré, dès qu'il y aura utilisation de l'image d'un bien impliquant une contradiction, une contestation, une atteinte intolérable au droit du propriétaire et ce trouble étant constitué indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi de son auteur.

M. CAUTIONNEMENT

Etendue - Bail - Cautionnement de la créance de loyers - Transmission - Condition

(Assemblée plénière, 6 décembre 2004, Bull. n° 14 ; BICC n° , p. , rapport de Mme Lardet et avis de M. de Gouttes)

Par cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Rouen du 10 décembre 2004, s'est prononcée sur la question de la transmission du cautionnement garantissant le paiement des loyers en cas de vente de l'immeuble donné à bail.

L'Assemblée plénière a jugé que le cautionnement est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire, en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur.

L'article 1743 du Code civil, qui impose à l'acquéreur de ne pas expulser le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, organise une cession forcée de contrat, alternative à sa résiliation, puisqu'elle va permettre au bail de survivre au changement de l'une des parties, ici le bailleur, qui ne peut plus, du fait de la vente, l'exécuter. L'acquéreur, ayant cause à titre particulier du vendeur, devient partie au contrat de bail, c'est à dire bailleur, et la totalité de la position contractuelle lui est cédée, mais seulement pour l'avenir, le bail étant un contrat à exécution successive et ne créant pas un droit réel.

Il s'ensuit, conformément à une jurisprudence constante de la 3ème chambre civile de la Cour de cassation, que tout ce qui est antérieur à la vente de l'immeuble et à la cession forcée du bail reste personnel aux rapports du preneur avec le bailleur initial et l'acquéreur devenu bailleur ne peut ni s'en prévaloir ni se le voir opposer. Il en est ainsi notamment des droits et actions à fin de dommages et intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur antérieurement à la vente et qui ne sont pas cédés de plein droit à l'acquéreur.

En revanche, s'agissant du cautionnement, assujetti de plein droit à l'obligation principale qu'il garantit, le fait générateur de la créance de loyers, créance à exécution successive, est la conclusion du bail et non la survenance des échéances, et cette créance étant donc certaine dès la conclusion du contrat, l'obligation de la caution est une obligation de règlement (par opposition à l'obligation de couverture qui n'existe que dans le cautionnement de dettes futures). Il s'ensuit, par l'effet de l'article 1692 du Code civil, qui dispose que "La vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque", que le cautionnement, accessoire de la créance de loyers cédée, est lui-même transmis de plein droit au nouveau propriétaire.

Ni les conditions du bail, ni l'engagement de la caution, qui reste inchangée nonobstant le changement de créancier, ne se trouvant modifiés par la cession de contrat imposée par l'article 1743 du Code civil, il appartiendra désormais aux cautions d'inclure dans leur contrat une stipulation expresse d'incessibilité de leur cautionnement si elles souhaitent éviter la transmission de plein droit de ce cautionnement à l'acquéreur en cas de vente de l'immeuble loué.

V - LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LES ASSURANCES

A. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle

Article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil - Personnes dont on doit répondre - Associations sportives - Accident subi par un joueur au cours d'une phase d'entraînement - Faute imputable à un autre joueur - Nécessité

2^{ème} Chambre civile, 21 octobre 2004 (pourvoi. n° 03-17.910, à paraître)

Au cours d'une séance d'entraînement organisée un vendredi en vue du match de compétition prévu le dimanche suivant, un joueur de rugby membre d'une association sportive, répétant avec ses équipiers une tactique de "sortie de mêlée", a tenté un placage que le joueur opposé a esquivé. Le premier joueur étant alors tombé au sol et s'étant gravement blessé à la colonne vertébrale, a recherché réparation de son préjudice en assignant son association sportive et l'assureur de celle-ci, ainsi que la Fédération française de rugby à laquelle il était affilié, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil.

Une cour d'appel ayant par arrêt confirmatif déclaré l'association responsable de plein droit et condamné celle-ci et son assureur à indemniser la victime, deux pourvois ont été formés. Ils reprochaient essentiellement à la cour d'appel d'avoir statué sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle du chef des personnes dont on doit répondre, alors que le dommage avait eu lieu au cours d'un entraînement et non au cours d'une compétition, qu'aucun fait dommageable imputable à un autre joueur membre de l'association de nature à engager la responsabilité civile de celui-ci n'avait été caractérisé, et que la victime, blessée au cours d'une action de jeu régulière, avait accepté les risques du sport qu'il pratiquait.

Statuant sur ces pourvois, la deuxième chambre civile a confirmé sa jurisprudence antérieure sur les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile de plein droit des associations sportives, tout en lui donnant une certaine extension :

- la jurisprudence antérieure, qui a fait l'objet d'abondants commentaires approuvateurs ou critiques, notamment après le prononcé de l'arrêt *Le Grouiec*, Civ. 2, 20 novembre 2003 (décision présentée au rapport 2003 de la Cour de cassation, pages 453 et s.), est ici confirmée : l'arrêt attaqué a été censuré en ce qu'il ressortait "de ses propres constatations qu'aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu n'avait été commise par un joueur quelconque" ; ainsi, la deuxième chambre civile persiste à penser qu'en considération de la nature spécifique de l'activité sportive et de l'existence évidente d'un risque assumé par les membres adultes d'une association sportive dans l'exercice de cette activité, l'association, qui "organise, dirige et contrôle" cette activité, de manière temporaire et souvent assez théorique dans la réalité, ne saurait répondre de tout dommage causé par ou à l'un de ses membres, et qu'il faut donc, pour engager la responsabilité civile de plein droit d'un tel groupement, démontrer que le dommage a été causé par un joueur, même non identifié, ayant commis une faute caractérisée par une violation des règles du jeu ;
- mais alors que cette jurisprudence limitait aux seuls dommages survenus au cours d'une compétition sportive, la responsabilité ainsi encourue, le présent arrêt l'étend aux phases d'entraînement. Cette extension a été voulue au regard du fait qu'il était logique de soutenir que les pouvoirs d'organisation, de direction et de contrôle de l'association sportive avaient autant de force et d'effectivité dans le cadre des phases d'entraînement qu'au cours d'une compétition.

Ainsi se dessine, dans ce domaine particulier des activités sportives, une responsabilité civile de plein droit originale, où, contrairement à ce qui a été jugé par ailleurs, notamment à propos de la responsabilité civile des père et mère du fait du dommage causé par leur enfant habitant avec eux ou à propos de la responsabilité civile de plein droit des personnes physiques ou morales ayant en charge des mineurs qui leur ont été confiés par décision de justice, les associations sportives ne doivent répondre du fait dommageable causé par leurs membres qu'en cas de faute prouvée caractérisée par une violation des

règles du jeu, en harmonie, donc, avec la situation juridique des sociétés à objet sportif du fait des actes dommageables fautifs commis par leurs préposés joueurs salariés sur le fondement de la responsabilité de plein droit des commettants (article 1384 alinéa 5 du Code civil).

2. Responsabilité contractuelle - Obligation de moyens - Obligation du centre de contrôle technique agréé des véhicules

1ère Chambre civile, 19 octobre 2004 (pourvoi n° 01-13.956)

Par cet arrêt, la Cour de cassation précise, pour la première fois, le régime de responsabilité applicable au centre de contrôle technique agréé des véhicules.

Cette décision présente un indéniable intérêt dans la mesure où la loi n°89-469 du 10 juillet 1989 a rendu le contrôle technique obligatoire pour tous les véhicules automobiles. Un arrêté du 18 juin 1991 définit les modalités de ce contrôle effectué par des contrôleurs agréés par l'Etat. Son annexe 1 contient la liste détaillée des points de contrôle, tandis que l'annexe 2 rappelle que *“la visite est effectuée sans démontage et porte sur l'ensemble des points visés”* par l'arrêté en cause.

Dans l'espèce commentée, un centre de contrôle avait établi une attestation de contrôle technique sans mentionner que le véhicule avait été précédemment accidenté et mal réparé. Le véhicule avait ensuite été gravement endommagé à la suite d'un accident. L'expert judiciaire avait indiqué que la réparation défectueuse était à l'origine de cet accident, mais avait émis un doute sur la possibilité pour le centre de contrôle de déceler les défauts, lors de la visite technique.

Alors que le demandeur au pourvoi soutenait que le centre de contrôle technique était tenu d'une obligation de sécurité dont il ne pouvait s'exonérer qu'en prouvant qu'il n'avait pas commis de faute, la Cour de cassation a jugé que la responsabilité du contrôleur ne pouvait être engagée, en dehors de la mission définie par l'arrêté du 18 juin 1991, qu'en cas de négligence susceptible de mettre en cause la sécurité du véhicule et que la cour d'appel n'avait pas inversé la charge de la preuve en estimant qu'en l'état des conclusions nettement dubitatives de l'expert, la faute du centre de contrôle n'était pas établie. Elle a considéré qu'il incombait au propriétaire du véhicule de démontrer le manquement du contrôleur à son obligation de prudence et de vigilance.

Cette solution s'explique par le fait que les modalités du contrôle technique, strictement réglementées par l'arrêté du 18 juin 1991, ne permettent pas au contrôleur d'effectuer un véritable diagnostic sur la dangerosité du véhicule. Ce texte cantonne la mission du contrôleur à la vérification, sans démontage du véhicule, d'un certain nombre de points considérés comme prioritaires et limitativement énumérés, l'objectif de cette réglementation étant de permettre la réalisation, à grande échelle, d'opérations de contenu identique, simples et rapides.

La responsabilité du contrôleur est incontestablement engagée s'il néglige de détecter un défaut, perceptible, concernant un point qu'il a mission de vérifier, mais la spécificité de sa mission ne permet pas de lui appliquer un régime de responsabilité de plein droit analogue à celui qui pèse sur le garagiste, tenu de restituer en bon état de marche le véhicule qui lui a été confié aux fins de réparation.

3. La responsabilité liée aux actes des professionnels de santé salariés

1ère Chambre civile, 9 novembre 2004 (pourvois n° 01-17.908 et 01-17.168)

Les fautes commises par un professionnel de santé, salarié d'un établissement de santé privé, engagent la responsabilité de ce dernier, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient.

La première Chambre civile avait, cependant, retenu que les médecins et sages-femmes gardaient, à la différence des autres salariés, une responsabilité personnelle justifiée par l'indépendance professionnelle dont ils disposent, cette jurisprudence étant aussi applicable aux chirurgiens dentistes.

Elle en avait déduit, comme le Tribunal des conflits, que le patient pouvait, indépendamment de l'action qu'il est en droit d'exercer à l'encontre de l'établissement privé de santé, engager la responsabilité des médecins et sages-femmes sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil (*Civ. 1ère, 30 octobre 1995, Bull. n° 383 et T. conflits, 14 février 2000, Bull. n° 2*) et que l'établissement déclaré responsable de fautes commises par ces professionnels pouvait exercer une action récursoire à leur encontre (*Civ. 1ère, 26 mai 1999, Bull. n° 175*).

Mais l'Assemblée plénière a affirmé que le préposé, qui agissait sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par son commettant, n'engageait pas sa responsabilité à l'égard des tiers (*Ass. Plén., 25 février 2000, Bull. n° 2, Costedoat*). Elle a même précisé que seul le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engageait sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci (*Ass. Plén., 14 décembre 2001, Bull. n° 17*).

La première Chambre civile avait expressément exclu le médecin salarié du bénéfice de cette jurisprudence en se fondant toujours sur son indépendance professionnelle (*Civ. 1ère, 9 avril 2002, Bull. n° 114 et 13 novembre 2002, Bull. n° 263*).

L'Assemblée plénière n'a, toutefois, procédé à aucune distinction entre les préposés disposant d'une indépendance professionnelle et les autres ; le préposé, dans l'arrêt *Costedoat*, étant d'ailleurs un pilote d'hélicoptère disposant d'une complète liberté d'action.

La doctrine a plutôt désapprouvé, à la suite de l'arrêt *Costedoat*, le fait que les médecins, sages-femmes et chirurgiens dentistes salariés ne bénéficient pas de l'immunité reconnue au préposé, même si certains auteurs ont, en premier lieu, critiqué le principe de l'irresponsabilité personnelle du préposé.

Ces professionnels de santé sont en effet, comme les autres salariés, soumis à diverses contraintes fixées par l'établissement de santé privé. Leur indépendance est en réalité limitée dans la mesure où elle ne porte que sur le choix du traitement et sa mise en oeuvre.

De plus, l'établissement de santé a l'obligation, en application de l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002, de souscrire une assurance en responsabilité civile couvrant les salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical.

La jurisprudence de la Chambre conduisait aussi à soumettre les professionnels de santé salariés, suivant qu'ils exercent leurs fonctions dans un établissement de santé privé ou public, à un régime de responsabilité radicalement différent ; les professionnels de santé salariés des établissements de santé publics n'engageant leur responsabilité personnelle qu'en cas de faute détachable de l'exercice des fonctions, l'établissement de santé public se substituant à eux dans les autres cas.

Or ils bénéficient de la même indépendance professionnelle affirmée par les Codes de déontologie des médecins, sages-femmes et chirurgiens dentistes.

La première Chambre civile a donc décidé d'appliquer la jurisprudence *Costedoat* au médecin et à la sage-femme salariés d'un établissement de santé privé.

Elle a affirmé que le médecin et la sage-femme salariés, qui agissaient sans excéder les limites de la mission qui leur était impartie par l'établissement de santé privé, n'engageaient pas leur responsabilité à l'égard du patient ; le chirurgien dentiste étant aussi concerné par cette nouvelle jurisprudence.

Les fautes commises par un professionnel de santé exerçant à titre libéral engagé, par contre, toujours la responsabilité personnelle de ce dernier, en vertu du contrat le liant à son patient ; la responsabilité de l'établissement de santé ne pouvant être retenue que dans l'hypothèse de fautes conjointes justifiant alors une condamnation *in solidum*.

4. Accident de la circulation - Véhicule à moteur - Définition - Tondeuse à gazon “auto-portée”
2^{ème} Chambre civile, 24 juin 2004 (Bull. n° 308)

Appelée, pour la première fois, à se prononcer sur la question de savoir si une tondeuse à gazon dite “auto-portée” ou “auto-tractée” était ou non un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, s'inscrivant dans une continuité jurisprudentielle qui l'a conduite à reconnaître cette qualification juridique à des engins motorisés divers, notamment agricoles, a répondu par l'affirmative.

Ainsi, la deuxième chambre civile approuve-t-elle les juges du fond d'avoir retenu, pour lui appliquer la loi précitée, que la tondeuse à gazon “auto-portée” à l'origine de l'accident subi par un enfant qui en avait chuté alors qu'il se tenait assis sur les genoux de la personne qui la conduisait “était un engin à moteur doté de quatre roues lui permettant de circuler, équipé d'un siège sur lequel une personne prend place pour le piloter”.

Il n'a pas échappé à la deuxième chambre civile que la soumission d'un engin de cette nature à la loi du 5 juillet 1985 aurait pour conséquence inévitable de l'assujettir à l'assurance automobile obligatoire.

Aussi consciente du fait que les contrats d'assurance de type “multirisques habitation” pouvaient expressément exclure - comme c'était précisément le cas dans l'espèce qui lui était soumise - la garantie de l'assureur en cas d'accident, fût-il “domestique”, survenant du fait de l'utilisation d'un tel engin qualifié de véhicule terrestre à moteur, il lui est apparu qu'il devrait appartenir aux fabricants et aux revendeurs de tondeuses ainsi motorisées, mais aussi - du moins lorsqu'ils sont avisés par un assuré de la détention d'un matériel de ce type - aux assureurs, tenus envers leurs assurés d'un devoir d'information et de conseil, d'attirer particulièrement l'attention des possesseurs de tels engins sur la nécessité de souscrire, au cas où leur contrat d'assurance ne la garantirait pas, une police complémentaire couvrant la responsabilité qu'ils seraient susceptibles d'encourir du fait des dommages causés par ces véhicules.

B. LES ASSURANCES

1. Assurance (règles générales) - Garantie - Exclusion - Faute intentionnelle ou dolosive - Caractère intentionnel - Appréciation souveraine
2^{ème} Chambre civile, 18 mars 2004 (Bull. n° 130)

Une altercation avait opposé deux automobilistes. L'un d'eux était descendu de son véhicule pour s'expliquer, le ton ayant monté, l'autre avait démarré et percuté son adversaire au moment où celui-ci s'apprêtait à rejoindre son propre véhicule. Un premier témoin affirmait que cet acte “*démentiel*” avait dû être exécuté “*tout à fait délibérément*”, tandis qu'un second témoin ajoutait qu'en accélérant brutalement le conducteur avait “*volontairement*” serré la victime entre les deux véhicules, ce qui avait eu pour effet de la projeter à terre.

Statuant sur l'action en responsabilité exercée par la victime, le tribunal avait fait application au litige de la loi de 1985, et condamné l'assureur du conducteur à garantir le sinistre. La cour d'appel avait estimé, au contraire, qu'il ne s'agissait pas d'un accident de la circulation et, se fondant sur les attestations des témoins, avait retenu l'existence d'une faute intentionnelle ou dolosive justifiant que l'assureur du conducteur ne soit pas tenu de répondre des pertes et dommages résultant d'un tel acte.

Le grief essentiel du pourvoi, contenu à la première branche du moyen, reprochait à l'arrêt d'avoir mis hors de cause l'assureur, en se fondant sur la constatation que l'assuré avait voulu “*réaliser l'acte générateur du dommage*” sans avoir établi la volonté de celui-ci de “*créer le dommage et non pas simplement de celle de réaliser l'acte cause du dommage, de créer un risque de dommage ou de commettre une imprudence caractérisée*”, précisait le pourvoi.

Ainsi se trouvait directement posée la question du contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'appréciation par le juge du fond de la faute intentionnelle ou dolosive au sens de l'article L 113-1 alinéa 2 du code des assurances.

L'arrêt attaqué se situait dans la continuité de la doctrine de l'arrêt *Civ. 1^{ère}, 04 juillet 2000, Bull. n° 203* (cf. rapport annuel de la Cour de cassation, année 2000 p. 403). C'est donc la doctrine de cet arrêt que mettait, directement, en cause le pourvoi.

La deuxième chambre, désormais attributaire du contentieux des assurances terrestres, depuis la fin de l'année 2003, a entendu adopter une position ferme tout en clarifiant certaines interrogations de la doctrine nées d'un précédent arrêt de la première chambre civile, du 27 mai 2003, *Bull. n° 125*. Cette décision avait rejeté un pourvoi qui faisait grief à une juridiction civile - statuant sur le recours subrogatoire exercé par l'assureur de la victime à l'encontre des auteurs du dommage et de leurs assureurs respectifs - d'avoir, alors que les auteurs du sinistre avaient été condamnés au plan pénal pour incendie volontaire, estimé au vu des éléments du dossier que les incendiaires n'avaient pas voulu le dommage tel qu'il s'était réalisé. Ce faisant, la première chambre n'avait fait que réaffirmer le pouvoir souverain d'appréciation, par le juge du fond, de l'intention des auteurs de rechercher le dommage tel qu'il s'était réalisé. Le pourvoi soutenait, au contraire, que la chose jugée au pénal s'imposant au juge civil ce dernier ne pouvait s'écarter de l'appréciation faite par le juge pénal du caractère volontaire de l'acte, fait générateur du dommage. La Première chambre, tout en rejetant ce grief, soulignait que le juge du fond avait, "... *sans méconnaître le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, exactement décidé (...)* que les assureurs étaient tenus à garantie". Répondant précisément à la critique du pourvoi, l'arrêt n'opérait pas un retour à un contrôle sur l'appréciation, par le juge du fond, de l'intention de commettre le dommage tel qu'il s'était réalisé. Il réaffirmait, au contraire, la plénitude du pouvoir d'appréciation du juge civil, plénitude dont la cour d'appel avait "exactement" usé en ce qui concerne l'articulation entre l'instance civile et l'instance pénale, en affirmant sa liberté d'appréciation de la faute intentionnelle, de l'article L 113-1 du Code des assurances, par rapport à ce qu'avait estimé le juge pénal au regard de la volonté de commettre le fait générateur du dommage. L'emploi du mot "exactement" ne signifiant pas - contrairement à ce que pourrait laisser penser une première lecture de l'arrêt - l'amorce d'un retour au contrôle. Il affirmait qu'en raison du particularisme de la faute intentionnelle du droit des assurances, qui suppose la recherche volontaire du dommage tel qu'il s'est réalisé, la décision rendue au pénal, portant sur le seul fait générateur du sinistre, n'avait pas autorité au civil.

Par ailleurs, la première chambre soulignait que de son appréciation souveraine, de la volonté de commettre le dommage tel qu'il s'était réalisé, le juge du fond avait tiré les conséquences qui s'en évinçaient en faisant une "exacte" application de l'exclusion légale de garantie énoncée à l'article L 113-1 du Code des assurances.

En d'autres termes, le pouvoir souverain réaffirmé en faveur du juge du fond ne va pas jusqu'à remettre en cause le contrôle que la Cour de cassation exercera toujours sur le caractère suffisant de la motivation, indispensable pour lui permettre de vérifier que le juge du fond a tiré les conséquences légales de ses constatations et appréciations souveraines.

Ainsi, l'arrêt de la deuxième chambre fournissait-il l'occasion de réaffirmer, sur ce point de droit, la doctrine ferme et claire de la Cour de cassation.

L'arrêt de la deuxième chambre ne laisse subsister aucun doute à cet égard, en soulignant la cohérence entre l'arrêt du 7 mai 2003 et le courant jurisprudentiel né du revirement du 4 juillet 2000. Il y apporte une précision complémentaire, destinée à lever les ultimes hésitations : "*l'appréciation par les juges du fond du caractère intentionnel d'une faute qui, au sens de l'article L 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, implique la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu'il est survenu, est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation*".

2. Prescription biennale - Interruption - Désignation d'expert

1ère Chambre civile, 24 février 2004 (pourvoi n° 01-02.719)

Deux actions dérivant du même contrat d'assurance garantissant le risque invalidité avaient été successivement intentées : la première par l'assuré qui, après un sinistre, avait sollicité une expertise en référé afin d'obtenir le bénéfice de la garantie et la seconde par l'assureur qui, plus de deux ans après avoir refusé de garantir son assuré, avait demandé l'annulation du contrat en application de l'article L. 113-8 du Code des assurances.

La cour d'appel a estimé que la prescription biennale, édictée par l'article L. 114-1 du Code des assurances, avait été interrompue par la désignation de l'expert et que, contrairement à ce que soutenait l'assuré, l'assureur, qui l'avait assigné dans le nouveau délai de deux ans courant à compter de cette désignation, n'était pas prescrit en son action.

L'article L. 114-2 du Code des assurances dispose que la prescription de deux ans relative aux actions dérivant du contrat d'assurances est interrompue par la désignation d'experts à la suite d'un sinistre, sans distinction à l'égard des parties.

Les actions intentées par l'assureur et l'assuré sont d'ailleurs en étroite relation et les conclusions d'une expertise sont de nature à avoir une influence sur l'issue de l'une et de l'autre.

La Chambre n'avait pas non plus retenu que l'interruption de la prescription ne profiterait qu'à la seule partie qui avait sollicité une expertise. Elle avait même relevé que la prescription biennale n'atteignait que l'action dérivant du contrat d'assurance et ne pouvait être étendue au moyen de défense opposé à une telle action et qu'il s'ensuivait que la nullité d'un contrat d'assurance invoquée par voie d'exception à l'action en garantie de l'assuré n'était pas soumise à la prescription (*Civ. 1ère, 17 mars 1993, Bull. n° 112*).

Elle a donc affirmé que la désignation d'experts à la suite d'un sinistre avait pour effet d'interrompre la prescription de deux ans relative à toutes les actions dérivant du contrat d'assurance.

3. Assurances de personnes - Assurances accidents corporels - Délai de prescription - Qualité de bénéficiaire

1ère Chambre civile, 24 février 2004 (Bull. n° 57)

Après le décès par maladie de leur auteur, adhérent à un contrat d'assurance de groupe "protection personnelle et familiale contre les risques d'accidents", ses héritiers ont réclamé à l'assureur le versement des indemnités dues à la suite d'un accident médical dont ce parent avait été victime. Ayant écarté l'application de la prescription décennale prévue par le dernier alinéa de l'article L. 114-1 du Code des assurances, la cour d'appel a déclaré l'action irrecevable au motif qu'elle était éteinte par la prescription biennale.

L'article 15 de la loi du 15 décembre 1989 a ajouté à l'article L. 114-1 du Code des assurances instaurant en matière d'assurance une prescription biennale un alinéa 6 ainsi rédigé : "*la prescription est portée à dix ans dans les contrats d'assurance sur la vie lorsque le bénéficiaire est une personne distincte du souscripteur et dans les contrats d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, lorsque les bénéficiaires sont les ayants droit de l'assuré décédé*".

Cet allongement du délai de prescription, destiné à protéger "les bénéficiaires" ignorant l'existence d'une assurance à leur profit (Lambert-Faivre, Droit des assurances, Dalloz, 11ème édition, n° 292), concerne deux types de contrats d'assurance : les contrats d'assurance sur la vie et les contrats d'assurances contre les accidents corporels.

1. En matière d'assurance sur la vie, la prescription décennale s'appliquera dans les hypothèses suivantes :

- pour les contrats d'assurance en cas de décès ou en cas de vie, lorsque le souscripteur assuré a désigné un tiers bénéficiaire,
- pour les contrats d'assurance en cas de vie, lorsqu'il s'agit d'une assurance de groupe à laquelle a adhéré l'assuré bénéficiaire.

Cette interprétation s'impose dès lors que l'on conserve au terme "bénéficiaire" le sens technique qu'il a en droit des assurances, qui désigne le bénéficiaire désigné dans le cadre d'une stipulation pour autrui. La constatation de l'absence d'une telle stipulation conduira ainsi à appliquer la prescription biennale :

- lorsqu'en l'absence de désignation d'un tiers bénéficiaire, la garantie due par l'assureur au titre d'une assurance en cas de décès revient à la succession du souscripteur décédé,
- en matière d'assurance en cas de vie, lorsque, le souscripteur étant décédé après l'échéance prévue par le contrat pour l'application de la garantie, les héritiers exercent contre l'assureur l'action en exécution du contrat qu'ils ont recueillie dans la succession de leur auteur.

2. Pour les assurances contre les accidents corporels, le texte soumet l'application du délai de prescription à deux conditions :

- l'assuré doit être décédé,
- les bénéficiaires doivent être les ayants droit de l'assuré.

Cette application est toutefois rendue délicate en raison des maladresses de rédaction du texte. D'abord, le terme "ayants droit" désigne en réalité les ayants cause de l'assuré, c'est à dire ses héritiers. Surtout, le terme "bénéficiaires" a été utilisé par le législateur sans tenir compte du sens précis qui a été rappelé ci-dessus. Le problème était alors de savoir s'il fallait, comme dans la première partie du texte, lire la disposition relative aux assurances accidents corporels en donnant à ce terme son sens strict. Un souci de cohérence et de respect de la lettre plutôt que de l'esprit de la loi a amené la Cour de cassation à retenir cette solution. Elle conduit toutefois à réduire considérablement la portée que le législateur a voulu donner à cette disposition et qui consistait, ainsi que l'enseigne la lecture des travaux préparatoires, à soumettre à la prescription décennale toutes les actions exercées contre l'assureur garantissant les accidents corporels par un héritier de l'assuré, qu'il soit ou non bénéficiaire désigné. L'interprétation retenue conduit, en revanche, à n'appliquer la prescription allongée qu'aux seuls cas dans lesquels le bénéficiaire désigné par le souscripteur de l'assurance est un héritier de ce souscripteur et qu'il exerce l'action contre l'assureur à la suite du décès accidentel de l'assuré.

4. Assurance de personnes - Assurance-vie - Eléments constitutifs - Aléa - Définition - Primes - Montant - Caractère manifestement exagéré eu égard aux facultés du souscripteur - Appréciation - Critères - Détermination

(Chambre mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 5, 6, 7 et 8 ; BICC n° 613, p. 17, rapport de Mme Crédeville et avis de M. de Gouttes)

Les quatre pourvois proposés à l'étude de la première chambre civile n° 01-13.592 (arrêt n° 224) n° 02-11.352 (arrêt n° 225) n° 02-17.507 (arrêt n° 226) et n° 03-13.673 (arrêt n° 227), qui posaient tous le problème de la nature des contrats qualifiés d'assurance-vie au moment de leur souscription et pour la première fois aussi directement, comme si on avait pu craindre la réponse qui pouvait être faite entraînant la remise en cause d'importantes incidences fiscales, matrimoniales et successorales, ont été renvoyés devant la chambre mixte de la Cour de cassation qui a statué le 23 novembre 2004 par quatre arrêts.

La Cour de cassation a rendu ses décisions après avoir, compte tenu non seulement de l'importance des enjeux en cause mais aussi du rôle du juge qui ne se borne pas à dire le droit mais à mesurer la portée de ses décisions à l'aune de la vie économique dont elles sont le reflet et de la société à laquelle elles s'imposent, consulté et pris avis des principaux intéressés qui ne se bornaient pas aux intervenants et qui étaient, le conseil supérieur du notariat, la fédération française des sociétés d'assurances, le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ainsi que le ministère de la justice.

Dans les trois premiers pourvois, étaient en cause des contrats d'assurance sur la vie avec contre-assurance-décès dont la clause bénéficiaire ne profitait pas aux héritiers du souscripteur ou ne les désignait que pour une part et dans le quatrième pourvoi la qualification de contrat de capitalisation et non d'assurance sur la vie retenue par la cour d'appel était critiquée par les établissements de crédit bénéficiaires d'une garantie constituée par le contrat souscrit par le gérant de la société auquel un prêt avait été accordé. Pour toutes ces affaires mettant en cause la définition du contrat d'assurance qui repose sur la notion d'aléa, la Cour de cassation a décidé que **le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1, 1°, et R. 321-1, 20, du Code des assurances, et constitue un contrat d'assurance sur la vie.**

En effet, après l'analyse de tels contrats fonctionnant sur le mode de la stipulation pour autrui, il est apparu que si le contrat d'assurance sur la vie, dont l'objet est la prévoyance, avait été conçu à l'origine pour assurer l'entretien décent des membres survivants de la famille, il s'est transformé en assurance de la propre survie du souscripteur tant l'espérance de vie s'est allongée. Dans ce contexte, la méthode de gestion que constitue la capitalisation est devenue un mode habituel de fonctionnement du contrat d'assurance sur la vie et le versement de primes multiples ou d'une prime unique constitue le capital placé. Cependant lors de la souscription d'un contrat d'assurance mixte, le souscripteur ne sait pas si c'est lui ou le bénéficiaire qu'il désigne qui bénéficiera du contrat puisque son dénouement dépend de la réponse à la question de savoir quand il prendra fin, c'est-à-dire à son décès ou après un délai de plusieurs années. La personne qui bénéficiera du contrat dépend de la réalisation de l'une ou l'autre alternative. Le montant de la créance contre l'assureur sera affecté par la durée du contrat dans la mesure où les intérêts courront plus ou moins longtemps et où les frais de gestion de l'assureur seront également comptabilisés. Il existe donc bien un aléa lié à la vie humaine, à sa durée qui affecte le contrat et de la réponse à la question **quand** il est dénoué, dépend celle de savoir à **qui** bénéficie le contrat et à **combien** s'élève le capital versé en vertu des stipulations qu'il contient.

C'est dès la souscription du contrat qu'il a été décidé d'apprécier l'existence de l'aléa et non au moment de son dénouement comme l'a fait le Conseil d'Etat qui a rendu une décision le 19 novembre 2004 où il a requalifié un contrat d'assurance-vie en donation après avoir rappelé que l'administration de l'aide sociale était en droit de rétablir la nature exacte des actes pouvant justifier l'engagement d'une action en récupération.

Le visa de l'article 1964 du Code civil rappelle que les effets de l'aléa qui dépendent d'un événement incertain peuvent ne concerner qu'une partie au contrat. La référence aux articles L 310-1,1° et R 321-1,20 du Code des assurances reprend la définition du contrat d'assurance-vie qui avait été donnée pour la première fois dans l'article 1er de la loi du 17 mars 1905 et l'article 1er du décret-loi du 14 juin 1938.

En contrepartie du régime exorbitant de l'assurance sur la vie quant aux conséquences fiscales et successorales qu'elle entraîne, une force accrue est conférée aux dispositions de l'article L 132-13 alinéa 2 du Code des assurances : **il résulte de l'article L 132-13 du Code des assurances que les règles du rapport à succession et celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers ne s'appliquent pas aux sommes versées au contractant au titre des primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement excessives eu égard à ses facultés ; un tel caractère s'apprécie au moment du versement au regard de l'âge ainsi que des situations patrimoniale et familiale du souscripteur.** Le seul apport de l'arrêt Leroux rendu le 18 juillet 2000 qui ne s'était pas prononcé sur la qualification du contrat qui ne lui était pas soumis et qui avait ouvert le feu quant à la nature des contrats dits d'assurance sur la vie, avait été de dire que, les dispositions des articles L 132-12 et L 132-13 du Code des assurances ne s'appliquaient pas aux contrats de capitalisation. C'est dire qu'elles s'appliquent à ceux qui n'en sont pas.

L'article L 132-13 du Code des assurances exclut du domaine du rapport et de la réduction le capital, qui, n'ayant jamais fait partie du patrimoine du stipulant, ne constituant pas une valeur successorale, ne saurait entrer en ligne de compte pour le calcul de la réserve ; toutefois le montant des primes est sorti du patrimoine du contractant et si les sommes versées comme primes ont été manifestement excessives en raison des facultés de l'assuré il y aura lieu à rapport et à réduction¹. Le caractère manifestement exagéré des primes s'apprécie en tenant compte de divers facteurs : la situation de fortune globale du souscripteur, qui permet au juge de procéder à un véritable contrôle de proportionnalité, le mobile de la souscription qui démontre que l'on est passé de la volonté de gratifier à une attitude de

¹ Réduction et rapport tendent au même objectif : protéger les héritiers des libéralités excessives de leur auteur. La première contraint les bénéficiaires des libéralités excédant la quotité disponible à restituer le trop perçu aux héritiers réservataires, elle ne joue donc que dans la mesure nécessaire au rétablissement de la réserve héréditaire. Le rapport, lui, a pour finalité d'assurer l'égalité entre héritiers ; il oblige le copartageant à réintégrer la totalité de la libéralité qui lui a été faite sauf stipulation spéciale. Autrement dit, la réduction suppose que le défunt a avantagé un tiers ou un héritier au delà de ce qui lui était permis par la loi, alors que le rapport suppose que le défunt n'a pas voulu avantager un héritier, bien que la loi le lui permette sans toutefois pouvoir porter atteinte à la réserve.

reconnaissance ou à l'expression du devoir de secours entre époux, ainsi que l'utilité de la souscription de ce type de contrat pour le souscripteur. Le critère de l'âge renvoie à celui de l'utilité ou de la finalité de l'opération. Les limites posées par le législateur à la liberté de disposer de son patrimoine en présence d'héritier signifient que les règles de la dévolution successorale existent et que l'assurance sur la vie ne sert pas à les contourner. Il apparaît évident que ce caractère s'apprécie au moment du versement des primes quand précisément ce sont encore des primes, avant de devenir, grâce au capital qu'elles constituent et en application des règles de la stipulation pour autrui, une créance contre l'assureur. Encore fallait-il le préciser : le caractère exagéré à prendre en compte est celui des primes au moment où elles sont prélevées sur le patrimoine du souscripteur puisque l'exagération est à prendre en compte afin de déterminer la nature du contrat, soit au moment de l'engagement en capital. La Cour de cassation se réserve de contrôler la motivation par les juges du fond de l'existence des critères relevés.

Ces décisions, en mettant en relief des critères précis permettant la qualification des contrats soumis à l'appréciation des juges du fond, devraient mettre fin aux hésitations des juridictions, aux tergiversations des différents professionnels concernés et guider les solutions à venir si tant est qu'un contentieux subsiste quant à l'application des solutions données.

5. Assurances - Assurance de responsabilité - Clause de réclamation - Clause autorisée par une disposition réglementaire - Déclaration d'illégalité

1ère Chambre civile, 2 juin 2004 (Bull. n° 155)

De nombreux assureurs de responsabilité ont inséré dans les contrats des clauses prenant cumulativement la survenance du dommage et la réclamation de la victime comme critère du sinistre et prévoyant que l'une et l'autre devaient se situer pendant la période garantie. Ces clauses "de réclamation" ont d'abord été admises par la jurisprudence, au nom de la liberté contractuelle. Mais à l'usage, il est rapidement apparu qu'elles recélaient des dangers pour l'assuré, d'abord en ce que la présentation de la réclamation dépendait de circonstances sur lesquelles ce dernier n'avait aucune prise, ensuite en ce que la résiliation devenait, pour certains assureurs, un moyen d'échapper à leur obligation.

Après avoir analysé de telles clauses comme des clauses de déchéance, inopposables aux victimes (Civ. 1ère, 22 janvier 1985, Bull. n° 28), la Cour de cassation les a considérées comme nulles, en retenant que *le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période et que la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en oeuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie* (Civ. 1ère, 19 décembre 1990, Bull. n° 303). Elle a maintenu fermement sa jurisprudence (voir notamment Civ. 1ère, 16 décembre 1997, Bull. n° 370).

Toutefois, lorsque de telles clauses "de réclamation" étaient autorisées par le pouvoir réglementaire, la Cour de cassation n'avait pu qu'en admettre la validité (Civ. 1ère, 23 juin 1993, Bull. n° 227, à propos de l'assurance obligatoire de responsabilité professionnelle des agents immobiliers, Civ. 1ère, 9 mars 1999, Bull. n° 82, à propos de l'assurance obligatoire de responsabilité des centres de transfusion sanguine).

A la faveur de l'important contentieux de l'indemnisation des victimes de contamination par le virus de l'hépatite C, des victimes ont saisi la juridiction administrative d'une contestation de la légalité de l'arrêté du 27 juin 1980 autorisant la stipulation de clauses "de réclamation". C'est ainsi que par son arrêt "Beule" du 29 décembre 2000, le Conseil d'État a déclaré illégale l'annexe de cet arrêté, en ce qu'elle autorisait une telle clause en reprenant à son compte, dans des termes quasiment identiques, la motivation de principe des arrêts du 19 décembre 1990 précités.

L'arrêt commenté du 2 juin 2004, et les autres arrêts du même jour, se prononce sur la validité de clauses de réclamation stipulées dans des contrats souscrits sous l'empire d'un texte réglementaire depuis déclaré illégal. Plusieurs questions devaient être tranchées.

Il appartenait à la Chambre d'apprécier si, compte tenu des évolutions législatives récentes autorisant, pour les contrats d'assurance de responsabilité professionnelle, la stipulation de clauses de réclamation (article 4, al. 3 et 4 de la loi du 30 décembre 2002, article 8 de la loi du 1er août 2003), mais aussi compte tenu de la position adoptée par la Haute juridiction administrative, elle maintenait sa condamnation de telles clauses. Elle confirme fermement sa jurisprudence antérieure, en reproduisant les termes de ses arrêts de 1990, tout en réservant le cas des autorisations législatives spécifiques.

Il appartenait également à la Chambre de se prononcer sur la validité des clauses stipulées sur le fondement de l'arrêté du 27 juin 1980 dans les contrats qui lui étaient soumis, eu égard à la déclaration d'illégalité prononcée par le Conseil d'État. Dans la continuité de la jurisprudence adoptée par la Cour de cassation, d'abord en matière criminelle (Crim. 4 décembre 1930, D. H. 1931, page 21), puis dans les instances civiles (Civ. 1ère, 19 juin 1985, D. S. 1985, page 426 ; Com. 26 avril 2000, Bull. n° 85), elle a estimé qu'il importait peu que la déclaration d'illégalité fût intervenue dans une autre instance. Elle a, de plus, pris en considération l'effet déclaratif de la décision d'illégalité pour en tenir compte dans l'appréciation de la validité des clauses en cause au regard des dispositions du code civil et du code des assurances, selon l'interprétation qu'elle leur a donnée depuis 1990. Elle a retenu que l'expiration des effets du contrat, pas plus que les objectifs invoqués de sécurité juridique, d'intelligibilité de la loi et de confiance légitime, ne pouvaient faire obstacle à une telle appréciation.

Cette position de principe a été retenue par la deuxième Chambre civile, en son arrêt n° 1652 du 21 octobre 2004.

6. Assurance responsabilité - Garantie - Limitation fixée par la police - Limitation dans le temps - Clause reproduisant une clause-type réglementaire - Déclaration d'illégalité du règlement - Portée

2^{ème} Chambre civile, 21 octobre 2004 (pourvoi n° 02-20.694, à paraître)

Il résulte des termes de la loi n° 61-846 du 2 août 1961 que les organismes de transfusion *“assument, même sans faute, la responsabilité des risques courus par les donneurs en fonction des opérations visées aux alinéas 3 et 4 ci-dessus et doivent contracter une assurance couvrant, sans limitation de somme, la responsabilité de ces établissements du fait de ces risques”* et que *“cette assurance doit comporter des garanties au moins égales à celles qui seront définies par un arrêté pris conjointement par le ministre de la santé publique et de la population et le ministre des finances et des affaires économiques”* (article L. 667 du Code de la santé publique, aujourd'hui abrogé par l'article 4 de l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000).

S'agissant des dommages causés, non plus aux donneurs seuls visés par la loi mais aux receveurs, par ces produits et leurs dérivés, une obligation d'assurance a été édictée par un arrêté conjoint du ministre de l'économie et du ministre de la santé en date du 27 juin 1980² pris en application de l'article L. 667.

Cet arrêté a défini les garanties minimales (énoncées dans un contrat-type annexé à l'arrêté) devant figurer dans les contrats d'assurance souscrits par les centres de transfusion sanguine pour satisfaire à cette nouvelle obligation d'assurance.

Ces garanties minimales concernent, comme le précise l'article 2, outre les dommages causés aux receveurs de produits sanguins (garantie A), les conséquences des dommages causés aux receveurs des produits sanguins (la seule qui intéresse cette affaire) : la garantie E *“R.C. après livraison des produits (sang et dérivés)”*.

Enfin l'article 4 de l'annexe, relatif à la durée des garanties, précise en son alinéa 3 que *“ la garantie E visée à l'article 2 s'applique aux réclamations se rattachant à des produits livrés pendant la*

² J. O., 21 septembre 1980, p. 8434 N.C.

durée du contrat et portées à la connaissance de l'assuré dans un délai maximum de cinq ans après la date d'expiration du contrat".

Le libellé de l'article 2 souligne (alors que l'article L. 667 n'envisageait que la garantie des "risques encourus par les donneurs" de produits sanguins, plasma, etc...) que l'autorité réglementaire a, d'initiative, étendu le champ de la garantie aux receveurs de ces produits. Cette disposition a fait l'objet de deux arrêts rendus le même jour par le Conseil d'Etat. Le premier arrêt (*C. E., sect. 29 décembre 2000, n° 214208*³) statue sur une requête en annulation de l'arrêté pour excès de pouvoir : la contestation portait sur la compétence de l'autorité réglementaire intervenue dans le domaine de la loi. Le second recours, qui intéresse plus directement la décision commentée, a donné lieu à un arrêt *C. E., sect. 29 décembre 2000, Beule et autres, nos 212338 et 215243* lequel, statuant sur une question préjudicielle tenant à la légalité de la clause-type prévue à l'article 4 de l'annexe de l'arrêté du 21 juin 1980, a déclaré illégale ladite clause-type en ce qu'elle permettait l'insertion dans les contrats d'assurance de clauses réduisant dans le temps l'obligation de garantie contractée par les assureurs.

Cette clause limitant la garantie dans le temps est donc au centre des débats.

La question posée renvoyait à un cadre juridique bien défini depuis qu'en 1990 la Cour de cassation avait condamné les clauses de réclamation de la victime, conçues dans le but de réduire la durée de la garantie de l'assureur. Le pourvoi des assureurs, qui tendait à remettre en cause cette solution jurisprudentielle, cherchait à faire produire effet à une telle clause au motif qu'elle était valablement fondée sur un règlement qui, pour avoir été déclaré illégal en 2000, n'en avait pas moins créé, antérieurement à cette décision, des droits acquis pour l'assureur. En d'autres termes, celui-ci soutenait qu'appliquer le droit en vigueur au moment où le juge judiciaire statuait, sans égard pour l'état du droit en contemplation duquel les obligations contractuelles avaient été souscrites, revenait à violer l'objectif de sécurité juridique et à méconnaître les droits acquis sur de tels fondements.

Ce contentieux trouvait donc sa source dans le fait que l'obligation d'assurance imposée aux centres de transfusion sanguine, en ce qui concerne leur responsabilité contractuelle à l'égard des receveurs de produits transfusés, au lieu de résulter de la loi, émanait d'un règlement (l'arrêté du 27 juin 1980) déclaré illégal vingt ans plus tard, le 29 décembre 2000, par le Conseil d'Etat.

La responsabilité du dommage imputé au centre de transfusion sanguine n'étant pas discutée, le recours ne concernait que la garantie du sinistre en posant, à nouveau, la question de la validité des clauses de "réclamation de la victime", déclarées non écrites par la Première chambre civile à l'occasion de sept arrêts rendus le 19 décembre 1990⁴ : " ... *que le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en oeuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; que cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite...* "

Cependant, le principe de séparation des compétences administrative et judiciaire interdisant au juge civil de contrôler la légalité des règlements, sauf atteinte grave au droit de propriété ou à la liberté individuelle, la jurisprudence de la Cour de cassation avait été amenée à distinguer deux hypothèses :

1°) elle réaffirmait sa condamnation de principe des clauses de réclamation lorsqu'aucune disposition réglementaire ne fondait la clause contractuelle litigieuse : en ce sens, *Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1997*⁵ dans une espèce où les assureurs avaient eu recours à une clause qui limitait à deux ans le délai dans lequel la réclamation pourrait être effectuée après la livraison d'un produit vicié (" ... *qu'en statuant ainsi, alors que (...) la clause litigieuse avait pour effet de limiter la garantie de l'assureur à une durée inférieure à celle*

³ V. note Vincent (F.) *R.G.D.A.*, 2001, n°1, pp. 101 et suivantes.

⁴ *Bulletin civil* 1990, I, n°303.

⁵ *Bulletin civil* 1997, I, n°370.

de la responsabilité de l'assuré, de sorte qu'elle devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé les textes susvisés...”).

2°) mais elle refusait de sanctionner ces mêmes clauses contractuelles lorsqu'elles étaient fondées sur une norme réglementaire dont la légalité n'était pas contestée par les parties (ce que rappellent les rapports de la Cour de cassation pour l'année 1993, p. 337 et pour l'année 1994, p. 364). Cette solution née du principe de séparation des compétences, judiciaire et administrative, comporte de nombreuses illustrations⁶. C'est ainsi qu'a été validée une clause qui limitait la durée de la garantie, dans une hypothèse proche de l'affaire objet de la présente note (Civ. 1^{ère}, 9 mars 1999⁷) au motif que ladite clause était conforme tant à l'article L. 667 du Code de la santé publique qu'à l'arrêté du 27 juin 1980. L'arrêt condamnant l'assureur à garantir le sinistre avait été cassé au motif que “ *...la limitation de la garantie dans le temps de l'assurance des centres de transfusions sanguines est expressément autorisée par un texte légal, qui n'a pas été abrogé...*”.

Or le “texte légal” visé par cet arrêt a cessé de l'être à la suite de l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 décembre 2000 statuant sur une question préjudicielle soulevée devant le juge judiciaire. Le Conseil d'Etat a déclaré l'arrêté du 27 juin 1980 partiellement illégal (dans sa rédaction antérieure à l'arrêté ministériel du 29 décembre 1989), en adoptant une motivation proche de celle de la première chambre civile dans ses arrêts du 19 décembre 1990 : “*que le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que la clause-type (...) conduit à créer un avantage illicite dépourvu de cause, et par conséquent contraire aux dispositions de l'article 1131 du code civil, au profit du seul assureur, qui aurait perçu les primes sans contrepartie...*”⁸.

Cette décision a suscité la satisfaction des uns⁹, et les critiques de ceux qui y voyaient déjà un facteur d'insécurité juridique¹⁰ (l'un des arguments majeurs du pourvoi). Ainsi, pour Mme Lambert-Faivre ces jurisprudences convergentes, administrative et judiciaire, conféraient valeur de principe général à un texte conçu pour la seule responsabilité des constructeurs : l'article L. 241-1, al. 3¹¹. Cet auteur ajoutait que “*la portée de cet arrêt excède la champ de l'arrêté de 1980 et conforte, avec les arrêts précédents de la Cour de cassation, une règle de fond du droit des assurances de responsabilité civile. En droit civil le sinistre n'est jamais et n'a jamais été la «réclamation» de la victime et les jugements de responsabilité ont toujours été déclaratifs d'un droit à réparation né du dommage*”¹², pour conclure, s'agissant de la portée de l'arrêt *Beule*, que “*les clauses 'réclamation' sont bien exterminées*”¹³.

En l'espèce, le contrat d'assurance souscrit par le centre de transfusion sanguine avait été résilié le 31 décembre 1989. La victime avait été contaminée par le virus de l'hépatite C pendant la durée de validité du contrat, mais sa contamination n'avait été révélée que tardivement. Dès lors, la réclamation de

⁶ En matière de responsabilité professionnelle d'un agent immobilier, Civ. 1^{ère}, 23 juin 1993, Bull. 1993, n° 227, de même Civ. 1^{ère}, 2 mars 1994, Bull. n° 82 (s'agissant de l'assurance de responsabilité civile d'un syndic immobilier), et Civ. 1^{ère}, 02 juillet 1996, Bull. n° 279. Dans ces trois espèces, se trouve validée une clause qui stipulait une limitation de la durée de garantie, conforme aux exigences de l'arrêté du 1^{er} septembre 1972, pris en application de l'article 49 du décret du 20 juillet 1972 concernant les garanties minimales de l'assurance obligatoire de responsabilité professionnelle prévue par la loi du 2 janvier 1970. C'est, aussi, dans ces conditions qu'a été validée une clause conditionnant la prise en charge du sinistre à une réclamation formulée dans la période de validité du contrat au motif qu'elle était conforme aux exigences de l'article 26 du décret du 28 mars 1977, pris en application de la loi du 11 juillet 1975, fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation de voyages ou de séjours (Civ. 1^{ère}, 2 juillet 1996, Bull. n° 278).

⁷ Bulletin civil. 1999, I, n° 82 ; *Dalloz* 1999, p. 714, note Serverin.

⁸ C. E., sect., 29 décembre 2000, *Beule* et autres, nos 212338 et 215243.

⁹ Y. Lambert-Faivre, “De la licéité des obligations d'assurance réglementaires, et des limitations de garantie dans le temps et en montant”, note sous l'arrêt *Consorts Beule*, *Dalloz* 2001, p. 1265.

¹⁰ Delpoux (C.) « Durée de la garantie dans les assurances de responsabilité civile réglementées : un nouveau cas d'insécurité juridique », *R.G.D.A.* 2001, p. 33 ; Vincent (F.) note sous les deux arrêts du Conseil d'Etat, en date du 29 décembre 2000, *R.G.D.A.* 2001, n° 1, pp. 98 et suiv. et 101 et suiv.

¹¹ Précis de Droit des assurances, 11^{ème} édition, page 480.

¹² Lambert-Faivre (Y.), La licéité des obligations d'assurance réglementaire, et les limitations de garantie dans le temps et en montant, note sous CE 29 décembre 2000, *Dalloz* 2001, p. 1269.

¹³ *Précis de Droit des assurances*, 11^{ème} édition, page 479.

la victime auprès de l'assuré (visée à l'article L 124-1 du Code des assurances) avait été formulée plus de cinq ans après la résiliation du contrat.

A titre principal, l'assureur, se prévalant de la clause restreignant sa garantie dans le temps, déniait sa garantie. Il faisait valoir, à titre subsidiaire, que son consentement avait été vicié : l'illégalité de la clause litigieuse remettait en cause, selon lui, l'équilibre du contrat en faisant produire à son engagement initial une obligation à garantie qu'il qualifiait d' "illimitée". Précisément, ajoutait-il, parce que la clause de limitation dans le temps avait été négociée avec les pouvoirs publics comme la contrepartie à l'assurance, et que, sans la sécurité que lui offrait cette clause, il n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes.

La cour d'appel avait néanmoins déclaré non écrite la clause de réclamation de la victime, et rejeté la demande de nullité de la garantie dans son ensemble en estimant qu'aucune erreur, ni sur la substance, ni sur le droit, n'était en l'espèce démontrée : l'assureur ne pouvant tirer argument de l'erreur qui serait résultée de l'annulation partielle de l'arrêt, en contemplation duquel il avait contracté, fût-elle survenue postérieurement à la résiliation du contrat.

Le pourvoi, qui reprochait à l'arrêt d'avoir retenu la garantie de l'assureur, soutenait d'abord que la déclaration d'illégalité prononcée par le juge administratif - à la différence de l'annulation pour excès de pouvoir - n'ayant pas d'effet rétroactif au regard de la jurisprudence administrative, le juge judiciaire ne pouvait remettre en cause des situations contractuelles passées, et correctement exécutées conformément à l'état du droit en vigueur au moment de la conclusion du contrat. En jugeant le contraire la juridiction du fond avait "ressuscité" une convention éteinte, et ayant produit tous ses effets au moment où elle statuait. De plus, la décision de retenir la garantie de l'assureur méconnaissait la portée nécessairement limitée, pour l'avenir, de la déclaration d'illégalité résultant de l'arrêt du Conseil d'Etat.

A ce premier grief la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a répondu dans le droit fil des précédents du 19 décembre 1990 en énonçant "*que ladite clause, en ce qu'elle tendait à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré était génératrice d'une obligation sans cause et, comme telle, illicite et réputée non écrite*". Cette réponse formulée par les trois arrêts du 21 octobre 2004 (pourvois n° 02-20.694, n° 03-15.358 et 03-15.478), rejoint celle donnée par la première chambre quatre mois plus tôt¹⁴.

Ensuite, la deuxième chambre a confirmé l'*autorité absolue* reconnue par le juge judiciaire aux déclarations d'illégalité prononcées par le juge administratif, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les cas d'annulation pour excès de pouvoir et les déclarations d'illégalité proprement dites (contrairement à la jurisprudence administrative¹⁵). Là encore la décision commentée se situe dans la continuité de la jurisprudence qui considère, à la suite d'un arrêt de la première chambre du 19 juin 1985¹⁶, que "*toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, fût-elle décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil qui ne peut plus faire application du texte illégal*". Cette solution qui s'inspirait d'un arrêt de la Chambre criminelle du 4 décembre 1930¹⁷, avait été réaffirmée en 2002¹⁸.

De ces deux principes combinés, la Cour de cassation a déduit que lorsque la clause litigieuse n'est plus, au moment où le juge statue, valablement fondée sur un règlement, plus rien ne lui interdit, en tant que juge du contrat, d'apprécier la validité de cette clause (dans des conditions similaires aux précédents du 19 décembre 1990) et de la sanctionner dès lors qu'elle crée au bénéfice de l'assureur une obligation à garantie plus courte que le délai pendant lequel la responsabilité de l'assuré est susceptible d'être recherchée par la victime du sinistre.

L'arrêt ici présenté réaffirme les deux principes ci-dessus rappelés (illégalité des clauses de réclamation, et autorité absolue des déclarations d'illégalité), pour en déduire qu'en privant l'assureur du bénéfice de la clause litigieuse la cour d'appel n'avait pas méconnu les droits que l'assureur prétendait

¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 2004, Bull. n° 155, p. 131 (cassation partielle).

¹⁵ V. Fabrice Melleray, L'Etendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif, *AJDA*, janvier 2004, p. 138 - 142.

¹⁶ Bulletin civil 1985, I, n° 200, *Office national de la chasse c/ Gesdon* ; *Dalloz* 1985, p. 426.

¹⁷ Cass. Crim, 4 décembre 1930, *Abbé Gautrand c/ Ministère public*, *Dalloz* 1931, I, p. 33-37, note J. Appleton.

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 8 septembre 2002, Bull. n° 208.

avoir acquis sur la base d'un règlement déclaré illégal postérieurement à la résiliation du contrat. Ce faisant l'arrêt commenté manifeste, implicitement, que le respect de la légalité participe de l'objectif de sécurité juridique ; un objectif qui n'autorise pas, en l'espèce, à se prévaloir de droit acquis sur la base d'un règlement qui contrevenait aux dispositions édictées par la loi.

C'est ce que synthétise la réponse au premier grief du pourvoi : *“que le juge se prononce en application du droit objectif en vigueur au moment où il statue et que la déclaration d'illégalité du texte réglementaire sur lequel était fondée la clause litigieuse, prononcée à l'occasion d'une autre instance, s'imposait à lui ; que la cour d'appel en a exactement déduit, sans remettre en cause les droits acquis ou l'objectif de sécurité juridique, que ladite clause, en ce qu'elle tendait à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré était génératrice d'une obligation sans cause et, comme telle illicite et réputée non écrite”*.

L'assureur contestait alors que la clause litigieuse puisse être déclarée non écrite sans qu'une telle sanction n'emporte, en même temps, la nullité de la garantie dans son ensemble. Il invoquait sa propre erreur à la fois sur la substance et sur le droit.

Indépendamment du fait que la privation de tout effet de la clause litigieuse constitue une sanction (laquelle impose de façon logique, sauf à contredire l'objectif de sanction, le maintien des autres obligations contractuelles), le moyen tiré de l'erreur a été rejeté. La Cour de cassation (en l'espèce seule la deuxième chambre civile, la première chambre n'ayant pas été saisie de ce moyen) a retenu que les juridictions du fond avaient souverainement apprécié l'absence d'erreur sur la substance et, surtout, considéré que la déclaration d'illégalité ne pouvait être invoquée comme constitutive d'une erreur sur l'étendue des engagements souscrits. Il n'est pas indifférent de rappeler que la clause-type déclarée illégale (qui avait précisément pour objet de déroger aux obligations imposées aux assureurs par la loi) était le résultat d'une négociation entre assureurs et pouvoirs publics, ce dont se prévalait l'assureur dans ses propres écritures. Enfin, ne pas retenir cette solution eût nécessairement contredit l'affirmation, régulièrement réitérée, que l'exigence ou l'objectif de sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante dont l'évolution relève, précisément, de l'office du juge dans l'application de la loi¹⁹. Le grief rejoignait ainsi, par le détour de l'erreur, le grief de la première branche, pris de la méconnaissance des droits acquis et de l'objectif de sécurité juridique. Il prétendait, à nouveau, qu'un droit acquis pourrait naître d'une norme illégale, ou d'une situation fondée sur une disposition réglementaire contraire à la loi.

En définitive, ainsi que le souligne le « chapeau » d'un récent arrêt de cassation²⁰, c'est bien de la combinaison des deux principes ci-dessus rappelés (illégalité des clauses de réclamation, et autorité absolue des déclarations d'illégalité) que la deuxième chambre a déduit, d'une part, que c'était sans remettre en cause les droits acquis ou l'objectif de sécurité juridique que la clause de réclamation avait été déclarée non écrite, en dépit du fait que la déclaration d'illégalité du règlement qui la fondait soit intervenue postérieurement à la résiliation du contrat et, d'autre part, que nul argument tiré de l'erreur commise par l'assureur ne pouvait être invoqué en raison de la modification de l'environnement juridique qu'induisait cette déclaration d'illégalité.

¹⁹ Ce principe réaffirmé, notamment, par un arrêt Cass. 2^{ème} civ. 8 juillet 2004 (en cours de publication), pourvoi n° 03-14.717, a toutefois connu une exception notable avec Cass. 2^{ème} civ. 2, 08 juillet 2004 (en cours de publication), pourvoi n° 01-10.426 ; *Dalloz* 2004, p. 2956.

²⁰ Cass. 2^{ème} civ., 17 février 2005, pourvoi n° 03-20.679 (en cours de publication) : *“Attendu qu'en matière d'assurance de responsabilité, le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que le juge, qui se prononce selon le droit en vigueur au moment de sa décision, est tenu de faire application de la déclaration d'illégalité, même prononcée à l'occasion d'une autre instance, du texte réglementaire sur lequel est fondée la clause qui tend à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré ; que toute clause de cette nature, génératrice d'une obligation sans cause, et comme telle illicite, doit être réputée non écrite, sans qu'il y ait atteinte à des droits acquis ou à l'objectif de sécurité juridique”*.

VI - LA PROCÉDURE CIVILE ET L'ORGANISATION DES PROFESSIONS

A. PROCÉDURE CIVILE

1. Prescription civile - Interruption - Acte interruptif - Assignation pour rendre commune les opérations d'expertise

Chambre commerciale, 30 juin 2004 (Bull. n° 140)

La chambre commerciale, dans la lignée des arrêts ayant retenu qu'une assignation, même en référé, interrompait le bref délai de l'article 1648, a énoncé qu'une assignation en référé aux fins de rendre communes à un tiers les opérations d'expertise précédemment ordonnées interrompait la prescription à l'égard de ce tiers. Par analogie avec la jurisprudence aux termes de laquelle l'effet interruptif de la prescription résultant d'une action en justice se prolonge jusqu'à ce que le litige trouve sa solution, c'est-à-dire en matière de référé-expertise à la date de la décision ordonnant l'expertise (Civ. 2^{ème}, 6 mars 1991, Bull. n° 77), la chambre a retenu que l'instance se trouvait interrompue jusqu'à la décision rendant commune les opérations d'expertise.

2. Prescription civile - Délai - Réduction - Faute lourde - Absence d'influence

Chambre commerciale, 12 juillet 2004 (Bull. n° 162)

“La prescription libératoire a été introduite dans l'intérêt du débiteur et afin de réduire le nombre des procès et de simplifier les solutions. L'esprit de la loi autorise dès lors les conventions qui, enfermant l'exercice de l'action dans un délai plus court que celui du droit commun, facilitent la libération du débiteur et écartent les litiges. L'article 2220 du Code civil interdit seulement de prolonger le délai de l'action de telle sorte que le débiteur serait tenu au delà du temps fixé par la loi pour la prescription”. Cette note de Sarrut sous un arrêt de la chambre civile de 1896 a servi de guide à la chambre commerciale pour retenir qu'une disposition contractuelle abrégant le délai de prescription doit recevoir application même en cas de faute lourde. Seule la fraude met nécessairement à néant une clause limitative de prescription. La fraude suppose la négation du contrat et non sa mauvaise (ou très mauvaise exécution) et les stipulations qu'il renferme deviennent hors de propos.

3. Prescription décennale - Article 110-4 du Code de commerce - Domaine d'application - Actes mixtes

Chambre commerciale, 12 mai 2004 (Bull. n° 92)

Chambre commerciale, 12 mai 2004 (Bull. n° 93)

Par deux arrêts rendus le même jour, la chambre commerciale de la Cour de cassation a apporté des précisions sur la portée de la prescription des actes mixtes en ce qui concerne les actions en responsabilité engagées par des cautions contre l'établissement prêteur ; curieusement, le point de départ de celle-ci n'avait jamais donné lieu auparavant à une décision publiée.

La loi du 3 juillet 1977 a étendu la portée de l'ancien article 189 bis du Code de commerce, devenu l'article L. 110-4 du même code, désormais applicable non plus seulement aux obligations entre commerçants, mais aussi à celles nées, à l'occasion de leur commerce, entre commerçants et non commerçants. Ce n'est que par une décision du 2 février 1994 (Bull. n° 17), que pour la première fois la troisième chambre civile a jugé que, dans un acte mixte, il n'y avait pas lieu de distinguer, pour l'application de la prescription décennale, selon que la partie commerçante était créancière ou débitrice, dès lors que le rapport de droit était né à l'occasion du commerce de l'une des parties, la prescription décennale profitant au commerçant comme au non commerçant.

Par une autre décision du 29 avril 1997 (Bull. n° 134), la première chambre avait décidé que la prescription commerciale s'appliquait quelle que soit la nature, civile ou commerciale, de l'obligation.

Dans la première espèce (Bull. n° 92), c'est par une substitution de motif de pur droit que la chambre commerciale a justifié l'arrêt attaqué, écartant la controverse doctrinale sur la nature contractuelle ou délictuelle de l'action en responsabilité du prêteur fondée sur la disproportion d'un engagement de caution, pour faire application de la prescription légale décennale sur le fondement de l'acte mixte.

Dans la seconde espèce (Bull. n° 93), la chambre commerciale s'est clairement prononcée sur son point de départ en décidant qu'il devait être fixé au jour où la caution non commerçante avait su que les obligations résultant de ses engagements étaient mis à exécution du fait de la défaillance du débiteur principal, c'est à dire, ici, du jour de la réception de la mise en demeure que le créancier avait fait délivrer ; en conséquence, a été cassé l'arrêt qui avait fixé le point de départ à la date de l'acte de signature.

4. Instance - Péremption - Application - Diligences des parties - Absence d'influence

2^{ème} Chambre civile, 12 février 2004 (Bull. n° 61 pourvoi n° 01-17.565)

Le présent arrêt concerne le contentieux de la péremption d'instance régi par l'article 386 du nouveau Code de procédure civile qui dispose que l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans.

Le problème posé était de savoir si ces dispositions étaient applicables aux affaires qui avaient déjà été fixées à une audience.

Par l'arrêt du 12 février 2004, la deuxième chambre a répondu par la négative en retenant que, dès lors qu'une affaire était en état et avait reçu fixation, les parties n'avaient plus de diligences à accomplir pour la faire progresser, de sorte que la péremption ne pouvait plus leur être opposée.

Cet arrêt constitue un revirement de la doctrine de la deuxième chambre qui jugeait antérieurement que la fixation d'une date d'audience n'avait pas pour conséquence de priver les parties de la possibilité d'effectuer des diligences, de sorte que, malgré celle-ci, le délai de péremption continuait à courir (Civ. 2^{ème}, 27 mars 1996, Bull. n° 78 et Civ. 2^{ème}, 9 novembre 2000, Bull. n° 150).

Il mérite donc d'être souligné et ce, d'autant plus qu'il s'insère dans un courant de réflexion plus général dans le cadre duquel la deuxième chambre a jugé que, lorsque la direction de la procédure échappait aux parties, la péremption ne pouvait leur être opposée.

Tel fut le cas dans un arrêt rendu en matière de surendettement (Civ. 2^{ème}, 9 novembre 2000, pourvoi n° 98-04.076) et dans une espèce concernant un recours formé en matière de contestation d'honoraires d'avocat où la convocation de l'adversaire est effectuée à la diligence du greffe (Civ. 2^{ème}, 16 octobre 2003, Bull. n° 310).

5. Exception - Proposition in limine litis - Proposition dans les mêmes conclusion d'une fin de non recevoir - Ordre de présentation - Portée

2^{ème} Chambre Civile, 8 juillet 2004 (pourvoi n° 02-19.694 à paraître)

Une partie n'est pas recevable à soulever une exception de procédure après une fin de non-recevoir, peu important que ces incidents aient été présentés dans les mêmes conclusions.

Alors que la défense au fond ou la fin de non recevoir peut, en principe, être présentée à toute hauteur du débat, au contraire, l'autorité réglementaire, dans le dessein d'éviter la chicane et le souci d'éliminer au plus vite le contentieux sur la procédure avant d'aborder le fond du litige, a soumis les exceptions de procédure à un régime formel et rigoureux fixé par l'article 74 du nouveau Code de procédure civile. Ce texte dispose, en règle générale, que "*les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public*".

Cette double exigence de simultanéité et d'antériorité est sanctionnée par l'irrecevabilité du moyen, irrecevabilité qui est opérante même dans les cas où les règles invoquées au soutien de l'exception sont d'ordre public (ch mixte, 24 mai 1975, Bull. n° 4).

Cette règle ne signifie pas pour autant que les exceptions doivent être soulevées par des conclusions séparées ; la jurisprudence admet depuis longtemps qu'elles peuvent être présentées dans des écritures contenant des défenses au fond.

Mais, dès lors, l'ordre dans lequel sont présentées les exceptions et les moyens de défense au fond dans les mêmes conclusions importe-t-il ? En d'autres termes, si l'exception est exposée après les moyens de défense au fond ou une fin de non-recevoir, y a-t-il violation de la règle de l'antériorité et est-elle encore recevable ?

C'est à cette question que répond cet arrêt, publié au bulletin.

L'appelant avait déposé des conclusions par lesquelles il soulevait une fin de non recevoir tirée de la prescription de l'action exercée à son encontre puis la nullité de la procédure.

La cour d'appel, après avoir rejeté la fin de non recevoir tirée de la prescription de l'action, rejetait l'exception de nullité au motif qu'elle avait été soulevée après la fin de non recevoir tirée de la prescription de l'action.

Le moyen unique, s'appuyant sur une décision de la 1^{ère} chambre civile (Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1986, Bull. n° 269) soutenait que lorsqu'elles sont présentées dans les mêmes conclusions, l'ordre entre une fin de non-recevoir et une exception est indifférent.

En rejetant le pourvoi, la 2^{ème} chambre civile réaffirme au contraire sa jurisprudence antérieure (Civ. 2^{ème}, 2 avril 1979, D. 1979, inf. rap. p. 478, obs. Julien, Cass., 6 décembre 2001, pourvoi n° 99-19.120) qui avait elle-même été suivie par la 3^{ème} chambre civile (Civ.3, 8 mars 1977 : D. 1977, inf. rap. p. 389, obs. P. Julien. – Cl. Giverdon, Gaz. Pal. 1973, 2, doct. p. 621) : l'exception de procédure était irrecevable dès lors qu'elle avait été soulevée après la fin de non recevoir, la circonstance que les deux incidents aient été présentés dans les mêmes conclusion important peu.

C'est appliquant ce même principe que la 2^{ème} chambre civile, dans un arrêt du même jour (n° 01-11.565 également publié), casse l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu l'exception de péremption d'instance soulevée par une partie qui avait, dans les mêmes conclusions, d'abord conclu à la nullité du jugement attaqué.

Ces deux décisions s'inscrivent dans l'esprit de la réforme du décret du 28 décembre 1998 qui a renforcé les exigences de forme imposées aux auxiliaires de justice dans la présentation de leurs écritures afin de clarifier le débat judiciaire, d'améliorer l'efficacité de l'intervention du juge et de contribuer à la loyauté du procès.

Il convient de préciser par ailleurs que la règle ainsi dégagée ne remet pas en cause l'avis exprimé par la Cour de cassation le 10 juillet 2000 (Bull n° 6) qui a considéré que la modification apportée par le décret du 28 décembre 1998 à l'article 74 du nouveau Code de procédure civile n'avait pas eu pour conséquence de supprimer les effets de droit attaché aux dépôts d'écritures successives. Autrement dit, est toujours irrecevable l'exception de procédure soulevée par une partie qui a précédemment invoqué une fin de non recevoir ou conclu au fond, peu important que, dans ses dernières conclusions, elle présente l'exception de procédure avant les fins de non-recevoir et les moyens de fond.

6. Décision sur la compétence - Appel - Infirmeration du chef de la compétence - Examen du fond - Condition

2^{ème} chambre civile, 8 avril 2004 (Bull. n° 172)

Cet arrêt tranche la question de l'étendue de la juridiction de la cour d'appel conduite à se prononcer après une décision d'un juge de première instance, en l'espèce un juge de l'exécution, qui avait statué au-delà de sa compétence.

Le juge de l'exécution avait, ici, été saisi à la fois d'une demande d'astreinte visant à inciter la personne condamnée à exécuter une décision de justice et d'une demande en indemnisation du préjudice résultant de la non-exécution de cette même décision.

Ce juge s'étant reconnu compétent pour statuer sur l'une et l'autre de ces demandes, la cour d'appel, tout en relevant qu'il était incompétent pour se prononcer sur la réparation du préjudice financier résultant de l'inexécution de la décision, jugeait que cette incompétence était sans portée devant la cour d'appel saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif résultant de l'appel général dès lors qu'elle était également compétente pour connaître des appels du conseil des prud'hommes devant lequel l'action en indemnisation aurait dû être portée.

Ainsi a été faite application de l'article 79 du nouveau Code de procédure civile, à l'occasion de cet arrêt de cassation, mais, il est vrai, dans une espèce où il était difficile de se placer sur un autre terrain que celui de la compétence.

Précédemment la 3^{ème} chambre, le 13 juillet 1999 (Bull. n° 164), et la 1^{ère} chambre, le 16 octobre 2001 (Bull. n° 258), saisies respectivement de l'arrêt d'une cour d'appel ayant statué sur une décision rendue par le juge des loyers commerciaux, dans la première affaire, et par le juge de l'exécution, dans la seconde, tout en relevant que l'une et l'autre de ces juridictions avaient excédé leurs attributions, avaient jugé, en tant que juge d'appel de toutes les juridictions du premier degré, qu'elles soient de droit commun ou spécialisées, qu'il revenait à la cour d'appel de statuer, en fait et en droit, sur la totalité de la demande des parties à l'instance.

Cependant la 2^{ème} chambre, par un arrêt du 24 septembre 1997 (Bull. n° 293), en se situant non sur le terrain de la compétence du juge de l'exécution mais sur celui de ses pouvoirs, avait jugé que la cour d'appel avait excédé ses pouvoirs en se prononçant sur le fond.

En statuant comme elle vient de le faire la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation conforte le principe de plénitude de compétence de la cour d'appel qui est fondé sur l'effet dévolutif énoncé par l'article 561 du nouveau Code de procédure civile.

Cette solution devrait permettre de contribuer à améliorer le respect du "délai raisonnable" en évitant le renvoi d'une instance, par une cour d'appel, devant le juge du premier degré compétent, au motif que le premier juge ayant statué, et dont la décision lui est déférée, aurait outrepassé ses attributions.

Appliquera-t-elle la même solution lorsqu'elle sera saisie non d'une question principale n'entrant pas dans la compétence du juge de l'exécution mais d'une défense à exécution forcée ?

Demeure, en effet, la délicate distinction entre l'incompétence proprement dite du juge et le défaut de pouvoir, pour reprendre l'expression employée par le professeur Normand dans une chronique publiée à la Revue trimestrielle de droit civil, intitulée "*Les écarts de compétence du juge de l'exécution*" (2002, p. 354 et s.) car, dès lors que les conditions qui fixent les pouvoirs des juges ne sont pas réunies, la cour d'appel n'a pas plus de pouvoirs que les premiers juges.

7. Conclusions - Dépôt - Dépôt antérieur à une ordonnance de clôture - Conclusions écartées par le juge - Circonstances empêchant le respect de la contradiction - Application - Comportement contraire à la loyauté des débats

2^{ème} Chambre civile, 2 décembre 2004 (pourvoi n° 02-20.194)

L'arrêt précité concerne le problème irritant des conclusions de dernière heure. En principe de telles conclusions sont recevables, à moins qu'elles interviennent dans des conditions ne permettant pas

à l'adversaire d'y répondre. Aussi appartient-il au juge du fond de caractériser les circonstances particulières ayant empêché le respect du principe de la contradiction, la cour d'appel ne pouvant se borner à une formule générale mais devant rechercher si les conclusions ou pièces déposées dans de telles circonstances appelaient une réponse, et si la partie adverse a été en mesure de l'apporter. Par l'arrêt précité, la Cour de cassation, dans le prolongement d'un précédent du 23 octobre 2003 (Bull. n°326) approuve une cour d'appel d'avoir, pour écarter des débats une pièce communiquée quelques instants avant la clôture, exposé les circonstances particulières caractérisant un comportement contraire à la loyauté des débats.

8. Appel civil - Effet dévolutif - Portée - Appel non limité - Conclusions ne critiquant que certains chefs du jugement - Effets - Détermination

2^{ème} chambre civile, 24 juin 2004 (Bull. n° 309)

L'arrêt publié ci-dessus devrait lever l'ambiguïté que la formulation de certains arrêts antérieurs (notamment Civ. 2^{ème}, 10 février 2000, pourvoi n° 98-10.713) a pu entretenir sur le point de savoir si un appel général pouvait être "limité" par l'appelant dans ses écritures.

Il est parfaitement admis qu'en dépit d'un acte d'appel général l'appelant peut, dans ses conclusions, ne diriger ses moyens d'appel que contre certains chefs du jugement.

Dans ce cas, si la cour d'appel ne peut connaître que des chefs critiqués et de ceux qui en dépendent, ainsi qu'en dispose le premier alinéa de l'article 562 du nouveau Code de procédure civile, il n'en reste pas moins que, l'appel lui-même n'ayant pas été limité à certains chefs, la dévolution s'opère pour le tout ainsi qu'il résulte du second alinéa du même article.

C'est donc l'acte d'appel qui ayant un effet dévolutif en précise l'étendue et un appel général ne peut-être "limité" par les écritures.

De l'éclaircissement qu'opère le présent arrêt résultent notamment deux conséquences :

1°/ lorsqu'un appel général est suivi de conclusions qui ne critiquent que certaines dispositions du jugement déferé, la cour d'appel doit confirmer les chefs du jugement qui n'ont pas été critiqués en vertu du principe selon lequel les juges d'appel ne peuvent que confirmer les dispositions du jugement contre lesquelles les parties n'ont dirigé aucun moyen d'appel ;

2°/ lorsqu'il a formé un appel général l'appelant ne peut, par des conclusions, restreindre les chefs du jugement sur lesquels il invite la cour à statuer à nouveau dans le but de faire échec, par une prétendue limitation de l'appel, au droit que l'article 566 du nouveau Code de procédure civile reconnaît à l'intimé de formuler, en appel, des demandes qui sont l'accessoire, la conséquence ou le complément de celles qui avaient été soumises au premier juge. Tel était le cas d'espèce qui a conduit à l'adoption de l'arrêt rapporté.

9. Appel civil - Décisions susceptibles - Décision d'avant dire droit - Dispositif tranchant une partie du principal - Décision allouant une provision - Exclusion

(Chambre mixte, 25 octobre 2004, Bull. n° 4 ; BICC n° 611, p. 9, rapport de M. Loriferne et avis de M. Viricelle)

Aux termes de l'article 544 du nouveau Code de procédure civile *les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal*. Par ailleurs, l'article 545 du même Code précise que *les autres jugements* (que ceux visés par l'article précédent) *ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi*.

L'irrecevabilité de principe de l'appel immédiat dirigé contre un jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une expertise ne peut être contournée que sur autorisation spéciale du premier

président de la cour d'appel, en application de l'article 272 du nouveau Code de procédure civile, s'il est justifié d'un motif grave et légitime.

Mais l'appel est-il immédiatement recevable contre un jugement qui, dans son dispositif, ordonne une mesure d'instruction et alloue une provision ?

Telle était la question posée à la Chambre mixte, en raison des solutions divergentes données par les différentes Chambres de la Cour de cassation, les arrêts rendus retenant tantôt qu'un tel jugement ne tranche pas dans son dispositif une partie du principal, tantôt qu'en condamnant à payer une provision, un tribunal admet nécessairement le principe de la créance et tranche ainsi une partie du principal.

L'arrêt de la Chambre mixte décide qu'un jugement qui se borne dans son dispositif à ordonner une expertise et le versement d'une provision, ne tranche pas une partie du principal, ce dont il résulte que la cour d'appel doit déclarer d'office irrecevable l'appel dont elle est saisie à l'encontre d'un tel jugement.

Cette solution est tout d'abord en harmonie avec l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 5 décembre 1997 à propos des conditions de recevabilité du pourvoi, au visa des articles 606, 607 et 608 du nouveau Code de procédure civile dont les termes sont similaires à ceux des articles 544 et 545 du même code.

Elle est ensuite en cohérence avec les dispositions des articles 480 et 482 du nouveau code de procédure civile relatifs à l'autorité de la chose jugée dont la rédaction présente également une grande similitude avec le texte des articles 544 et 545 précités. L'autorité de la chose jugée s'attache au seul dispositif du jugement et la jurisprudence semble désormais fixée pour s'en tenir aux énonciations du dispositif et refuser de reconnaître cette autorité aux motifs de la décision, fussent-ils qualifiés de motifs décisifs, ce qui est sans doute la seule façon d'éviter les exégèses des décisions judiciaires, sources d'insécurité juridique, et de proposer un critère objectif, clair et précis, qui est un critère formel.

La Chambre mixte prend clairement parti sur le caractère provisoire par nature de la provision allouée, laquelle n'est pas une avance ou un acompte mais une mesure provisoire au sens de l'article 544 du nouveau Code de procédure civile, qui est d'ailleurs exécutoire de droit à titre provisoire en application de l'article 514 du même Code (Civ., 2^{ème}, 13 janvier 2000, Bull. n° 5 p 4).

En définitive, le jugement qui se borne dans son dispositif à ordonner une expertise et à fixer une provision n'a pas autorité de chose jugée, ne tranche pas une partie du principal, ne dessaisit pas le juge, ne met pas fin à l'instance, et ne peut donc faire l'objet d'un appel immédiat.

10. Appel civil - Acte d'appel - Mentions nécessaires - Identité de l'intimé - Qualité de l'intimé - Inexactitude de la mention - Cause - Erreur manifeste - Appréciation - Critères - Détermination

(Assemblée plénière, 6 décembre 2004, Bull. n° 13 ; BICC n° , p. , rapport de M. Gallet et avis de M. Benmakhlouf)

La Cour de cassation se montrait généralement rigoureuse lorsque la déclaration d'appel comportait l'indication d'une qualité de l'intimé différente de celle dans laquelle il figurait en première instance. Fondée sur les dispositions de l'article 547 du nouveau Code de procédure civile et sur la base d'une position constante selon laquelle le changement de qualité d'une personne au cours d'une instance équivalait à un changement de partie¹, elle considérait, en effet, qu'une telle mention inexacte ou erronée, qui relevait du régime des fins de non-recevoir², ne pouvait être rectifiée ni régularisée au-delà du délai de recours, de sorte que l'appel était irrecevable comme étant dirigé contre une personne qui n'avait pas été partie en première instance. Au demeurant, dans une espèce identique à celle qui a donné lieu à l'arrêt commenté, il avait été jugé que "l'appelant ne pouvant intimer qu'une partie en première instance, est, à

¹ Com., 24 septembre 2003, Bull. n° 143.

² Com., 13 juin 2002, pourvoi n° 00-18.701 ; 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-01.228.

bon droit, déclaré irrecevable l'appel formé à l'encontre d'une personne, ès-qualités de mandataire liquidateur d'une société, dont la responsabilité personnelle était recherchée en première instance, ladite société n'étant pas partie en première instance et ne pouvant être substituée à son mandataire liquidateur"³.

Cependant, lorsqu'une telle mention, que l'article 901 du nouveau Code de procédure civile n'exige pas, procédait manifestement d'une simple erreur commise lors de la rédaction de l'acte d'appel, cette position, qui aboutissait à sanctionner par une fin de non-recevoir une irrégularité essentiellement formelle concernant une mention facultative, pouvait paraître trop rigoureuse, eu égard à la jurisprudence relative aux irrégularités affectant les mentions obligatoires de la déclaration d'appel et selon laquelle celles-ci constituent des vices de forme dont la sanction de la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour la partie qui l'invoque de prouver l'existence d'un grief⁴. Dans la mesure où le délai d'appel avait couru, l'irrecevabilité prononcée privait définitivement l'appelant de toute possibilité de soumettre le jugement à la juridiction du second degré. Cette situation conduisait à s'interroger sur la compatibilité de la solution avec l'exigence de l'accès à un tribunal, telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui pose des conditions aux limitations apportées à la recevabilité des recours et veille à la proportionnalité de l'entrave au droit d'accès à la juridiction supérieure⁵.

La Cour de cassation avait déjà cherché à nuancer sa jurisprudence. Ainsi, des arrêts avaient invité les juges d'appel à s'attacher à l'objet du litige et à rechercher si les prétentions des parties au regard de la chose jugée en première instance ne permettait pas de retenir l'identité de qualité de l'intimé, indépendamment de la mention de l'acte d'appel⁶. Puis, semblant abandonner toute référence à l'objet du litige et redonnant la prééminence au formalisme de l'acte d'appel, la deuxième chambre avait limité la recevabilité au cas où l'erreur affectant la mention de la qualité de l'intimé "trouvait son origine dans une confusion née de la procédure suivie en première instance", admettant qu'elle puisse alors être rectifiée par l'appelant, même après l'expiration des délais d'appel⁷.

L'arrêt rendu par l'assemblée plénière introduit une plus grande souplesse dans l'appréciation de la recevabilité du recours, en renvoyant à un office éclairé du juge : les juges du second degré sont invités à examiner et à interpréter la mention erronée de l'acte d'appel relative à la qualité de l'intimé, dans le contexte du litige soumis au tribunal puis dévolu à la cour d'appel. Selon les conditions posées par cet arrêt, pour que l'irrecevabilité de l'appel soit écartée :

- il doit s'agir d'une erreur manifeste, c'est-à-dire évidente,
- l'évidence de cette erreur doit être appréciée en considération de l'objet du litige,
- cette appréciation doit conduire, en tenant compte de la chose jugée par le jugement entrepris, à se référer aux prétentions des parties émises en première instance et devant la cour d'appel pour déterminer si la qualité différente attribuée à l'appelant ou à l'intimé dans l'acte d'appel correspond effectivement à un changement de partie.

La possibilité désormais offerte au juge, à la suite de la modification de l'article 125 du nouveau Code de procédure civile résultant du décret du 20 août 2004, de relever d'office le défaut de qualité, devra permettre au conseiller de la mise en état de vider rapidement la difficulté qui aura pu apparaître au vu du libellé de la déclaration d'appel et de la teneur des écritures échangées entre les parties.

11. Cassation - Mémoire - Signification - Modalités - Notification entre avocats - Domaine d'application - Pourvoi du procureur général - Avocat - Barreau - Inscription au tableau -

³ Civ. 2^{ème}, 19 mai 1999, pourvoi n° 97-11.802.

⁴ Civ. 2^{ème}, 12 juillet 2001, Bull. n° 139 ; Ch. mixte, 22 février 2002, Bull. n° 1.

⁵ Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne, arrêt du 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, p. 290, § 34 et Garcia Manibardo c. Espagne, n° 38695/97, CEDH 2000-II, § 36 ; 14 novembre 2000 : Annoni di Gussola et autres c/ France ; 31 juillet 2001 : Mortier c/ France ; 25 septembre 2003 : Pagès c/ France.

⁶ Civ. 2^{ème}, 22 octobre 1997, pourvoi n° 95-17.324 ; 16 décembre 1999, pourvoi n° 97-16.476.

⁷ Civ. 2^{ème}, 12 juin 2003, Bull. n° 182 - deux arrêts.

Conditions particulières - Article 98, 3° du décret du 27 novembre 1991 - Juriste d'entreprise - Activité exclusive - Nécessité

(Chambre mixte, 6 février 2004, Bull. n° 1 ; BICC n° 595, p.31, rapport de Mme Bezombes et avis de M. Sainte-Rose)

L'apport principal de l'arrêt concerne les modalités de signification des mémoires ampliatifs ou en défense des procureurs généraux dans le cadre des pourvois en cassation et plus particulièrement le point de savoir si les procureurs généraux peuvent procéder selon les formalités simplifiées prévues aux articles 671 à 674 du nouveau Code de procédure civile concernant les notifications entre avocats.

La Cour de cassation a répondu de façon affirmative en énonçant que le procureur général près la cour d'appel, dispensé de constituer avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, était en droit de signifier son mémoire par l'intermédiaire du procureur général près la Cour de cassation à l'avocat constitué par la partie adverse selon les dispositions propres aux significations entre avocats.

A l'occasion du présent pourvoi, la chambre mixte a, par ailleurs, statué sur l'application de l'article 98-3° du décret du 27 novembre 1991 relatif à l'accès à la profession d'avocat des juristes d'entreprise qui, s'ils justifient de 8 ans de pratique professionnelle au sein d'un service juridique, sont dispensés de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat.

Le problème concernait en l'espèce, la salariée d'une société d'avocats, qui, en raison de ses fonctions, prétendait pouvoir bénéficier des dispositions de ce texte.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt déferé à sa censure en considérant que la demanderesse, dont la requête avait été accueillie, n'exerçait pas ses fonctions exclusivement dans un service spécialisé chargé dans l'entreprise des problèmes juridiques posés par l'activité de celle-ci, statuant ainsi dans le sens des arrêts rendus antérieurement par la première chambre.

B. PRESSE

1. Présomption d'innocence - Atteinte à la présomption d'innocence commise par voie de presse - Action en réparation exercée conjointement à une action en diffamation - Prescription - Revirement de jurisprudence - Application dans le temps - Report des effets *2^{ème} Chambre civile, 8 juillet 2004 (pourvoi n° 01-10.426)*

En s'inspirant de dépêches de l'Agence France Presse, une station de radiodiffusion avait diffusé, à l'instar d'une station régionale de télévision, l'information suivante : "Une avocate toulousaine sous les verrous. Maître Agnès X... a été mise en examen et incarcérée à la maison d'arrêt de Versailles. Elle est soupçonnée d'avoir renseigné directement des trafiquants de drogue... C'est au cours d'une conversation téléphonique que l'avocate toulousaine aurait prodigué ses conseils. Le juge d'instruction chargé du dossier parle de complicité et c'est à ce titre que Maître X... a été mise en examen et écrouée. Cette affaire est unique, il faut remonter six années en arrière pour se souvenir d'avocats mis en examen et écroués : ils avaient passé des armes au parloir d'une prison parisienne".

S'estimant diffamée et victime d'une atteinte à la présomption d'innocence, Mme X... avait fait assigner devant le tribunal de grande instance notamment la société de radiodiffusion en réparation de son préjudice sur les fondements des articles 29, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881 et 9-1 du Code civil. Avant toute défense au fond, la société avait excipé de la nullité de l'assignation introductive d'instance en vertu de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, et invoqué la fin de non-recevoir tirée de la prescription prévue par les articles 65 et 65-1 de la loi du 29 juillet 1881. C'est dans ces conditions que la Cour de cassation a été amenée à statuer, par arrêt du 8 juillet 2004 (Bull. n° 387 ; Gaz. Pal. 2004, J p. 2508), d'une part sur le régime juridique de l'atteinte à la présomption d'innocence, d'autre part sur la portée d'un revirement de jurisprudence.

a) Régime juridique de l'atteinte à la présomption d'innocence

La Cour de cassation a admis la validité de l'acte introductif d'instance comportant, de manière cumulative, à raison des mêmes faits, une action en diffamation et une action en réparation d'atteinte au respect de la présomption d'innocence. Il est vrai que par un arrêt du 8 mars 2001 (Bull. n°46, Gaz. Pal., Rec. 2001, jur. p. 831, J. n° 170, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p. 982, J. n° 179, D., 2001, IR p. 1076, Pet. aff., 18 mai 2001, p. 21, note E. Derieux.), la 2^{ème} chambre civile avait jugé que "les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 ou par l'article 9-1 du Code civil ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil". Il s'agissait d'abord de l'application du principe dégagé par les arrêts de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 (Bull. n° 8, Gaz. Pal., Rec. 2000, somm. p. 1720, Gaz. Pal., Rec. 2000, somm. p. 2162, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p. 979, J. n° 170, 19 juin 2001, p. 40, note P. Guerder, D., 2000, IR p. 218, D., 2000, somm. p. 463, obs. P. Jourdain, Comm. com. électr., 2000, comm. n° 108, note L. Grynbaum, Pet. Aff., 14 août 2000, p. 4, note E. Derieux), par rapport auxquels la jurisprudence marque une parfaite continuité. Cependant, on avait pu observer une légère évolution dans l'arrêt du 8 mars 2001 qui associait à la loi du 29 juillet 1881 l'article 9-1 du Code civil. On pouvait en déduire que l'article 9-1 était placé au même plan que la loi du 29 juillet 1881, pour garantir la liberté d'expression. C'est ce que confirme l'arrêt du 8 juillet 2004, qui admet le cumul des qualifications de diffamation et d'atteinte à la présomption d'innocence, à raison des mêmes faits : "les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 et portant atteinte au respect de la présomption d'innocence peuvent être réparés sur le fondement unique de l'article 9-1 du Code civil".

Cette coexistence a suscité un revirement de jurisprudence, pour aligner le régime de prescription de l'atteinte à la présomption d'innocence sur celui des délits de presse.

La prescription de l'atteinte à la présomption d'innocence est prévue par l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881, selon lequel les actions civiles fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence commise par l'un des moyens visés à l'article 23 de cette loi se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité. La 2^{ème} chambre civile a jugé que ces dispositions spéciales, d'ordre public, dérogeant au droit commun, le délai de trois mois court à nouveau à compter de chaque acte interruptif de la prescription abrégée prévue par ce texte. Ainsi, la Cour de cassation a pris le contre-pied de son précédent arrêt du 4 décembre 1996 (Bull. n° 279) par lequel, isolant l'article 65-1 des autres dispositions de la loi de 1881, spécialement de son article 65, elle avait censuré une décision de cour d'appel qui avait déclaré une action prescrite en relevant qu'aucun acte de poursuite n'avait été effectué pendant plus de trois mois après le jugement frappé d'appel. On en avait déduit que le délai de trois mois de la prescription s'appliquait seulement à l'assignation introductive d'instance, laquelle faisait courir un délai de prescription de droit commun. L'arrêt du 8 juillet 2004 rejette cette interprétation pour unifier le régime de la prescription applicable aux faits commis par voie de presse.

La 2^{ème} chambre civile a enfin approuvé la cour d'appel d'avoir décidé qu'il avait été porté atteinte au respect de la présomption d'innocence de la plaignante, après avoir retenu, en premier lieu, que la thèse de la culpabilité de l'avocate était très fortement suggérée, d'abord par un titre accrocheur et faux, puisqu'au moment où l'annonce était faite l'intéressée était libre, ensuite par l'affirmation fallacieuse que sa mise en examen et son incarcération étaient motivées par sa complicité dans un trafic de stupéfiants, et, enfin, par la comparaison faite avec d'autres avocats écroués quelques années plus tôt, pour des faits d'une extrême gravité, et, en second lieu, que le ton du communiqué, volontairement dramatique, et l'insistance mise par son auteur pour présenter les faits comme uniques, c'est-à-dire exceptionnels, avaient eu pour effet de mobiliser l'attention de l'auditeur et de ne lui laisser aucun doute sur la culpabilité de l'intéressée, qui était présentée comme coupable.

Sur ce point, l'arrêt du 8 juillet 2004 est totalement dans la ligne de la jurisprudence de la 2^{ème} chambre civile qui n'a pas intégré l'exigence de conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité de la personne visée (Civ. 2, 29 avril 1998, Bull. n° 141 ; Civ. 2, 20 juin 2002, Bull. n° 142 ; Civ. 2, 13 novembre 2003, Bull. n° 335 ; comparer Civ. 1, 19 octobre 1999, Bull. n° 286 ; Civ. 1, 12 juillet 2001, Bull. n° 222).

Cependant, pour parvenir à cette approbation de la solution du litige au fond, il a été nécessaire que la Cour de cassation, 2^e chambre civile, innove dans le domaine de l'application dans le temps de son revirement de jurisprudence.

b) Portée du revirement de jurisprudence

En suivant sa jurisprudence habituelle sur l'application immédiate des revirements de jurisprudence, la 2^{ème} chambre civile aurait pu casser la décision qui lui était déférée, et relever la prescription de l'atteinte à la présomption d'innocence. Mais l'atteinte à la présomption d'innocence était patente. Sur trois médias concernés par la procédure initiale et condamnés à des dommages-intérêts envers la victime de cette atteinte, deux avaient d'ailleurs accepté leur condamnation et renoncé à se pourvoir en cassation.

Pour éviter la censure attachée à son revirement de jurisprudence, la Cour de cassation s'est référée à l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, l'application immédiate de la courte prescription dans l'instance en cours aurait abouti à priver la victime d'un procès équitable, dès lors que celle-ci n'avait pas été informée de la nécessité d'interrompre périodiquement la prescription de l'action régulièrement engagée dans les trois mois de la publication des propos constitutifs de l'atteinte à la présomption d'innocence.

C'est pourquoi l'arrêt énonce "que si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Le pourvoi a donc été rejeté.

Ainsi la Cour de cassation a rejoint la pratique suivie par la Cour de justice des communautés européennes (par exemple arrêt *Bosman*, CJCE 15 décembre 1995, Recueil page I-4921), et plus récemment par le Conseil d'Etat (arrêt AC! Assemblée 11 mai 2004, publié au Recueil Lebon). Sa décision a contribué à nourrir la réflexion sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence (voir le rapport du groupe de travail présidé par M. le professeur Nicolas Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, Cour de cassation 30 novembre 2004, Litec 2005).

La solution ne semble pas devoir être systématique. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer qu'à la même date du 8 juillet 2004, la 2^{ème} chambre civile a rendu un autre arrêt justifiant l'application d'une jurisprudence nouvelle aux instances en cours en l'absence de droit acquis à une jurisprudence constante (Civ. 2, 8 juillet 2004, Bull. n° 361). De même la Chambre sociale s'est référée à l'article 6.1 de la Convention européenne pour faire application immédiate de sa jurisprudence nouvelle sur les clauses de non concurrence sans contrepartie financière, en raison de l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle (Soc. 17 décembre 2004, pourvoi n° 03-40.008, à paraître au Bulletin). Il est vraisemblable que ces solutions ne remettent pas en cause l'application immédiate des règles de procédure de la loi de 1881 au procès civil.

2. Assignation - Nullité

2^{ème} chambre civile, 25 novembre 2004 (pourvoi n° 02-12.829)

Un ancien ministre, s'estimant diffamé et injurié par plusieurs passages d'un livre, avait assigné l'auteur, l'éditeur et la société éditrice de l'ouvrage devant la juridiction civile et avait dénoncé les faits auprès du procureur de la République, qui avait engagé des poursuites pénales du chef de diffamation contre un membre du Gouvernement.

Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné les défendeurs au civil, la Cour de cassation a rendu dans cette affaire, le 25 novembre 2004, un arrêt qui apporte plusieurs précisions sur la procédure en matière de presse.

1°) L'assignation ayant été délivrée à l'auteur au siège de la société éditrice et non à son domicile personnel, les juges du fond avaient constaté que cette irrégularité, en entravant la possibilité pour l'auteur de faire une offre de preuve de vérité conformément à l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, était de nature à lui faire grief et que la nullité était encourue, mais seulement en ce que l'acte visait les faits diffamatoires et non les injures. La deuxième chambre civile a censuré l'arrêt sur ce point en énonçant, au visa des articles 114, 648, 653, 654 et 659 du nouveau Code de procédure civile que la constatation de l'existence d'un grief emporte la nullité de l'acte en son entier.

2°) L'assignation avait été délivrée à l'éditeur également au siège de la société et non à son domicile personnel. Tout en constatant l'irrégularité d'une telle assignation, la cour d'appel avait considéré qu'aucun grief n'en était résulté et qu'il n'était pas démontré que les conditions de cette notification avaient été un obstacle au droit pour l'éditeur de faire une offre de preuve de vérité, conformément à l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881. La deuxième chambre civile, après avoir rappelé que la possibilité, offerte par les articles 7 à 13 et 42 de la loi du 29 juillet 1881 et par l'article 5 de la loi du 1^{er} août 1986, d'assigner le directeur de la publication d'un journal au siège de l'entreprise éditrice ne concernait pas l'éditeur d'un livre, décide au contraire que cette irrégularité était nécessairement de nature à porter atteinte aux droits de la défense en entravant l'exercice des droits reconnus à la personnes poursuivie par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881.

3°) Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation (Crim. 7 avril 1992, Bull. n° 149 ; 26 avril 2000, Bull. n° 167), il résulte des articles 50 et 53 de la loi du 29 juillet 1881 que l'acte introductif d'instance doit articuler et qualifier chacune des infractions poursuivies et que les mêmes faits ne sauraient recevoir une double qualification sans créer une incertitude dans l'esprit du prévenu. Si des poursuites en cours relatives aux mêmes propos qualifiés différemment dans chacune d'elle ont été engagées successivement, la seconde se trouve frappée de nullité. Dans cette affaire, la cour d'appel avait considéré que la nullité, même partielle, de l'acte introductif d'instance ne pouvait être prononcée, les poursuites pénales du chef de diffamation contre un membre du Gouvernement ayant été engagées par le ministère public postérieurement à la délivrance des assignations devant la juridiction civile. La deuxième chambre civile censure l'arrêt sur ce point en décidant que les poursuites étant concomitantes, la validité de la poursuite pénale excluait celle de l'action devant la juridiction civile relative aux même faits.

4°) Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir rejeté l'exception de nullité de l'assignation signifiée à la société éditrice en soutenant que celle-ci n'encourait aucune responsabilité directe pour les infractions de presse et qu'elle ne pouvait être mise en cause comme civilement responsable si les auteurs de l'infraction n'étaient pas eux-mêmes dans la cause. Confirmant sa jurisprudence (Civ. 2, 25 janvier 1995, Bull. n° 28), la deuxième chambre rappelle que, devant la juridiction civile, l'action contre la personne civilement responsable n'est pas subordonnée à la mise en cause, par la partie lésée, de l'auteur du dommage.

C. PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION

1. Saisie et cession des rémunérations - Domaine d'application - Rappels de salaires dus à un ancien employé

(Assemblée plénière, 9 juillet 2004, Bull. n° 11 ; BICC n° 608, p. 10, rapport de M. Trédez et avis de M. Benmakhlouf)

La question posée à l'Assemblée Plénière était de savoir si une saisie-attribution d'une somme d'argent représentant des salaires et accessoires était possible entre les mains d'un ancien employeur du débiteur saisi ou s'il fallait au contraire pratiquer une saisie des rémunérations ?

La différence essentielle entre les deux procédures tient au fait que dans la saisie-attribution l'acte de saisie emporte attribution immédiate au profit du saisissant qui a un droit exclusif sur la créance saisie alors que dans la saisie des rémunérations la saisie n'emporte pas d'effet d'attribution immédiate, le tiers saisi ayant l'obligation de verser mensuellement les retenues pour lesquelles la saisie est opérée en tenant compte des règles relatives à l'insaisissabilité des salaires.

En l'espèce, un conseil de prud'hommes avait condamné un employeur à payer à son ancien salarié, une somme à titre de rappel de salaires et de congés payés. Une saisie-attribution avait été faite par l'ex-concubine du salarié entre les mains de l'employeur. Le salarié avait été débouté de son opposition par le juge de l'exécution et par la cour d'appel de NANCY au motif que n'étant plus salarié de la société depuis juillet 1994, l'ex concubine ne pouvait pratiquer une saisie des rémunérations et que la saisie- attribution était donc régulière et valable.

Cette décision ayant été cassée par arrêt de la deuxième chambre civile (Civ. 2, 30 septembre 1999 Bull. n°147), la cour d'appel de Reims, désignée comme cour de renvoi, a confirmé le jugement rendu par le juge de l'exécution au motif qu'en l'absence de tout lien de droit entre le débiteur saisi et le tiers saisi, il n'était plus possible de procéder par voie de saisie des rémunérations.

La lecture des textes (articles L. 145-1 à L. 145-13, R. 145-1 à R. 145-44 du Code du travail) révèle que la saisie des rémunérations suppose que le contrat de travail soit *en cours d'exécution*.

La circulaire d'application du 23 décembre 1992 indique d'ailleurs que le critère essentiel est le *lien de subordination juridique* qui doit exister entre le débiteur et le tiers saisi et ce lien de subordination existe dès lors que le tiers saisi exerce sur le débiteur un contrôle et qu'il existe entre les deux un *rappport hiérarchique* ; (circulaire SJ 18 AB 1 du 23 décembre 1992 page 51).

Peut-on encore réellement parler de lien de subordination juridique et de rapport hiérarchique lorsque le contrat de travail a pris fin ?

La tentative de conciliation qui a surtout pour but d'éviter des difficultés entre l'employeur et le salarié et de *compromettre leurs rapports* ne se justifie plus lorsqu'il s'agit d'une ancienne créance puisque précisément il n'y a plus de lien de subordination entre l'employeur et le salarié.

L'Assemblée Plénière a cependant décidé de maintenir la jurisprudence de la deuxième chambre civile en réaffirmant que l'article L. 145-1 du Code du travail s'impose pour toute saisie de créances de rémunération, même lorsque la créance est ancienne, alors que le contrat de travail n'est plus en cours d'exécution.

Admettre le contraire comme l'ont fait les cours d'appel qui avaient approuvé la saisie attribution sur des rémunérations restées impayées après la cessation du contrat de travail, aurait abouti à pénaliser une seconde fois l'ancien salarié déjà victime de la carence de son employeur dans le paiement de son salaire.

Le fait que la créance saisie ait été consolidée par un titre exécutoire préalablement rendu contre l'ancien employeur (en l'espèce une ordonnance de référé) ne saurait remettre en question la nature de cette créance qui, par sa vocation alimentaire, doit conserver sa spécificité et échapper ainsi à un seul créancier sur le fondement de l'article 42 de la loi du 9 juillet 1991.

Cette solution rejoint celle retenue en matière de pensions de retraite : Cass. Avis 21 juillet 1995 Bull. n°9, Civ. 2, 16 mars 2000 Bull. n°50, Soc. 19 juillet 2001, pourvoi n°99-15.580.

Cette interprétation rejoint également celle de la Cour de Justice des Communautés Européennes de l'article 119, 2° devenu article 141, 2° du traité CE relatif au principe d'égalité des rémunérations hommes-femmes, aux termes duquel on entend par rémunérations le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

Selon la Cour de Justice, cette définition comprend dans la notion de rémunérations tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. (CJCE 9 février 1982 ,aff. 12/81 Eileen Garland c/ British Rail Engineering Limited : Rec . 1982 p. 359).

Cette solution rapproche enfin notre législation du droit allemand : selon l'article 850 du ZIVILPROZESSORDNUNG (Code de procédure civile), les revenus du travail de caractère pécuniaire ne peuvent être saisis que selon les dispositions prévues aux paragraphes 850 A à 850 I. Par revenus du travail il faut entendre les revenus de nature pécuniaire auquel peut prétendre le débiteur pour un travail d'ores et déjà effectué, qui est donc déjà gagné mais n'a pas encore été versé.

2. Saisie-attribution - Dénonciation au débiteur - Délai de contestation de la saisie - Indication erronée - Portée

2ème Chambre civile, 2 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 02-20.622)

L'acte de dénonciation d'une saisie attribution à un débiteur indiquait que le délai de contestation d'un mois prévu à l'article 58 du décret du 31 juillet 1992 expirait le 24 décembre 1997 alors, qu'en réalité ce délai expirait le 26 décembre suivant.

Le débiteur qui a élevé la contestation le 31 juillet 1998, soit bien au-delà du délai d'un mois, a soutenu que l'acte de dénonciation était nul pour avoir indiqué un délai erroné.

S'agissant d'un acte de procédure, la nullité pour vice de forme ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque, de prouver le grief que lui cause l'irrégularité.

Mais la 2ème chambre civile de la Cour de cassation considère que l'erreur sur le délai pour agir ne peut que faire grief à la partie qui n'a pu agir dans le délai légal, et ce, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la rapidité avec laquelle cette partie a dénoncé l'irrégularité.

Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence de la chambre selon laquelle l'absence de mention ou la mention erronée, dans l'acte de signification d'un jugement, de la voie de recours ouverte, de son délai, ou de ses modalités, ne fait pas courir le délai de recours parce que les erreurs stigmatisées ont nécessairement causé un grief consistant, pour la partie, dans la méconnaissance de l'étendue de ses droits.

Si l'article 58 du décret du 31 juillet 1992 exige que soit précisée la date à laquelle expire le délai pour élever une contestation, c'est pour s'assurer que le destinataire de l'acte ne pourra se méprendre sur le délai mis à sa disposition pour agir, c'est à dire sur l'étendue de ses droits.

D. CONFLITS DE LOIS

Application de la loi étrangère - Mise en oeuvre par le juge français - Recherche de sa teneur - Office du juge

1ère chambre civile, 16 novembre 2004 (pourvoi n° 02-18.593)

La juridiction saisie d'une question de nationalité impliquant de savoir si la filiation de l'intéressé est établie et à quelle date elle l'a été, a l'obligation, s'agissant d'état des personnes et de droits indisponibles, de rechercher d'office la loi compétente par application de la règle de conflits française : en l'espèce, en vertu de l'article 311-14 du Code civil, la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant.

L'application de la loi étrangère désignée impose au juge de rechercher la teneur de cette loi. Il doit appliquer le droit étranger dans son ensemble, jurisprudence et coutumes incluses, et viole, s'il ne le fait pas, l'article 3 du Code civil. Le juge, qui doit vérifier la conformité des éléments de preuve du droit étranger produits par les parties à la réalité du droit étranger tel qu'il est appliqué dans le pays d'origine, n'est tout de même tenu qu'à une obligation de moyens. Il peut se faire aider par les parties, ordonner une mesure d'instruction, donner des injonctions et, s'il est dans l'impossibilité de rapporter le contenu du droit étranger, il peut y suppléer par le droit français qui garde une vocation subsidiaire.

Il faut distinguer, d'une part, entre la motivation de l'impossibilité de trouver le contenu de la loi étrangère, contrôlée par la Cour de cassation, et l'absence de contrôle de l'application de la loi étrangère,

dont le juge du fond détermine souverainement quelles sont les règles, législatives, coutumières ou jurisprudentielles, d'autre part, quelle interprétation il convient d'en donner, sauf dénaturation du droit étranger lui-même.

A noter que l'interprétation juridique a un sens spécifique lorsqu'elle porte sur la loi étrangère. Le sens de cette loi doit être celui que lui attribuent les autorités nationales chargées de l'appliquer.

E. ORGANISATION DES PROFESSIONS

Avocat - Honoraires - Contestation - Honoraires de résultat - Paiement - Conditions - Décision mettant fin à l'instance

2^{ème} chambre civile, 10 mars 2004 (Bull. n° 102)

Cet arrêt résout le problème de la détermination du moment auquel est dû un honoraire de résultat prévu par une convention préalable (l'honoraire de diligence n'était pas en cause) et cela dans un cas précis mais banal : lorsque le client a obtenu satisfaction devant les juges du fond mais que la décision - exécutoire - a fait l'objet d'un pourvoi en cassation non suspensif.

Dans l'affaire soumise à la 2^{ème} chambre, un avocat avait stipulé un honoraire de résultat dans la convention passée avec son client. Ayant obtenu une décision favorable devant la cour d'appel, il a demandé le règlement de cet honoraire calculé sur ce résultat alors qu'un pourvoi en cassation était formé contre l'arrêt en cause (lequel a par la suite été cassé). Le client a refusé de payer et saisi le bâtonnier d'une contestation d'honoraire selon la procédure prévue par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971, modifié par la loi du 10 juillet 1991. Le bâtonnier a décidé que la somme prévue et fondée sur le résultat obtenu devant la cour d'appel devait être versée. Sa décision a été confirmée par une ordonnance du premier président de la cour d'appel. Le client a alors formé un pourvoi en cassation contre cette ordonnance. Il soutenait essentiellement que la cassation de l'arrêt sur le fond de l'affaire entraînait l'annulation de l'ordonnance relative à l'honoraire de résultat et la nécessité d'attendre une décision irrévocable, sans recours possible, avant de statuer sur cet honoraire.

L'arrêt de cassation du 10 mars 2004 retient que "l'honoraire de résultat prévu par la convention préalable n'est dû que lorsqu'il a été mis fin à l'instance par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable", ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

La question examinée par la Cour n'avait pas été tranchée auparavant. Seul un arrêt antérieur (Civ. 1, 29 février 2000, pourvoi n° 97-18.030) en avait abordé un aspect en approuvant un premier président d'avoir refusé le paiement d'un tel honoraire à un avocat qui le réclamait pour avoir négocié un accord préliminaire entre les parties, aux motifs que cet accord n'avait pas été signé par les adversaires et que l'accord définitif avait été conclu après changement d'avocat. On voit que les circonstances n'étaient pas identiques.

En faveur de la thèse selon laquelle les honoraires de résultat seraient dus dès qu'a été rendue une décision exécutoire, les arguments suivants peuvent être relevés :

- lorsque le pourvoi en cassation n'a pas de caractère suspensif, pourquoi en aurait-il un s'agissant de l'honoraire de résultat ? - mais la suspension n'a pas la même cause ;
- le client est en principe réglé de ses droits après le prononcé de la décision insusceptible de recours suspensif ; il n'y a pas de raison pour que l'avocat qui a obtenu ce résultat doive attendre l'issue du pourvoi.
- mais, d'une part, ce qu'a reçu le client peut être remis en cause en cas de cassation alors que l'annulation de la décision exécutée serait sans effet sur l'honoraire de résultat s'il était dû en tenant compte de la seule décision attaquée ; d'autre part, pour prévenir tout risque de non-paiement de son honoraire, l'avocat pourrait demander (et obtenir) la consignation des sommes reçues de son adversaire à concurrence de ce que lui reconnaît la convention ;

- la procédure de cassation échappe à l'avocat au barreau qui n'en a pas la maîtrise. - Mais en a-t-il davantage la maîtrise (en théorie au moins) en cas d'appel puisque c'est alors l'avoué qui représente la partie et qui signe les conclusions engageant le client et liant le juge d'appel ?

Outre ces observations, de forts arguments existent en faveur de la solution adoptée :

- s'il est acquis que ne peut demander un honoraire de résultat le conseil qui est seulement parvenu à un accord préliminaire, non signé par les adversaires, alors que l'accord définitif a été obtenu après changement d'avocat (affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 29 février 2000), pourquoi l'avocat pourrait-il recevoir un tel honoraire alors que la décision qu'il a obtenue est attaquée par un pourvoi, ce qui l'empêche de mettre un terme au litige ?

- le principe de l'honoraire de résultat est de récompenser le conseil qui a obtenu pour son client "un résultat apportant des satisfactions hors du commun, dépassant ce qu'un pronostic mesuré laissait attendre, ou manifestement lié à l'ingéniosité des moyens mis en oeuvre ou à l'exceptionnelle disponibilité que de tels moyens ont pu impliquer" (citation Dalloz de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 29 mai 1996, approuvé par la 1ère chambre de la Cour de cassation du 15 décembre 1999 - affaire de l'"Amoco Cadiz"). Cet honoraire est intimement lié au résultat obtenu - à tel point qu'il n'est pas dû avant ce résultat (en ce sens : Civ. 1, 29 février 2000, précité). Or, le pourvoi en cassation est de nature à remettre en cause le résultat obtenu devant la cour d'appel. L'honoraire de résultat avant le résultat apparaît ainsi comme une contradiction ;

- de plus, le lien étroit entre la décision sur le fond et celle relative à l'honoraire de résultat crée entre elles un "lien de dépendance nécessaire". L'annulation de la première décision ayant pour effet de supprimer les éléments sur lesquels est fondée l'appréciation de l'honoraire de résultat entraîne la perte de fondement de la décision relative à cet honoraire et une cassation par voie de conséquence de cette seconde décision serait alors envisageable ;

- en outre, il paraîtrait insupportable et inexplicable qu'un client doive un honoraire de résultat pour une décision qui serait ensuite annulée : comment expliquer que le client qui perd après cassation doive néanmoins verser à son avocat un honoraire calculé sur des droits ou sommes qu'il n'a pas obtenus en définitive et alors même qu'il peut alors avoir été condamné à verser certaines sommes à son adversaire ?

- par ailleurs, il n'est pas déraisonnable de retenir que l'avocat qui a obtenu un arrêt de la cour d'appel sur ses diligences et son ingéniosité puisse ne pas percevoir d'honoraire de résultat si l'arrêt qu'il a contribué à élaborer est ensuite annulé.

L'obligation de régler un honoraire de résultat dès l'exécution de la décision favorable au client par la partie adverse (qui a par hypothèse formé un pourvoi en cassation), sous réserve de restitution partielle ou totale en cas de modification de la décision qui a servi à le calculer, serait concevable. Mais elle serait source de grandes difficultés en cas de décision définitive défavorable... Elle serait aussi susceptible d'ouvrir de nouveaux contentieux. Enfin, le paiement de l'honoraire de résultat dès que l'adversaire s'est exécuté n'est pas logique avec la notion de "résultat" puisque celui-ci n'est pas acquis.

C'est le sens de la décision retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 2004 qui, s'inscrivant dans la voie ouverte par son arrêt du 29 février 2000, a clairement et fermement affirmé l'absence d'honoraire de résultat avant la fin du litige.

VII - LE DROIT PÉNAL ET LA PROCÉDURE PÉNALE

A. ACTION CIVILE

1. Recevabilité

Chambre criminelle, 28 janvier 2004 (Bull. n° 19)

Selon l'article L. 2122-22, 16° du Code général des collectivités territoriales, le conseil municipal peut déléguer au maire compétence à l'effet «d'intenter au nom de la commune les actions en justice ou de défendre la commune dans les actions intentées contre elle, dans les cas définis par le conseil municipal». Cependant la chambre criminelle exige que le mandat du conseil municipal soit précis (voir, par exemple, Cass. crim. 8 octobre 1996, Bull. crim. n° 348). Dans la présente affaire, le conseil municipal avait donné au maire l'autorisation d'intenter «des actions en justice». Cette formulation a été jugée trop vague par la chambre de l'instruction, qui a déclaré la constitution de partie civile irrecevable. Son arrêt est approuvé par la Cour de cassation, qui rappelle également (cf crim. 18 février 1987, Bull. n° 80) que la constitution de partie civile ne peut pas être régularisée par une autorisation du conseil municipal donnée *a posteriori*.

2. Responsabilité civile

Chambre criminelle, 7 avril 2004 (Bull. n° 94)

Dans un arrêt rendu le 25 février 2000 en assemblée plénière (Bull. n° 17), la Cour de Cassation avait jugé que “n’engage pas sa responsabilité à l’égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la fonction qui lui a été impartie par le commettant”. Dans un arrêt rendu le 14 décembre 2001, également en assemblée plénière (Bull. n° 269), elle avait précisé que “le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l’égard de celui-ci”. Dans le présent arrêt, la chambre criminelle applique le principe énoncé dans l’arrêt du 14 décembre 2001 au cas où la juridiction répressive, saisie de la seule action civile, ne prononce aucune condamnation mais déclare l’infraction constituée en tous ses éléments.

Chambre criminelle, 18 mai 2004 (Bull. n° 123)

La question posée par le pourvoi était de savoir si la circonstance que des mineurs handicapés avaient été confiés par leurs parents à un établissement scolaire spécialisé, dans lequel ils étaient scolarisés sous le régime de l'internat ou du semi-internat, et alors même qu'ils continuaient d'exercer l'autorité parentale, avait ou non fait casser la cohabitation et leur permettait de s'exonérer de la responsabilité civile pesant sur eux du chef des dommages causés par leurs enfants.

Relevant que les parents continuaient d'exercer l'autorité parentale et que la cohabitation n'avait pas cessée, la chambre censure, au visa de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, l'arrêt qui avait retenu, sur le fondement de l'alinéa 1er de ce texte, la responsabilité civile de l'établissement et exonéré les parents.

3. Appréciation du préjudice

Chambre criminelle, 28 janvier 2004 (Bull. n° 18),

Chambre criminelle, 22 septembre 2004 (Bull. n° 219)

Après avoir condamné pour abus de biens sociaux plusieurs administrateurs d'une société, les juges du fond avaient rejeté la demande de dommages-intérêts formée par l'un des actionnaires exerçant l'action sociale en relevant que, depuis les faits, la société avait été restructurée sur le plan financier, notamment par l'apport de fonds propres fourni par son ancien actionnaire et qu'ainsi sa situation avait été

restaurée. Cette motivation est censurée par la chambre criminelle (1^{er} arrêt) au motif que l'apport de fonds n'a pu avoir pour effet de réparer les préjudices causés par les infractions.

Dans le second arrêt, la chambre criminelle juge que la personne qui a été déclarée coupable d'une escroquerie lui ayant permis d'obtenir des remboursements indus de TVA doit être condamnée à restituer à l'Etat les sommes frauduleusement obtenues, sans qu'il y ait lieu de déduire le montant des majorations d'impôt résultant de la réintégration de ces sommes dans les revenus de l'intéressé.

4. Abus de constitution de partie civile

Chambre criminelle, 27 mai 2004 (Bull. n° 140)

La question était posée à la chambre de savoir, dans le cas d'un prévenu qui avait été relaxé en première instance et comparaisait devant la cour d'appel en qualité d'intimé du fait du seul appel de la partie civile, s'il pouvait ou non réclamer devant cette juridiction des dommages-intérêts pour procédure abusive, alors même qu'il n'en avait pas demandé devant le tribunal.

En d'autres termes, il s'agissait de savoir si le droit du prévenu relaxé de solliciter de tels dommages-intérêts, qui était une demande nouvelle en cause d'appel, ne se heurtait pas au droit de la partie civile d'interjeter appel d'une décision lui ayant fait grief et à l'interdiction, en l'absence d'appel du ministère public, d'aggraver son sort.

La chambre a jugé que les dispositions de l'article 515, alinéa 2, du Code de procédure pénale, qui interdisent d'aggraver le sort de l'appelant, ne font pas obstacle à ce que le prévenu relaxé en première instance puisse saisir la juridiction du second degré, statuant sur le seul appel de la partie civile ayant mis en mouvement l'action publique, d'une demande tendant à faire constater que la poursuite exercée est abusive et qu'elle lui cause un préjudice ouvrant droit à réparation, et qu'il n'importe que, devant les premiers juges, le prévenu n'ait pas sollicité de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 472.

5. Accident de la circulation

Chambre criminelle, 9 mars 2004 (Bull. n° 59)

Par cet arrêt, la chambre criminelle précise la notion de conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation ; elle a jugé que le motocycliste qui est tombé au sol après avoir perdu le contrôle de son engin et dont le corps s'est immobilisé sur une bande d'asphalte neutralisée de l'autoroute après avoir glissé sur la chaussée, n'a plus la qualité de conducteur lorsqu'il est heurté par un autre conducteur.

6. Responsabilité civile

Chambre criminelle, 8 décembre 2004 (pourvoi n° 03-84.715)

La question posée par ce pourvoi était de savoir si, un mineur ayant été condamné pénalement, son père pouvait être déclaré civilement responsable alors qu'entre les faits et le jugement de condamnation, sa reconnaissance de paternité avait été annulée par le tribunal de grande instance.

Après avoir consulté les première et deuxième chambres de la Cour, la chambre criminelle a jugé, conformément à ces avis, que selon les articles 339 et 1384, alinéas 1 et 4, du Code civil, l'annulation de la reconnaissance d'un enfant a un effet rétroactif sur l'existence du lien de filiation et, par voie de conséquence, sur la responsabilité civile des parents du fait de leurs enfants ; il en découle également l'anéantissement rétroactif des effets juridiques de cette reconnaissance, notamment ceux relatifs à la dévolution de l'autorité parentale.

B. ACTION PUBLIQUE

1. Application de la loi dans le temps

Chambre criminelle, 28 janvier 2004 (Bull. n° 23)

Chambre criminelle, 7 avril 2004 (Bull. n° 93, 2 arrêts)

La chambre criminelle applique ici, au délit de favoritisme, le principe qu'elle avait précédemment dégagé (Crim. 30 janvier 1989, Bull. n° 33), selon lequel, lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif. Dans chacune de ces deux affaires, le prévenu avait passé des marchés de gré à gré, alors que le montant desdits marchés commandait qu'il recoure à la procédure d'appel d'offres. Un décret adopté postérieurement aux faits a relevé le seuil à partir duquel les marchés doivent faire l'objet d'un appel d'offres, de sorte que le montant des marchés passés par le prévenu était inférieur à ce nouveau seuil. Dans le premier arrêt, la chambre criminelle approuve la cour d'appel d'avoir écarté l'application de ce décret. Dans les deux autres arrêts, elle censure la décision par laquelle il a été jugé, au contraire, que les faits n'étaient plus pénalement punissables.

2. Application de la loi dans l'espace

Chambre criminelle, 4 février 2004 (Bull. n° 32)

Dans le cas d'une infraction dont l'un des faits constitutifs a eu lieu en France, la chambre a jugé que selon l'article 113-2, alinéa 2, du Code pénal, il suffit, pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République et soit punissable en vertu de la loi française, qu'un de ses faits constitutifs ait eu lieu sur ce territoire. Tel est le cas lorsqu'il est établi que des actes avaient été effectués en France en vue de la diffusion de vidéogrammes enregistrés en Thaïlande.

En application des articles 225-12-1 à 225-12-3 du Code pénal, issus de la loi du 4 mars 2002, dans le cas de faits commis à l'étranger, la loi française est applicable aux poursuites exercées du chef d'enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique en vue de leur diffusion, par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 du même Code et sans que les poursuites doivent être précédées d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit, ni d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où les faits ont été commis.

Chambre criminelle, 27 octobre 2004 (Bull. n° 263)

Chambre criminelle, 9 novembre 2004 (Bull. n° 274)

La compétence des juridictions françaises pour connaître d'un vol avec arme commis à l'étranger par un étranger est établie dès lors que ces faits apparaissent indivisiblement liés, pour en avoir été la résultante, à des faits d'association de malfaiteurs commis en France auxquels il est reproché à cet étranger d'avoir participé (1^{er} arrêt).

En revanche, la connexité existant entre une extorsion de signature, commise en France, et le recel du produit de cette infraction, réalisé à l'étranger, ne peut proroger la compétence de la juridiction française dès lors que l'action publique du chef d'extorsion de signature s'est trouvée éteinte par la prescription avant le dépôt de la plainte pour recel (2^e arrêt).

3. Prescription

Chambre criminelle, 1^{er} décembre 2004 (pourvoi n° 03-87.883)

En cas d'infractions connexes faisant l'objet de procédures distinctes, un acte interruptif de prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard de l'autre. Il en est ainsi même si les procédures n'ont pas été jointes.

4. Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme

Chambre criminelle, 24 novembre 2004 (Bull. n° 298)

S'il résulte des dispositions combinées des articles L. 422-1 du Code des assurances et 706-11 du Code de procédure pénale que le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres

infractions est subrogé dans les droits des victimes, il ne peut exercer son recours que s'il justifie que les personnes dans les droits desquelles il est subrogé ont subi un préjudice découlant de l'infraction.

Il s'agissait en l'espèce, pour trois attentats terroristes commis à Paris pour lesquels une personne avait été condamnée, de déterminer si le Fonds, qui avait initialement indemnisé les victimes, pouvait réclamer devant la juridiction de jugement le remboursement des sommes qu'il leur avait versées, alors pourtant que certaines des personnes concernées ne figuraient pas au nombre de celles visées en qualité de victime dans la décision de mise en accusation et qu'aucun élément du dossier ne permettait d'avoir la certitude qu'elles avaient été victimes des faits dont l'intéressé avait été déclaré coupable.

Par cet arrêt, la chambre pose en principe que le recours du Fonds de garantie, tendant au remboursement des sommes qu'il a versées au titre des indemnités dues aux victimes, ne peut s'exercer qu'au profit des personnes qui ont subi un préjudice découlant directement de l'infraction.

5. Médiation pénale

Chambre criminelle, 12 mai 2004 (Bull. n° 121)

La question était posée à la chambre de déterminer dans quelle mesure la juridiction de jugement pouvait se référer aux pièces d'une médiation initialement décidée par le ministère public et qui, ayant échoué, avait entraîné des poursuites pénales.

La chambre a jugé qu'en vertu de l'article 26 de la loi du 8 février 1995, les dispositions de l'article 24 de cette même loi, selon lesquelles les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties, ne sont pas applicables aux procédures pénales. Ainsi, la juridiction de jugement pouvait-elle se référer, ainsi qu'elle l'avait fait, ce qui lui était reproché par le demandeur, aux constatations du médiateur faisant mention de l'attitude du prévenu au cours de la médiation qui était à l'origine de l'échec de cette mesure.

C. CASSATION

1. Juridiction de renvoi. Pouvoirs

Chambre criminelle, 7 avril 2004 (Bull. n° 91)

Il résulte de l'article 609 du Code de procédure pénale que, lorsque la chambre criminelle casse un arrêt sans réserve en ce qui concerne la peine, la cour d'appel de renvoi doit statuer sur l'ensemble des peines prononcées. Par conséquent, lorsqu'une décision ayant condamné le prévenu à une peine d'emprisonnement et à une amende douanière est cassée sans réserve en ce qui concerne la peine, la cour de renvoi ne saurait juger qu'elle n'est pas saisie de l'amende au motif que celle-ci aurait le caractère d'une simple pénalité fiscale.

2. Mémoire, article 510 du Code de procédure pénale

Chambre criminelle, 23 juin 2004 (Bull. n° 167)

La question inédite posée par ce pourvoi était de savoir si le demandeur au pourvoi contre un arrêt avant dire droit, qui n'avait pas produit de mémoire personnel ni constitué d'avocat à la Cour de cassation à l'époque, et dont le pourvoi n'avait pas été immédiatement examiné, pouvait, lors du pourvoi ultérieur contre l'arrêt sur le fond, produire contre l'arrêt avant dire droit les moyens qu'il s'était abstenu d'invoquer à l'époque.

La chambre a jugé que lorsque le président de la chambre criminelle, statuant en application des articles 570 et 571 du Code de procédure pénale, a refusé d'ordonner l'examen d'un pourvoi formé contre un arrêt ne mettant pas fin à la procédure, les moyens proposés contre cet arrêt, à l'occasion du pourvoi formé contre un arrêt ultérieur de renvoi devant la cour d'assises, doivent être déclarés irrecevables si le demandeur n'avait pas produit de mémoire personnel, dans les conditions des articles 584 et 585 du Code

précité et si aucun avocat à la Cour de cassation ne s'était alors constitué dans le délai d'un mois suivant ce même pourvoi en application de l'article 585-1 dudit Code.

D. CIRCULATION ROUTIÈRE

1. Permis de conduire

Chambre criminelle, 4 février 2004 (Bull. n° 31)

Selon les termes de l'article 469-1, alinéa 2, du Code de procédure pénale, la déclaration de culpabilité suivie d'une dispense de peine exclut l'application des dispositions prévoyant des interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient qui résulteraient de plein droit d'une condamnation, ce qui est le cas de l'annulation de plein droit du permis de conduire résultant d'une condamnation pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique en récidive.

2. Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement (non)

Chambre criminelle, 17 février 2004 (Bull. n° 43)

La chambre a cassé l'arrêt ayant condamné à une amende le titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule, pour non-respect d'un feu rouge, en application de l'article L. 121-3 du Code de la route, alors qu'il a constaté que le conducteur était une femme, ce dont il résultait qu'il ne pouvait s'agir du propriétaire du véhicule.

E. CONTRÔLE JUDICIAIRE ET DÉTENTION PROVISOIRE

1. Contrôle judiciaire

a) Règlement de la procédure

Chambre criminelle, 21 janvier 2004 (Bull. n° 16)

Dans le cas d'un avocat placé sous contrôle judiciaire, le conseil de l'ordre a seul le pouvoir de prononcer une mesure d'interdiction provisoire de l'exercice de la profession ainsi que d'y mettre fin. En revanche, au terme de l'instruction, le juge d'instruction tient des dispositions de l'article 179 du Code de procédure pénale celui de maintenir ou non la mesure de contrôle judiciaire jusqu'à la comparution devant le tribunal correctionnel, y compris pour ce qui concerne l'interdiction d'exercice professionnel.

Chambre criminelle, 11 mai 2004 (Bull. n° 112)

Il résulte des dispositions de l'article 148-2, alinéas 2 et 3, du Code de procédure pénale que la juridiction du premier degré saisie d'une demande de mainlevée du contrôle judiciaire par une personne qui n'a pas encore été jugée en premier ressort doit statuer dans le délai de dix jours, fût-ce pour constater son incompétence. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui a refusé de constater que le contrôle judiciaire avait pris fin alors que ce délai était venu à expiration au moment où le tribunal s'est prononcé.

b) Caractère exécutoire de la mesure

Chambre criminelle, 8 juillet 2004 (Bull. n° 179)

Il se déduit des dispositions des articles 179, alinéa 3, et 213, alinéa 2, du Code de procédure pénale qu'une décision de placement ou de maintien sous contrôle judiciaire est exécutoire nonobstant toutes voies de recours. Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui déclare régulière la révocation d'une mesure de contrôle judiciaire pour inexécution des obligations qui l'assortissaient, le pourvoi en cours formé contre cette mesure n'ayant pas d'effet suspensif.

2. Détention provisoire

a) Compétence du juge des libertés et de la détention

Chambre criminelle, 17 février 2004 (Bull. n° 44)

Le juge des libertés et de la détention, régulièrement saisi par ordonnance du juge d'instruction en application de l'article 137-1 du Code de procédure pénale, demeure compétent pour statuer sur la demande qui lui est soumise, nonobstant l'arrêt de la Cour de cassation, intervenu postérieurement à sa saisine, ordonnant le dessaisissement du juge d'instruction.

- b) Eventuelles irrégularités affectant les pièces de procédure
Chambre criminelle, 22 juin 2004 (Bull. n° 163)
Chambre criminelle, 13 octobre 2004 (Bull. n° 242)
Chambre criminelle, 7 décembre 2004 (pourvoi n° 04-85.807)

Le défaut de signature de la première page du procès-verbal de débat contradictoire de prolongation de la détention provisoire n'entraîne pas la nullité du titre de détention dès lors que les signatures du mis en examen, du juge et du greffier figurent à la fin de ce procès-verbal. En ce cas, l'irrégularité alléguée entre dans les prévisions de l'article 802 du Code de procédure pénale (1° arrêt).

Le juge des libertés et de la détention ne saurait, sans excès de pouvoir, substituer une nouvelle ordonnance de prolongation de la détention provisoire à celle précédemment prise, qu'il estime entachée de nullité ; en procédant à une telle substitution il empiète sur les attributions de la chambre de l'instruction, seule compétente pendant la durée de l'information pour en apprécier la régularité sous le contrôle de la Cour de cassation (2° arrêt).

L'irrégularité prétendue d'une ordonnance de placement en détention provisoire ne peut être invoquée qu'à l'appui d'un appel interjeté contre cette décision. Aussi, la personne mise en examen n'est-elle pas recevable à invoquer, à l'occasion de l'appel d'une ordonnance de rejet de demande de mise en liberté, l'irrégularité de la décision initiale de placement en détention prise par un juge des libertés et de la détention, au motif qu'il aurait antérieurement connu de l'affaire en qualité de ministère public. Il lui appartenait d'invoquer ce manquement à l'obligation d'impartialité à l'appui de son appel de ladite ordonnance.

En l'espèce, la chambre de l'instruction avait écarté à bon droit un tel moyen dès lors que le grief de partialité n'était pas de nature à rendre inexistant le titre de détention (3° arrêt).

- c) Sort du mandat de dépôt en cas de jonction de procédures
Chambre criminelle, 9 juin 2004 (Bull. n° 159)

En cas de jonction, au cours d'une information, d'une procédure criminelle à une précédente procédure correctionnelle, le mandat de dépôt correctionnel initial demeure valable et la détention est alors soumise aux règles qui découlent de la qualification criminelle. Ainsi, le point de départ du délai de renouvellement de la détention provisoire, prévu par l'article 145-2 du Code de procédure pénale, est fixé au jour du titre initial.

F. COUR D'ASSISES

- 1. **Cour d'assises spécialement composée**
Chambre criminelle, 24 novembre 2004 (Bull. n° 296)

Les règles fixées par l'article 706-25 du Code de procédure pénale, qui prévoient que, lorsque les infractions entrent dans le champ d'application de l'article 706-16 du même Code concernant les infractions en matière de terrorisme, la cour d'assises doit être composée conformément aux dispositions de l'article 698-6 dudit Code, répondent, au regard du principe de l'égalité, aux exigences des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que, d'une part, l'attribution de compétence qui en résulte embrasse toutes les infractions entrant dans le champ d'application de l'article

706-16 précité et tous les accusés tombant sous le coup de ce texte, sans aucune distinction, et que, d'autre part, les droits de la défense peuvent s'exercer sans discrimination.

2. Débats

- a) Débats - Témoins - Serment - Exclusion - Historien (non) - Président - Pouvoir discrétionnaire - Etendue - Production de pièces nouvelles - Applications diverses - Diffusion de l'enregistrement audiovisuel de témoignages recueillis au cours d'un précédent procès criminel - Direction des débats - Interrogatoire de l'accusé - Interrogatoire portant sur des faits non visés aux poursuites - Condition - Questions - Feuille de questions - Mentions - Mentions nécessaires - Constatation de l'apposition séance tenante des signatures du président et du premier juré (non) - Convention européenne des droits de l'homme - Article 6.1 - Tribunal - Impartialité - Défaut - Renonciation à s'en prévaloir - Partie s'étant abstenue de demander la récusation du président de la cour d'assises avant la clôture des débats
(Assemblée plénière, 11 juin 2004, Bull. n° 1 ; BICC n° 605, p. 4, rapport de Mme Mazars et avis de M. de Gouttes)

En application des dispositions des articles 626-1 et suivants du Code de procédure pénale, le réexamen d'une décision pénale est ordonné par la Commission de réexamen à la condition que la violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels entraîne pour la personne condamnée, par sa nature et sa gravité, des conséquences dommageables auxquelles la "satisfaction équitable" allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme.

Dans la présente espèce, la Cour européenne des droits de l'homme, par décision du 25 juillet 2002, a condamné la France pour violation de l'article 6-1 de la Convention au motif que l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 octobre 1999 ayant déclaré irrecevable le pourvoi formé par M. X... contre un arrêt de la Cour d'assises de Bordeaux du 2 avril 1998 l'ayant condamné pour complicité de crimes contre l'humanité, faute pour lui de s'être mis en état conformément à l'article 583 du Code de procédure pénale alors en vigueur, constituait une entrave excessive au droit d'accès à un tribunal. La Commission de réexamen d'une décision pénale, saisie par M. X..., a, par décision du 26 février 2004, fait droit à la demande de réexamen du pourvoi, a renvoyé l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation et a rejeté la demande de suspension de l'exécution de la condamnation.

L'Assemblée plénière, après avoir déclaré le pourvoi recevable, remédiant ainsi à la violation constatée par la Cour européenne des droits de l'homme, a procédé au réexamen du pourvoi tel que soumis à la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1999.

Sur le fond, l'Assemblée plénière a rejeté l'intégralité des moyens déposés au soutien du pourvoi initialement formé, en se prononçant sur plusieurs questions importantes de procédure pénale.

La première concerne l'audition d'un historien sous le serment prescrit par l'article 331 du Code de procédure pénale. L'Assemblée plénière a rappelé que tout témoin cité et dénoncé est acquis aux débats et doit, avant de déposer, prêter le serment prescrit par l'article 331 du Code de procédure pénale et énoncé, dès lors, qu'un historien, cité comme témoin et à l'audition duquel aucune partie ne s'est opposée, ne peut être entendu sans serment.

La deuxième a trait à la diffusion de l'enregistrement audiovisuel de témoignages recueillis au cours d'un précédent procès criminel, sans avoir suivi la procédure prévue par le décret n° 86-74 du 15 janvier 1986 pris pour l'application de la loi du 11 juillet 1985. L'Assemblée plénière a estimé que les dispositions de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 modifié par la loi du 13 juillet 1990, devenu l'article L. 222-1 du Code du patrimoine, dont l'objet est de réglementer l'accès des tiers aux archives audiovisuelles de la justice, notamment en soumettant à autorisation préalable la reproduction ou la diffusion, à des fins historiques ou scientifiques, des enregistrements audiovisuels des audiences d'un procès, ne s'imposent pas aux autorités judiciaires, lesquelles, tenues de procéder à tous actes utiles à la

manifestation de la vérité, peuvent se faire communiquer ces documents en vertu des dispositions du Code de procédure pénale. Elle a considéré, dès lors, que n'encourt pas le grief d'excès de pouvoir le président d'une cour d'assises qui, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ordonne la diffusion de l'enregistrement audiovisuel de témoignages recueillis au cours d'un précédent procès criminel, sans avoir suivi la procédure prévue par le décret n° 86-74 du 15 janvier 1986.

La troisième porte sur l'interrogatoire de l'accusé sur des faits qui n'étaient pas compris dans l'acte de mise en accusation. Conformément à la jurisprudence de la Chambre criminelle, l'Assemblée plénière a jugé que si les questions posées à la Cour et au jury ne peuvent porter que sur les infractions retenues par l'arrêt de mise en accusation, rien ne s'oppose à ce que soient évoqués, au cours des débats, d'autres faits non visés aux poursuites dès lors que les parties estiment que cet examen peut être utile à la défense et leurs intérêts. Il appartient à cet égard au président de faire usage du pouvoir de direction des débats qu'il tient de l'article 309 du Code de procédure pénale, pour cantonner l'évocation de ceux-ci dans les limites qui lui apparaissent utiles à la manifestation de la vérité.

La quatrième est relative à la mise en cause devant la Cour de cassation de l'impartialité du président de la cour d'assises, en invoquant une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans le droit fil de l'arrêt d'assemblée plénière du 24 novembre 2000 (Bull. 2000, Ass. Plén., n°10), il a été jugé que l'accusé n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité du président de la cour d'assises, en invoquant une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le président de la cour d'assises par application de l'article 668 du Code de procédure pénale et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir. Cette solution a été reprise par la Chambre criminelle par un arrêt du 29 septembre 2004 (pourvoi n° 04-80.079, Bull. n°226).

La cinquième concerne les mentions imposées par l'article 364 du Code de procédure pénale, aux termes duquel "*Mention des décisions prises est faite sur la feuille de questions, qui est signée séance tenante par le président et par le premier juré désigné par le sort ou, s'il ne peut signer, par celui désigné par la majorité des membres de la cour d'assises*". L'Assemblée plénière a estimé que cette disposition n'exige pas qu'il soit constaté, par une mention spéciale sur la feuille de questions, que les signatures du président et du premier juré y ont été apposées séance tenante.

b) Déroulement des débats

Chambre criminelle, 29 septembre 2004 (Bull. n° 226)

Chambre criminelle, 8 décembre 2004 (pourvoi n° 04-80.790)

L'accusé n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité du président de la cour d'assises, en invoquant une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le président de la cour d'assises par application de l'article 668 du Code de procédure pénale et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir (1° arrêt).

Dès lors qu'il ne résulte d'aucune des mentions du procès-verbal des débats ni d'aucune autre pièce de procédure qu'un témoin entendu devant la cour d'assises ait été incapable de témoigner en justice sous serment pour se trouver frappé d'une incapacité résultant d'une condamnation pénale, c'est à bon droit que la Cour écarte l'opposition de l'accusé alléguant un tel empêchement (2° arrêt).

c) Enregistrement des débats

Chambre criminelle, 3 février 2004 (Bull. n° 26)

Assemblée plénière, 11 juin 2004 (Bull. n° 1)

Le huit clos ordonné par une cour d'assises rend sans objet le recours formé par l'accusé contre l'ordonnance du premier président ayant préalablement rejeté sa demande d'enregistrement du procès. En

effet, il résulte de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1985 que seules les audiences publiques peuvent faire l'objet d'un enregistrement (1^o arrêt).

Tout témoin cité et dénoncé est acquis aux débats et doit, avant de déposer, prêter le serment prescrit par l'article 331 du Code de procédure pénale ; il en est ainsi d'un historien cité comme témoin et à l'audition duquel aucune partie ne s'est opposée, qui ne peut être entendu sans serment.

Les dispositions de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 modifié par celle du 13 juillet 1990, devenu l'article L. 222-1 du Code du patrimoine, dont l'objet est de réglementer l'accès des tiers aux archives audiovisuelles de la justice, notamment en soumettant à autorisation préalable la reproduction ou la diffusion, à des fins historiques ou scientifiques, des enregistrements audiovisuels des audiences d'un procès, ne s'imposent pas aux autorités judiciaires, lesquelles peuvent se faire communiquer ces documents en vertu des dispositions du Code de procédure pénale. Dès lors, n'encourt pas le grief d'excès de pouvoir le président d'un cour d'assises qui, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ordonne la diffusion de l'enregistrement audiovisuels de témoignages recueillis au cours d'un précédent procès criminel, sans avoir suivi la procédure prévue par le décret n° 86-74 du 15 janvier 1986 pris pour l'application de la loi du 11 juillet 1985.

Si les questions posées à la Cour et au jury ne peuvent porter que sur les infractions retenues par l'arrêt de mise en accusation, rien ne s'oppose à ce que soient évoqués, au cours des débats, d'autres faits non visés aux poursuites dès lors que les parties estiment que cet examen peut être utile à la défense et leurs intérêts. Il appartient à cet égard au président de faire usage du pouvoir de direction des débats qu'il tient de l'article 309 du Code de procédure pénale, pour cantonner l'évocation de ceux-ci dans les limites qui lui apparaissent utiles à la manifestation de la vérité (2^o arrêt).

3. Cour d'assises statuant en appel

- a) Lecture des questions
Chambre criminelle, 31 mars 2004 (Bull. n° 82)
Chambre criminelle, 17 mars 2004 (Bull. n° 68)

La cassation est encourue lorsqu'il ne résulte d'aucune mention du procès-verbal des débats que le greffier, qui a lu la décision de renvoi, ait également donné lecture des questions posées à la cour d'assises, ayant statué en premier ressort, des réponses faites aux questions, de la décision et de la condamnation prononcée (1^o arrêt).

Les questions subsidiaires posées en première instance et dont les réponses sont devenues sans objet ne doivent pas être lues devant la cour d'assises statuant en appel (2^o arrêt).

- b) Situation de l'accusé
Chambre criminelle, 28 avril 2004 (Bull. n° 101)

Il se déduit des articles 380-3 et 380-6 du Code de procédure pénale qu'une cour d'assises statuant en appel sur l'action civile ne peut aggraver le sort de l'accusé dès lors que la partie civile n'a pas interjeté appel de l'arrêt ayant déclaré, en premier ressort, sa constitution irrecevable.

- c) Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions
Chambre criminelle, 17 mars 2004 (Bull. n° 68)

En application de l'article 706-11 du Code de procédure pénale, le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions est recevable à se constituer partie civile pour la première fois devant la cour d'assises statuant en appel.

4. Acquittement

Chambre criminelle, 29 septembre 2004 (Bull. n° 227)

Aucun texte ne permet de placer sous contrôle judiciaire un accusé acquitté, lorsque cet acquittement a fait l'objet d'un appel du ministère public.

G. DROIT PÉNAL SPÉCIAL

1. Atteinte aux biens

- a) Escroquerie
Chambre criminelle, 30 juin 2004 (Bull. n° 178)

La Cour de cassation juge ici, pour la première fois, que l'escroquerie au jugement est consommée au jour où la décision obtenue frauduleusement est devenue exécutoire. C'est donc à cette date que doit être fixé le point de départ du délai de prescription.

- b) Abandon de famille
Chambre criminelle, 7 janvier 2004 (Bull. n° 5)
Chambre criminelle, 9 juin 2004 (Bull. n° 158)

Justifie sa décision l'arrêt qui, pour déclarer le prévenu, commerçant, coupable d'abandon de famille, relève qu'il ne pouvait se prévaloir de l'absence de déclaration de la créance de pension alimentaire au redressement judiciaire, s'agissant d'une obligation personnelle qu'il lui incombait de payer sur ses revenus propres. Une telle créance, qui présente un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à une procédure collective et échappe ainsi à l'extinction, faute de déclaration, édictée par l'article L. 621-46 du Code de commerce (1er arrêt).

Une créance présentant un caractère alimentaire n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à une procédure collective qui est tenu de la payer sur les revenus dont il conserve la disposition.

Par cette décision, la chambre criminelle s'est alignée sur la doctrine résultant de deux arrêts rendus le 8 octobre 2003 par la chambre commerciale à propos d'une prestation compensatoire.

- c) Abus de faiblesse
Chambre criminelle, 27 mai 2004 (Bull. n° 141)

La prescription, en matière d'abus de faiblesse, ne commence à courir qu'à partir du dernier prélèvement effectué sur le patrimoine de la victime lorsque l'abus frauduleux procède d'une opération délictueuse unique ; il en est ainsi dans le cas de prélèvements bancaires réalisés sur le compte de la victime au moyen de la même procuration.

- d) Vol
Chambre criminelle, 11 mai 2004 (Bull. n° 117)

Par cette décision, la chambre criminelle a mis fin à une divergence de jurisprudence avec la chambre sociale (Soc. 2 décembre 1998, Bull. n° 535 ; 30 juin 2004, Bull. n° 187) dans l'hypothèse où un salarié, poursuivi pour le vol de documents commis au préjudice de son employeur, justifiait la commission de ces faits par la nécessité de disposer de preuves au soutien de sa défense devant la juridiction prud'homale.

La chambre criminelle approuve la cour d'appel qui a relaxé du chef de vol le salarié qui, sans l'autorisation de son employeur, a appréhendé ou reproduit des documents de l'entreprise dont il avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, dès lors qu'il se déduit des motifs de l'arrêt que leur production était strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier.

2. Atteinte à la confiance publique et à l'autorité de l'Etat

- a) Faux
Chambre criminelle, 3 juin 2004 (Bull. n° 149)

Cet arrêt rappelle que le fait de fabriquer un document destiné à se substituer à un document dont le prévenu a perdu la trace constitue un faux matériel susceptible de porter préjudice à un tiers, même si le document fabriqué est conforme à l'original.

- b) Refus de se soumettre à un prélèvement biologique
Chambre criminelle, 22 juin 2004 (Bull. n° 164)

L'article 706-56 du Code de procédure pénale réprimant le refus de se soumettre à un prélèvement biologique, introduit par une loi du 15 novembre 2001, est applicable à toute personne condamnée pour une des infractions visées à l'article 706-55 du même Code, même si cette condamnation est antérieure à l'entrée en vigueur de la loi précitée.

Les prescriptions de l'article R. 53-21 du Code de procédure pénale, qui fixe le délai dans lequel le prélèvement biologique doit être requis, sont sans incidence sur les éléments constitutifs de ce délit.

- c) Violation du secret professionnel par un avocat
Chambre criminelle, 27 octobre 2004 (Bull. n° 259)

S'il ne concourt pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, il résulte de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 que l'avocat ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel et doit notamment respecter le secret de l'instruction en matière pénale.

Aussi, caractérise le délit de violation du secret professionnel la cour d'appel qui constate, d'une part, que l'avocat a révélé à un tiers, fût-ce avec l'accord de son client, le contenu de leur entretien avant la première comparution devant le juge d'instruction et, d'autre part, qu'il a révélé à un tiers le contenu d'informations provenant du dossier de l'instruction.

- d) Exercice illégal de la pharmacie
Chambre criminelle, 3 novembre et 14 décembre 2004 (Bull. n° 265 et pourvoi n° 04-80.723, 2 arrêts)

L'article L. 4211-1, 8°, du Code de la santé publique ne réserve plus aux pharmaciens que la vente au détail et toute dispensation de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* destinés à être utilisés par le public. En conséquence, la préparation et la vente en gros de tests de grossesse ne sont plus soumises au monopole pharmaceutique.

3. Atteintes à la personne humaine

- a) Trafic de stupéfiants
Chambre criminelle, 7 avril 2004 (Bull. n° 95)

La Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961, si elle définit la notion d'importation, laisse aux Etats signataires le soin d'énoncer les critères à prendre en considération pour juger qu'une personne a la qualité d'importateur. Une personne peut être déclarée coupable d'importation illicite de stupéfiants même si elle n'a pas franchi elle-même la frontière avec les produits stupéfiants, mais qu'elle les a fait livrer, en France, par un passeur.

- b) Proxénétisme
Chambre criminelle, 17 mars 2004 (Bull. n° 72)

Le délit de partage des produits de la prostitution d'autrui est une infraction instantanée qui se prescrit à compter du jour où les faits la consommant ont été commis.

- c) **Exhibition sexuelle**
Chambre criminelle, 12 mai 2004 (Bull. n° 119)

Se rend coupable du délit d'exhibition sexuelle le prévenu qui, à plusieurs reprises, montre soudainement son sexe à ses petits-enfants, en accompagnant son geste de commentaires obscènes, dès lors que les actes, bien que commis, en partie, dans un lieu privé, ont été imposés à la vue de témoins involontaires.

- d) **Agression sexuelle**
Chambre criminelle, 10 novembre 2004 (Bull. n° 280)

Le fait, pour un professeur, d'embrasser sur la bouche l'une de ses élèves âgée de quatorze ans, ne saurait constituer un harcèlement sexuel. Il appartient aux juges de rechercher si lesdits faits ne peuvent recevoir la qualification pénale d'atteinte sexuelle commise par un majeur sur une mineure de quinze ans.

- e) **Non-représentation d'enfant**
Chambre criminelle, 21 janvier 2004 (Bull. n° 17)

Le délit de défaut de notification de changement de domicile, prévu par l'article 227-6 du Code pénal, est commis au lieu du domicile de la personne qui peut exercer un droit de visite ou d'hébergement à l'égard de l'enfant.

H. DROIT PÉNAL, ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

1. **Abus de confiance**
Chambre criminelle, 19 mai 2004 (Bull. n° 125)
Chambre criminelle, 19 mai 2004 (Bull. n° 126)

Ces deux arrêts confirment la jurisprudence selon laquelle l'article 314-1 du Code pénal s'applique à un bien quelconque, même incorporel (Cass. crim. 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338). Dans la première affaire, le chauffeur d'une société qui s'était vu remettre, par cette dernière, une carte de crédit aux fins d'acheter du carburant pour les besoins du service, utilisait également ladite carte pour acheter du gasoil destiné à son usage personnel. Dans la seconde affaire, le prévenu utilisait, à des fins personnelles et dans des proportions importantes, l'ordinateur et l'accès au réseau internet mis à sa disposition par son employeur. Dans les deux cas, les faits sont constitutifs d'abus de confiance.

2. **Blanchiment**
Chambre criminelle, 14 janvier 2004 (Bull. n° 12)

Cet arrêt énonce le principe selon lequel une personne peut être poursuivie pour avoir apporté son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dont il est lui-même l'auteur. Cette solution n'est pas entièrement nouvelle puisque, dans un arrêt du 25 juin 2003 (pourvoi n° 02-86.182, non publié) la chambre criminelle avait déjà jugé, (de manière incidente car le reste de la motivation de l'arrêt justifiait la relaxe) qu'était erroné "le motif retenant que la qualité d'auteur de l'infraction principale était exclusive de celle d'auteur de l'infraction de blanchiment consécutive". La solution est donc différente de celle qui a été adoptée, par exemple, pour le recel, la Cour de cassation jugeant depuis longtemps (Cass. crim. 15 décembre 1949, Bull. crim. n° 350) que les qualifications de voleur et de receleur sont inconciliables. S'agissant du recel, l'incompatibilité s'explique par le fait que le recel est la conséquence logique et naturelle de l'infraction principale. A l'inverse, on peut soutenir que cette incompatibilité de principe n'existe pas entre une infraction principale et le blanchiment des fonds provenant de cette infraction, du moins lorsque le

blanchiment prend la forme prévue à l'article 324-1 alinéa 2 du Code pénal, qui est la seule visée dans le présent arrêt.

3. Douanes

- a) Douane judiciaire
Chambre criminelle, 5 août 2004 (Bull. n° 185)

La Cour de cassation se prononce ici pour la première fois sur l'article 28-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 23 juin 1999, qui donne aux agents des douanes habilités le pouvoir d'effectuer des enquêtes judiciaires, sur réquisition du procureur de la République ou sur commission rogatoire du juge d'instruction. Le paragraphe VII de cet article dispose que les agents des douanes habilités à cette fin sont placés sous la direction administrative d'un magistrat de l'ordre judiciaire selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. L'article R. 15-33-12 du même code prévoit que "le magistrat délégué aux missions judiciaires de la douane reçoit les commissions rogatoires du juge d'instruction dans les matières mentionnées à l'article 28-1". La Cour de cassation déduit de ces textes que le juge d'instruction peut délivrer des commissions rogatoires au magistrat délégué aux missions judiciaires de la douane, à charge pour ce dernier de désigner, aux fins de leur exécution, le ou les agents des douanes habilités. Elle juge, par ailleurs, que ces dispositions ne sont pas contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- b) Saisine du tribunal correctionnel
Chambre criminelle, 19 mai 2004 (Bull. n° 127)

Si, en matière douanière, c'est par le procès-verbal que sont fixés l'objet de la prévention et l'étendue de la poursuite, cette règle ne s'applique pas lorsque la juridiction correctionnelle est saisie à la requête du seul ministère public. Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable la demande de l'administration des Douanes tendant à la condamnation du prévenu au paiement de pénalités douanières afférentes à une infraction douanière que ce dernier avait avouée par procès-verbal mais qui n'était pas visée dans l'acte de poursuite, énonce que le prévenu n'a pas accepté d'être jugé sur ces faits qui n'étaient pas soumis à la juridiction de jugement.

- c) Compétence du tribunal correctionnel pour statuer sur les droits éludés
Chambre criminelle, 22 septembre 2004 (Bull. n° 220)

La cour d'appel qui, après avoir relaxé le prévenu du chef d'importation sans déclaration de marchandises prohibées au motif que la législation communautaire qu'il avait méconnue avait été modifiée postérieurement aux poursuites, est compétente, en vertu de l'article 377 bis, paragraphe 2, du Code des douanes, pour statuer sur les droits éludés.

- ### **4. Exercice illégal de la profession d'expert-comptable**
- Chambre criminelle, 19 mai 2004 (Bull. n° 128)*

Cet arrêt précise que l'article L. 127-1 du Code du travail, qui permet à des employeurs de se grouper en association pour mettre à la disposition de ses membres des salariés liés au groupement par un contrat de travail, n'autorise aucune dérogation aux dispositions de l'ordonnance du 19 septembre 1945, qui subordonnent l'exercice de la profession d'expert-comptable à l'inscription au tableau de l'ordre et à la possession d'un diplôme. Commet ainsi le délit d'exercice illégal de cette profession le président d'un tel groupement qui met à la disposition de ses adhérents des salariés effectuant, au siège de l'association, des travaux de comptabilité facturés sur la base d'un tarif horaire, sans que ces employés soient liés à chaque adhérent par un contrat de travail.

5. Impôts et taxes

- a) Constatation des infractions - Saisies

Chambre criminelle, 19 mai 2004 (Bull. n° 129)

L'article L. 26 du Livre des procédures fiscales, qui permet aux agents de l'administration des Douanes et Droits Indirects d'intervenir, sans formalité préalable, dans les locaux professionnels des personnes soumises, en raison de leur profession, à la législation des contributions indirectes, pour y procéder à des inventaires, aux opérations nécessaires à la constatation et à la garantie de l'impôt et, plus généralement, aux contrôles qualitatifs et quantitatifs prévus par cette législation, n'autorise pas ces agents à effectuer des perquisitions et saisies.

- b) Domaine d'application de l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales
Chambre criminelle, 28 janvier 2004 (Bull. n° 21)

Cet arrêt rappelle que l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales ne concerne que l'examen contradictoire de l'ensemble de la situation fiscale personnelle ou la vérification de la comptabilité du contribuable au regard de l'impôt sur le revenu.

- c) Portée de l'avis donné par la Commission des infractions fiscales
Chambre criminelle, 5 mai 2004 (Bull. n° 109)

L'avis émis par la Commission des infractions fiscales ayant un caractère réel, la circonstance qu'elle s'est déclarée défavorable à l'engagement des poursuites à l'encontre du dirigeant de droit d'une société tout en se déclarant favorable à la poursuite des dirigeants de fait n'empêche pas l'administration des Impôts de se constituer partie civile et d'obtenir la condamnation du premier, régulièrement poursuivi, au paiement des droits fraudés.

- d) Arrachage des vignes plantées irrégulièrement
Chambre criminelle, 22 septembre 2004 (Bull. n° 221)

Il résulte de l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 qu'en cas d'infraction aux dispositions relatives aux plantations ou aux déclarations de plantation de vignes, le juge est tenu d'ordonner l'arrachage des plantations irrégulières, même si le prévenu n'en est plus propriétaire. Ce principe est énoncé ici pour la première fois. Il peut être rapproché de celui selon lequel la démolition des ouvrages édifiés en violation des règles d'urbanisme constitue une mesure à caractère réel, destinée à faire cesser une situation illicite, et non une sanction pénale (Cass. crim. 20 mars 2001, Bull. n° 73).

6. Législation sur les sociétés

- a) Banqueroute - Poursuites
Chambre criminelle, 10 mars 2004 (Bull. n° 65)

L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire n'est qu'une condition préalable à l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute. La circonstance que le jugement d'ouverture pourrait être réputé non avenu, faute d'avoir été notifié dans le délai prévu à l'article 478 du Nouveau Code de procédure civile, ne saurait avoir d'incidence sur la validité du réquisitoire pris à la suite de ce jugement et tendant à l'ouverture d'une information du chef de banqueroute.

- b) Banqueroute - Eléments constitutifs
Chambre criminelle, 15 décembre 2004 (pourvoi n° 04-81.207)

Selon l'article L. 626-12, II, du Code de commerce, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, est coupable de malversation, tout administrateur, représentant des créanciers, liquidateur, commissaire à l'exécution du plan ou toute autre personne, à l'exception des contrôleurs et des représentants des salariés, qui se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, de biens du débiteur ou les utilise à son profit, ayant participé à un titre quelconque à la procédure. La chambre criminelle n'avait pas eu, dans ses précédents arrêts relatifs au délit de malversation,

à définir quelles étaient les personnes “ayant participé à un titre quelconque à la procédure”. Les affaires qui lui avaient été soumises, depuis la loi du 25 janvier 1985, concernaient des administrateurs judiciaires, syndics, magistrats consulaires qui étaient directement cités par le texte ou dont la participation à la procédure était évidente et indiscutable.

En l’espèce, le prévenu était l’expert-comptable de la société mise en liquidation judiciaire, détenteur de deux actions de cette société, ayant eu un rôle de gérant de fait et ayant assisté le gérant de droit dans la procédure devant le tribunal de commerce. Le tribunal correctionnel avait relaxé le prévenu en retenant que le texte ne visait que les membres du tribunal saisi de la procédure et leurs collaborateurs ainsi que les experts désignés par le tribunal. La cour d’appel a condamné le prévenu, retenant que seuls les contrôleurs et représentants des salariés n’étaient pas concernés par cette infraction et que le prévenu, expert-comptable de la société en liquidation judiciaire, ayant participé activement à la procédure, entrait dans le champ d’application du texte précité.

La chambre n’a pas choisi cette interprétation extensive du texte et a considéré que ce dernier ne visait que les personnes ayant un rôle actif dans la procédure collective ou chargées d’une mission dans le cadre de celle-ci, soit les organes de la procédure et toutes personnes mandatées pour y intervenir. Se trouve ainsi exclu l’expert-comptable de la société, quel que soit son rôle au sein de l’entreprise. L’arrêt attaqué a fait l’objet d’une cassation sans renvoi puisqu’il ne restait plus rien à juger.

- c) Abus de biens sociaux
Chambre criminelle, 3 juin 2004 (Bull. n° 152)

La chambre criminelle s’est penchée, dans cet arrêt, sur un problème qu’elle n’avait encore pas eu à trancher, concernant la détermination des sociétés entrant dans le champ d’application des textes incriminant l’abus de biens sociaux. En l’espèce, le prévenu était administrateur d’une société, propriétaire d’un hôtel à Antibes, ayant son siège social à Jersey, et également gérant de fait d’une SARL, elle-même gérante de l’hôtel et située à Antibes. Il était poursuivi du chef d’abus de biens sociaux pour avoir utilisé les fonds de la première de ces sociétés à des fins personnelles.

La cour d’appel a retenu sa culpabilité en énonçant que le délit avait été commis en France et que les articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce sont des dispositions pénales qui doivent s’appliquer quelle que soit la nationalité de la société victime des agissements du prévenu.

Le délit d’abus de biens sociaux est prévu dans le Code de commerce à l’égard de sociétés expressément énumérées : SARL (article L. 241-3), SA (article L. 242-6), sociétés en commandite par actions (article L. 243-1) et sociétés par actions simplifiées (article L. 244-1). La chambre criminelle a élargi cette liste aux EURL, qui constituent une variété de SARL (Cass. Crim. 14 juin 1993, Bull n° 208) et aux sociétés d’économie mixte ayant adopté la forme des sociétés anonymes (Cass. Crim. 16 février 1971, Bull n° 53). Mais le principe de l’interprétation stricte de la loi pénale exclut qu’on étende la liste à des sociétés qui ne sont pas assimilables à des sociétés expressément mentionnées dans le Code de commerce. Celui-ci ne visant que des sociétés constituées sous des formes juridiques prévues par la législation française., la chambre criminelle a cassé l’arrêt attaqué, en énonçant que l’incrimination d’abus de biens sociaux ne peut être étendue à des sociétés de droit étranger, pour lesquelles seule la qualification d’abus de confiance est susceptible d’être retenue.

7. Manquement au devoir de probité - Atteinte à la liberté d’accès et à l’égalité des candidats dans les marchés publics

- a) Prescription - Point de départ
Chambre criminelle, 5 mai 2004 (Bull. n° 110)
Chambre criminelle, 19 mai 2004 (Bull. n° 131)

Depuis les arrêts du 27 octobre 1999 (Bull. n° 238 et 239), la chambre criminelle retient, concernant la prescription de l’action publique du délit d’atteinte à la liberté d’accès et à l’égalité des

candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, plus souvent dénommé délit de favoritisme, que cette prescription court du jour où les faits le consommant ont été commis mais que, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites. Les deux arrêts susvisés constituent une application de ces décisions quant à la caractérisation de la dissimulation des actes irréguliers.

Ainsi, constate une dissimulation de nature à faire courir le délai de prescription à compter d'une date postérieure à celle de la commission des actes irréguliers l'arrêt d'une cour d'appel qui relève qu'un marché d'édition et de diffusion du numéro spécial d'un magazine d'information d'une collectivité territoriale a été confié, sans appel public à la concurrence, à une société déjà attributaire du marché d'édition de ce magazine, en ayant recours à une structure de droit privé qui a eu pour effet d'empêcher les contrôles habituels et a fait obstacle à la découverte de l'aspect irrégulier d'une opération s'inscrivant dans l'exécution d'un marché déjà passé, alors qu'il s'agissait d'une opération autonome.

De même, caractérise une telle dissimulation l'arrêt qui retient qu'un marché d'entretien de la voirie communale d'un montant total de plus de 2 millions de francs a été exécuté, pour partie, par une société agissant en qualité de sous-traitante de cinq entreprises dont la désignation n'avait fait l'objet d'aucune délibération du conseil municipal ni d'aucune commande écrite, que cette même société intervenait, en tant qu'entrepreneur principal, à la même période, pour l'autre partie des travaux, sur une douzaine de sites différents et qui constate que l'autorité administrative n'a pu savoir qu'en réalité cette société réalisait seule l'ensemble des travaux.

Par ces deux arrêts, la chambre criminelle, en rejetant les pourvois, a exercé son contrôle sur la motivation des arrêts des cours d'appel quant à la dissimulation des actes irréguliers et a considéré que cette motivation était exempte d'insuffisance et de contradiction.

b) Prescription - Actes interruptifs

Chambre criminelle, 1^{er} décembre 2004 (pourvoi n° 04-83.079)

Cet arrêt énonce, pour la première fois, que les actes accomplis par des membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les délégations de service public (MIEM) et ayant pour objet de constater les infractions au Code des marchés publics sont interruptifs de prescription. La chambre d'accusation criminelle avait déjà eu l'occasion de juger que les membres de la MIEM ont, avec les officiers de police judiciaire, une compétence concurrente pour enquêter sur ces infractions (Crim. 7 mai 2002, pourvoi n° 01-86.337).

c) Eléments constitutifs

Chambre criminelle, 14 janvier 2004 (Bull. n° 11)

L'élément intentionnel du délit prévu à l'article 432-14 du Code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Encourt en conséquence la censure l'arrêt, qui, après avoir relevé que le prévenu n'avait pas organisé de concours d'architecture pour le choix d'un maître d'oeuvre alors que le montant du marché rendait cette procédure obligatoire, le relaxe du chef de tentative de favoritisme au motif qu'il n'a pas cherché à favoriser la personne avec laquelle le contrat a été conclu.

I. ENQUÊTE ET INSTRUCTION

1. Contrôle d'identité

Chambre criminelle, 1^{er} septembre 2004 (Bull. n° 190)

A la supposer établie, l'illégalité d'un contrôle d'identité ne saurait entraîner la nullité des poursuites des chefs de rébellion et outrages commis contre les fonctionnaires de police à l'occasion dudit contrôle.

2. Garde à vue

a) Durée en cas de succession de gardes à vue dans le temps

Chambre criminelle, 17 mars 2004 (Bull. n° 69)

Chambre criminelle, 2 septembre 2004 (Bull. n° 196)

Si une personne peut être soumise, à l'occasion de faits distincts, à des mesures de garde à vue immédiatement successives et indépendantes l'une de l'autre, elle ne peut être retenue de manière continue à la disposition des officiers de police judiciaire pendant une période totale excédant la durée maximale de garde à vue autorisée par la loi. Le dépassement de ce délai porte nécessairement atteinte à ses intérêts (1° arrêt).

En revanche, est justifiée la décision de la chambre de l'instruction qui, pour refuser d'annuler une mesure de garde à vue au motif que sa durée cumulée avec celle d'une première mesure effectuée dix mois auparavant aurait excédé la durée légale de 48 heures, énonce que le premier placement était justifié par des soupçons de faux et usage relatifs à un contrat de travail conclu par une association, alors que le second visait des soupçons d'abus de confiance, d'escroqueries et de faux et usage commis au sein d'autres associations, et que les deux procédures concernaient des faits distincts et que la seule existence d'un dénominateur commun constitué par l'identité des mis en cause ne permettait pas de retenir la notion d'unicité d'affaire.

b) Droits du gardé à vue

Chambre criminelle, 28 avril 2004 (Bull. n° 102 et n° 103, 2 arrêts)

Satisfait aux exigences posées par l'article 63-4 du Code de procédure pénale l'officier de police judiciaire qui justifie avoir contacté, par tous moyens, fût-ce vainement la première fois, le bâtonnier de l'Ordre ou son délégué dès la demande d'entretien avec un avocat commis d'office formulée par la personne gardée à vue, au moment de la notification écrite de ses droits, lorsque celle-ci intervient au retour dans le local de police, peu après une notification verbale effectuée sur le lieu de l'interpellation.

Aucune disposition légale ou conventionnelle n'impose à l'officier de police judiciaire, qui a tenté vainement de joindre, dès le début de la mesure de garde à vue, le bâtonnier de l'Ordre des avocats ou son délégué, de différer l'audition de la personne qui fait l'objet de cette mesure (1° arrêt).

Ne constituent pas une cause de nullité le placement en garde à vue et l'audition, par les policiers sur commission rogatoire, d'une personne, dès lors qu'il existe à son encontre des indices faisant présumer qu'elle a commis l'infraction, objet de l'information, ou qu'elle y a participé, quand bien même se serait-elle constituée partie civile dans cette procédure (2° arrêt).

3. Perquisition

Chambre criminelle, 14 septembre 2004 (Bull. n° 206)

Les services de police ayant été requis, par le propriétaire des lieux, de se rendre à son domicile, qui est également le lieu où son épouse, exerçant la profession d'avouée, a son étude, pour y constater d'éventuels faits criminels, il était soutenu par le demandeur qu'en pénétrant dans les lieux pour y effectuer ses constatations, l'officier de police judiciaire s'était affranchi des règles à observer en matière de perquisition effectuée au sein d'une étude d'avoué.

La chambre a jugé qu'avait justifiée sa décision la chambre de l'instruction qui, pour refuser d'annuler un procès-verbal de transport en crime flagrant au domicile d'un avocat où son épouse avoué a son étude, avait retenu que cet acte avait été réalisé en application de l'article 54 du Code de procédure

pénale et que les opérations critiquées ne constituaient pas une perquisition au sens des articles 56 et suivants du Code de procédure pénale.

4. Crimes et délits flagrants

Chambre criminelle, 2 juin 2004 (Bull. n° 143)

En appréhendant un usager venant d'exercer des violences à son encontre, l'agent d'un service de transport public exerce le pouvoir d'arrestation donné à tout citoyen par l'article 73 du Code de procédure pénale.

5. Enquête préliminaire

Chambre criminelle, 1^{er} décembre 2004 (pourvoi n° 04-80.536)

Le défaut d'information du procureur de la République, par les officiers de police judiciaire, des infractions dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, prévue par l'article 19 du Code de procédure pénale, est sans effet sur la validité des actes accomplis par ces derniers.

6. Désignation du juge d'instruction

Chambre criminelle, 10 mars 2004 (Bull. n° 65)

La circonstance que le juge d'instruction chargé d'une information du chef de banqueroute ait préalablement participé au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, à l'occasion de laquelle le délit aurait été commis, n'est pas, en soi, de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité du magistrat en cause.

7. Mise en examen

Chambre criminelle, 30 mars 2004 (Bull. n° 79)

Chambre criminelle, 11 mai 2004 (Bull. n° 114)

La circonstance que la personne refuse d'indiquer son identité et la langue qu'elle comprend ne peut faire obstacle à sa mise en examen (1^o arrêt).

Dès lors que la demande formulée par l'avocat de la partie civile tendant à assister à l'interrogatoire de première comparution n'a pas été présentée dans les formes prévues, à peine de nullité, par l'article 81, alinéa 10, du Code de procédure pénale, l'arrêt qui rejette la demande d'annulation de cet interrogatoire encourt la cassation. En effet, la méconnaissance de cette formalité substantielle avait fait, en l'espèce, grief aux intérêts de la personne mise en examen, celle-ci s'étant opposée à cette présence et l'avocat étant intervenu lors de l'interrogatoire (2^o arrêt).

8. Notifications

Chambre criminelle, 28 septembre 2004 (Bull. n° 225)

Aux termes de l'article 803-1 du Code de procédure pénale, dans les cas où ledit Code prévoit la notification à un avocat par lettre recommandée, celle-ci peut être faite par télécopie. Aussi, est irrecevable comme tardif l'appel formé plus de dix jours après l'envoi, par télécopie, de la notification d'une ordonnance de non-lieu à l'avocat de la partie civile prévue par les articles 183 et 186 du Code de procédure pénale.

9. Fermeture d'établissement

Chambre criminelle, 22 juin 2004 (Bull. n° 162)

En cas de poursuites pour l'une des infractions visées par l'article 706-26 du Code de procédure pénale, aucune disposition légale ne prévoit que la chambre de l'instruction puisse être directement saisie d'un recours, lorsque le juge d'instruction n'a pas statué sur une demande de mainlevée d'une mesure de

fermeture d'un établissement. Ne justifie pas légalement sa décision l'arrêt qui déclare recevable un tel recours.

10. Chambre de l'instruction

a) Composition

Chambre criminelle, 27 octobre 2004 (Bull. n° 260)

Chambre de l'instruction, 27 octobre 2004 (Bull. n° 261)

Aucune disposition conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'un des magistrats composant la chambre de l'instruction statuant sur une demande d'annulation de pièces ait précédemment rendu, dans la même procédure, en qualité de juge des libertés et de la détention, une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté ; il s'agit de deux instances distinctes dont ni l'une ni l'autre n'implique qu'il soit prononcé sur la culpabilité (1° arrêt).

Il en est de même d'un magistrat ayant statué précédemment dans la même affaire, en qualité de juge des libertés et de la détention sur une demande de mise en liberté ; il peut ultérieurement faire partie de la composition de la chambre de l'instruction appelée à statuer sur une nouvelle demande de mise en liberté, dès lors qu'il n'a pas connu de l'appel de l'une de ses décisions et que rien ne permet de douter de son objectivité dans l'appréciation des éléments de fait et de droit au jour où la chambre de l'instruction a statué (2° arrêt).

b) Procédure

Chambre criminelle, 17 février 2004 (Bull. n° 42)

Chambre criminelle, 27 octobre 2004 (Bull. n° 262)

L'inobservation des prescriptions de l'article 197, alinéa 3, du Code de procédure pénale selon lesquelles le dossier de l'information doit être déposé au greffe et tenu à la disposition des conseils des parties pendant le délai prévu par l'alinéa 2 du même texte ne saurait entraîner de nullité de la procédure lorsqu'aucune atteinte n'a été portée aux intérêts de la partie concernée ni aux droits de la défense ; il en est ainsi lorsque l'avocat de la personne mise en examen avait obtenu la copie de l'entier dossier et que les dires de celui-ci, selon lesquels la photocopie obtenue ne serait pas complète, demeurent à l'état d'allégation et n'établissent pas qu'il avait été porté atteinte aux droits du demandeur (1° arrêt).

Il ne saurait y avoir violation des articles 197 et 198 du Code de procédure pénale ni d'atteintes aux droits de la défense dans le fait, par le procureur général, de déposer, la veille de l'audience, des réquisitions additionnelles (2° arrêt).

c) Attributions

Chambre criminelle, 6 janvier 2004 (Bull. n° 1 et n° 2, 2 arrêts)

Lorsque la chambre de l'instruction, qu'elle soit saisie directement d'une demande d'actes faite par le juge d'instruction d'avoir statué dans le délai légal ou qu'elle infirme une ordonnance rendue par ce magistrat, ordonne un supplément d'information, impliquant le dessaisissement du juge d'instruction initialement saisi, et délègue un juge pour y procéder, elle évoque nécessairement l'affaire dans sa totalité.

Lorsque la chambre de l'instruction ordonne un supplément d'information et délègue un de ses membres pour y procéder, en application de l'article 205 du Code de procédure pénale, elle ne peut désigner qu'un magistrat ayant concouru à la décision (2° arrêt).

d) Nullités de l'instruction

Chambre criminelle, 10 février 2004 (Bull. n° 35)

L'ordonnance rendue par le président de la chambre de l'instruction en application du quatrième alinéa de l'article 187-1 du Code de procédure pénale n'étant, aux termes du deuxième alinéa de ce texte, pas susceptible de recours, la personne mise en examen ne peut être admise à en demander l'annulation à la chambre de l'instruction appelée à statuer, à la suite de cette ordonnance, sur l'appel de la décision de placement en détention provisoire.

- e) Appel du ministère public
Chambre criminelle, 4 mars 2004 (Bull. n° 58)

Si, selon les dispositions combinées des articles 183, avant-dernier alinéa, et 185, alinéa 2, du Code de procédure pénale, le délai d'appel du procureur de la République ne court qu'à compter de la notification de la décision qui lui est faite, une telle notification n'est cependant prévue par la loi et ne constitue le point de départ dudit délai que lorsque l'ordonnance rendue par le juge d'instruction n'est pas conforme aux réquisitions.

Dès lors, fait l'exacte application des articles 183 et 185 du Code de procédure pénale la chambre de l'instruction qui déclare irrecevable l'appel formé, par le procureur de la République, après l'expiration du délai de cinq jours suivant la date à laquelle a été rendue l'ordonnance de non-lieu conforme à ses réquisitions.

- f) Supplément d'information
Chambre criminelle, 15 septembre 2004 (Bull. n° 208)

Le demandeur au pourvoi n'ayant pas déposé, dans le délai légal, la requête prévue à l'article 570, alinéa 4, du Code de procédure pénale, l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant ordonné un supplément d'information est immédiatement exécutoire. Il en est ainsi même si, au moment des actes accomplis en exécution de cette décision, le demandeur au pourvoi n'avait pas reçu notification de l'ordonnance rendue d'office par le président de la chambre criminelle disant n'y avoir lieu à recevoir en l'état le pourvoi formé contre cet arrêt.

J. EXTRADITION ET MANDAT D'ARRÊT EUROPÉEN

1. Extradition

- a) Arrestation provisoire
Chambre criminelle, 15 septembre 2004 (Bull. n° 209)

Les dispositions de l'article 696-23 du Code de procédure pénale concernant l'arrestation provisoire en cas d'urgence d'une personne réclamée aux fins d'extradition, sont exclusives de celles de l'article 696-10, qui prévoient la notification des droits garantis aux articles 63-1 à 63-5 du même Code uniquement à la personne appréhendée à la suite d'une demande d'extradition.

- b) Nouvelle demande
Chambre criminelle, 13 octobre 2004 (Bull. n° 241)

L'article 17 de la loi du 10 mars 1927 ne fait pas obstacle à une nouvelle saisine de la chambre de l'instruction pour les mêmes faits contre la même personne lorsque le Gouvernement est lui-même saisi d'une nouvelle demande fondée sur des éléments qui, survenus ou révélés depuis la demande précédente, permettent une appréciation différente des conditions légales de l'extradition ; c'est ainsi que justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour rejeter l'exception de chose jugée invoquée par la personne concernée, retient que la nouvelle demande d'extradition a été présentée, non plus aux fins de poursuites, mais pour l'exécution de condamnations.

2. Mandat d'arrêt européen

- a) Application dans le temps
Chambre criminelle, 5 août 2004 (Bull. n° 186)
Chambre criminelle, 21 septembre 2004 (Bull. n° 217)

Il résulte des articles 695-11 et suivants du Code de procédure pénale et de l'article 215 de la loi du 9 mars 2004 que les dispositions relatives au mandat d'arrêt européen ne constituent pas des lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines au sens de l'article 112-2-3° du Code pénal et s'appliquent aux faits commis à compter du 1er novembre 1993 (1° arrêt).

Il résulte de la combinaison des articles 695-12 du Code de procédure pénale, 215 de la loi du 9 mars 2004 et de la déclaration faite par le Gouvernement français conformément à l'article 32 de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002, qu'un mandat d'arrêt européen peut recevoir exécution lorsque la demande de remise pour l'exécution d'une peine privative de liberté concerne au moins un fait commis après le 1er novembre 1993 justifiant la peine prononcée (2° arrêt).

- b) Réception des pièces de l'Etat d'émission

Chambre criminelle, 1er septembre 2004 (Bull. n° 192)
Chambre criminelle, 5 octobre 2004 (Bull. n° 232)
Chambre criminelle, 24 novembre 2004 (Bull. n° 299)

Le délai de six jours ouvrables exigé pour la réception de la copie certifiée conforme du mandat d'arrêt européen par l'article 695-26 du Code de procédure pénale n'est pas prévu à peine de nullité (1° arrêt).

Aux termes de l'alinéa 3 de l'article 695-15 du Code de procédure pénale, un signalement dans le système d'information Schengen, accompagné des informations prévues à l'article 695-13 du même Code, vaut mandat d'arrêt européen (2° arrêt).

L'article 8 de la décision-cadre du 13 juin 2002 et l'article 695-13 du Code de procédure pénale n'exigent pas la production par l'autorité judiciaire requérante de l'original ou d'une copie certifiée conforme du jugement de condamnation. Il suffit que le mandat d'arrêt contienne l'indication de l'existence d'un jugement exécutoire (3° arrêt).

- c) Vérifications incombant à la chambre de l'instruction

Chambre criminelle, 5 août 2004 (Bull. n° 187)
Chambre criminelle, 5 août 2004 (Bull. n° 187)
Chambre criminelle, 8 juillet 2004 (Bull. n° 181)

Les dispositions des articles 695-11, 695-23 et 695-24 du Code de procédure pénale n'imposent pas aux juges de rechercher si la peine pour l'exécution de laquelle le mandat d'arrêt européen a été émis pouvait être exécutée sur le territoire national (1° arrêt).

Sauf dérogation résultant des deuxième au trente-quatrième alinéas de l'article 695-23 du même Code, un mandat d'arrêt européen ne peut être exécuté si le fait, objet dudit mandat, ne constitue pas une infraction au regard de la loi française (2° arrêt).

Fait l'exacte application des dispositions de l'article 695-24, 3°, du Code de procédure pénale la chambre de l'instruction qui, pour refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, énonce que les faits auraient été commis pour partie sur le territoire français (3° arrêt).

- d) Remise temporaire
Chambre criminelle, 14 décembre 2004 (pourvoi n° 04-86.955)

L'article 695-39 du Code de procédure pénale ne soumet pas la remise temporaire d'une personne poursuivie en France à l'absence de mesure de sûreté la concernant.

K. JURIDICTIONS CORRECTIONNELLES ET DE POLICE

1. Compétence

Chambre criminelle, 10 mars 2004 (Bull. n° 64)

Les juridictions pénales sont compétentes pour apprécier, à la suite de sa condamnation pénale, la responsabilité de l'agent d'un service public à raison des fautes personnelles détachables de la fonction, lorsque l'Administration exerce, aux fins de réparation, les droits de la partie civile prévus par les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale.

2. Exceptions présentées sur le fondement de l'article 385 du Code de procédure pénale

Chambre criminelle, 11 février 2004 (Bull. n° 39)

Chambre criminelle, 2 septembre 2004 (Bull. n° 195)

Chambre criminelle, 8 décembre 2004 (pourvoi n° 04-85.877)

Chambre criminelle, 4 mars 2004 (Bull. n° 57)

Chambre criminelle 15 septembre 2004 (Bull. n° 211)

Chambre criminelle, 30 mars 2004 (Bull. n° 80)

Par les six arrêts rapportés, la chambre criminelle a précisé sa doctrine à propos des exceptions soulevées, sur le fondement de l'article 385 du Code de procédure pénale, devant la juridiction de jugement concernant d'éventuelles irrégularités de la procédure d'instruction préparatoire qui n'auraient pas été purgées dans le cadre du délai prévu, à cette fin, par l'article 175 du Code de procédure pénale ou de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel.

Elle a rappelé le principe selon lequel, en vertu de l'article 385, alinéa 1er, précité, la juridiction correctionnelle n'a pas qualité pour constater les nullités de procédure lorsqu'elle est saisie par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ; pour la première fois, elle a appliqué cette règle à une exception de nullité tirée de l'absence d'indépendance et d'impartialité du juge d'instruction pour en déduire qu'une telle exception ne pouvait être invoquée devant la juridiction de jugement (1° arrêt).

En revanche, lorsqu'elle constate que le juge d'instruction a omis de statuer, dans l'ordonnance de renvoi, sur certains faits dont il était saisi et que ni le ministère public ni la partie civile n'ont interjeté appel de cette ordonnance devant la chambre de l'instruction, la juridiction de jugement, qui ne peut annuler cette ordonnance, a néanmoins la faculté de renvoyer l'examen de l'affaire à une audience ultérieure et de transmettre le dossier de la procédure au ministère public, lequel est habilité à saisir le juge d'instruction de toutes réquisitions appropriées visant les faits sur lesquels il n'a pas été statué.

Dans ce cas, le jugement du tribunal ne met pas fin à la procédure et l'appel qui en est interjeté n'est pas immédiatement recevable (2° et 3° arrêts).

Aussi, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui déclare régulière de telles réquisitions adressées par le ministère public au juge d'instruction n'encourt pas la censure (4° arrêt).

Cependant, dans le cas où elle constate que le prévenu renvoyé devant elle n'a pas fait l'objet d'une mise en examen par le juge d'instruction, la juridiction de jugement est tenue, en application de l'article 385, alinéa 2, du Code de procédure pénale de renvoyer la procédure au ministère public pour lui permettre de saisir à nouveau la juridiction d'instruction par des réquisitions appropriées aux fins de régularisation (5° arrêt).

Enfin, le défaut de notification, par le juge d'instruction, de l'avis de fin d'information prévu par l'article 175 du Code de procédure pénale, n'entraîne pas la nullité de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel. Il a pour seul effet, aux termes de l'article 385, alinéa 3, du même Code, de rendre

les parties recevables à soulever devant le tribunal correctionnel les nullités de la procédure, par dérogation au premier alinéa du texte précité (6° arrêt).

3. Appel

a) Formes de l'appel

Chambre criminelle, 27 octobre 2004 (Bull. n° 258)

Il peut être dérogé aux prescriptions de l'article 502 du Code de procédure pénale, lorsqu'en raison d'un obstacle invincible assimilable à la force majeure l'appelant s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de s'y conformer ; en l'espèce, l'intéressé était au moment de la signification du jugement, et pendant toute la durée du délai d'appel, placé sous le régime de l'hospitalisation d'office, éloigné de son domicile et de sa famille, et s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de régulariser son appel dans les formes légales.

b) Composition de la chambre des appels correctionnels

Chambre criminelle, 15 septembre 2004 (Bull. n° 210)

Chambre criminelle, 15 décembre 2004 (pourvois n° 02-80.522 et 04-81.412)

Le magistrat qui, dans le cadre de l'affaire soumise à cette juridiction, a composé la chambre de l'instruction chargée d'examiner la valeur probante de déclarations à charge ayant servi de fondement aux poursuites, ne peut faire partie de la chambre des appels correctionnels.

En l'espèce, après avoir siégé à la chambre de l'instruction lorsque celle-ci avait confirmé une ordonnance de non-lieu rendue dans le cadre d'une procédure ouverte sur plainte avec constitution de partie civile du chef d'établissement d'attestations faisant état de faits matériellement inexacts à l'encontre de la partie civile et de trois témoins dont les déclarations à charge constituaient les seuls éléments probatoires dans la procédure, ce magistrat avait ensuite siégé à la chambre des appels correctionnels ayant condamné le prévenu pour agression sexuelle (1° arrêt).

Il en est de même du magistrat ayant participé, dans l'affaire soumise à cette juridiction, à un arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour rejeter une demande d'actes complémentaires, a porté une appréciation sur la valeur des charges pesant sur le prévenu (2° et 3° arrêts).

Les éventuelles incompatibilités concernant la composition de la chambre de l'instruction sont examinées dans la rubrique consacrée à cette juridiction (I-10-a).

c) Effet dévolutif de l'appel

Chambre criminelle, 10 mars 2004 (Bull. n° 64)

Chambre criminelle, 21 septembre 2004 (Bull. n° 214)

Chambre criminelle, 8 décembre 2004 (pourvoi n° 04-85.877)

En application des articles 500, 509 et 515 du Code de procédure pénale, l'affaire est dévolue à la cour d'appel dans la limite fixée par l'acte d'appel ou par la qualité de l'appelant. Sauf indications contraires expressément formulées dans la déclaration d'appel, le recours principal ou incident du ministère public, qui est sans effet sur les intérêts civils, saisit la juridiction de l'intégralité de l'action publique.

Aussi, encourt la censure la cour d'appel qui, aux motifs que le procureur de la République n'a pas souhaité remettre en cause les dispositions pénales du jugement, déclare irrecevable son appel incident alors que rien dans les termes de l'acte d'appel n'autorise à lui attribuer l'effet restrictif retenu (2° arrêt).

En revanche, lorsque le prévenu a été condamné en première instance et que le ministère public, seul appelant, a limité son appel aux peines prononcées, la déclaration de culpabilité est définitive (1° arrêt).

Si, aux termes des alinéas 3 et 4 de l'article 507 du Code de procédure pénale, la partie appelante d'un jugement distinct du jugement sur le fond ne mettant pas fin à la procédure peut déposer une requête tendant à faire déclarer l'appel immédiatement recevable, elle est libre de ne pas user de cette faculté et l'appel n'en demeure pas moins recevable en même temps que celui ultérieurement formé contre la décision sur le fond. Il en est ainsi d'un jugement statuant avant dire droit sur l'exception d'autorité de la chose jugée (3^e arrêt).

- d) Procédure devant la cour d'appel
Chambre criminelle, 23 juin 2004 (Bull. n° 166)
Chambre criminelle, 30 novembre 2004 (Bull. n° 300)

Devant la cour d'appel, les témoins cités par le prévenu doivent être entendus dans les règles prévues par les articles 435 à 457 du Code de procédure pénale, le ministère public pouvant s'y opposer si ces témoins ont déjà été entendus par le tribunal.

- 4. Opposition**
Chambre criminelle, 28 septembre 2004 (Bull. n° 222)

Aux termes de l'article 527 du Code de procédure pénale, le prévenu peut former opposition à l'exécution d'une ordonnance pénale dans un délai de trente jours à compter de l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception par laquelle cette décision lui est notifiée ; si aucune lettre recommandée n'a été envoyée, l'opposition reste recevable jusqu'à l'expiration du même délai qui court de la date à laquelle l'intéressé a eu connaissance de la condamnation, soit par un acte d'exécution, soit par tout autre moyen.

L. PEINES ET MESURES À CARACTÈRE PÉNAL

- 1. Cumul de peines**
Chambre criminelle, 26 octobre 2004 (Bull. n° 256)

Selon les articles 113-9 et 113-10 du Code pénal, l'emprisonnement ne peut être prononcé cumulativement avec une des peines privatives ou restrictives des droits prévues par l'article 131-6 du même Code, sauf si la loi le prévoit expressément.

L'article 313-7 du Code pénal, qui édicte les peines complémentaires applicables en cas de condamnation pour escroqueries, ne comprend pas la suspension du permis de conduire.

- 2. Dispense de peine**
Chambre criminelle, 4 février 2004 (Bull. n° 31)

Selon les termes de l'article 469-1, alinéa 2, du Code de procédure pénale, la déclaration de culpabilité suivie d'une dispense de peine exclut l'application des dispositions prévoyant des interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient qui résulteraient de plein droit d'une condamnation, telle l'annulation de plein droit du permis de conduire résultant d'une condamnation pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique en récidive.

- 3. Libération conditionnelle**
Chambre criminelle, 9 novembre 2004 (Bull. n° 277)

Est justifié l'arrêt de la cour d'appel qui confirme la décision du juge de l'application des peines ordonnant la révocation partielle de la mesure de libération conditionnelle octroyée à un condamné, pour inobservation des obligations mises à sa charge, dès lors que ce condamné a été incarcéré, avant l'expiration du délai d'épreuve, en exécution d'un mandat de dépôt délivré par le tribunal correctionnel à l'occasion d'une procédure distincte.

4. Suspension ou fractionnement de peine pour raisons médicales

Chambre criminelle, 23 juin 2004 (Bull. n° 172)

Le refus d'accorder une suspension de peine pour raisons médicales sur le fondement de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale n'implique pas que deux expertises distinctes aient été préalablement ordonnées.

5. Grâce

Chambre criminelle, 17 mars 2004 (Bull. n° 70)

Les remises gracieuses régulièrement accordées sur le fondement des décrets de grâces collectives pour l'exécution d'une peine demeurent acquises au condamné en cas de confusion ultérieure de cette peine avec une autre peine exclue du bénéfice desdits décrets.

6. Casier judiciaire

Chambre criminelle, 28 janvier 2004 (Bull. n° 20)

Chambre criminelle, 25 mai 2004 (Bull. n° 134)

L'exclusion de la mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire n'emporte relèvement de toutes les interdictions, déchéances et incapacités de quelque nature qu'elles soient, que lorsque celles-ci résultent de plein droit de la condamnation. Tel n'est pas le cas de la condamnation à une peine complémentaire d'interdiction de gérer prononcée, outre une condamnation à une peine d'emprisonnement, pour abus de confiance (1° arrêt).

Il résulte de l'article 775-2 du Code de procédure pénale que tout condamné à une peine ne pouvant donner lieu à réhabilitation de plein droit bénéficie, sur simple requête, de l'exclusion de la mention de sa condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire à l'expiration d'un délai de vingt années à compter de sa libération définitive ou de sa libération conditionnelle non suivie de révocation s'il n'a pas, depuis cette libération, été condamné à une peine criminelle ou correctionnelle (2° arrêt).

M. PRESSE

1. Procédure

Chambre criminelle, 20 janvier 2004 (Bull. n° 14)

Si l'action publique est mise en mouvement par la plainte avec constitution de partie civile dès que la consignation a été versée, encore faut-il, en cas d'infraction à la loi du 29 juillet 1881, que la plainte réponde aux exigences de l'article 50 de la loi précitée, lesquelles sont prescrites à peine de nullité de la poursuite ; une telle nullité est d'ordre public et doit être soulevée d'office, tant par les juges du fond que par la Cour de cassation.

Si une plainte incomplète ou irrégulière peut être validée par le réquisitoire introductif, c'est à la double condition qu'il soit lui-même conforme aux prescriptions de l'article 50 de la loi sur la liberté de la presse et qu'il soit intervenu dans le délai de la prescription que la plainte entachée de nullité n'a pas interrompu.

2. Diffamation, éléments constitutifs

Chambre criminelle, 16 mars 2004 (Bull. n° 66 et n° 67, 2 arrêts)

La brièveté d'un article de presse n'autorise pas le journaliste à s'affranchir de son devoir de vérifier, par une enquête préalable, l'information qu'il publie pas plus qu'elle ne le dispense de faire preuve de prudence dans l'expression de la pensée (1° arrêt).

Pour constituer une diffamation, l'allégation ou l'imputation qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature

à être sans difficulté l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire, quand bien même une telle preuve ne serait pas admise en matière de diffamation raciale (2° arrêt).

3. Diffamation envers les corps constitués

Chambre criminelle, 8 juin 2004 (Bull. n° 155)

La municipalité, réunion du maire et de ses adjoints, est une entité dépourvue d'existence légale qui n'entre pas dans la catégorie des corps constitués telle que prévue par l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881. Le maire et ses adjoints ont donc seuls qualité pour agir dès lors que, bien que non visés nommément, ils sont identifiables.

4. Preuve de la vérité des faits diffamatoires

Chambre criminelle, 27 avril 2004 (Bull. n° 100)

L'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 exige que le prévenu spécifie les faits articulés dans la citation dont il entend prouver la vérité. Cette spécification est nécessaire alors même que le prévenu entendrait faire la preuve de tous les faits visés dans la citation. Il s'agit d'une formalité substantielle qui doit être observée à peine de déchéance du droit de faire la preuve. Cette déchéance est d'ordre public et doit être soulevée d'office par les juges.

5. Apologie de crimes de guerre

Chambre criminelle, 7 décembre 2004 (pourvoi n° 03-82.832)

L'article 24, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 s'applique à l'apologie de la torture ou des exécutions sommaires pratiquées à l'occasion d'un conflit armé, telle la guerre d'Algérie.

Un écrit qui présente comme susceptibles d'être justifiés des actes constitutifs de crimes de guerre doit être considéré comme apologétique et l'intention coupable se déduit du caractère volontaire des agissements incriminés.

Celui qui se réclame du droit à l'information, fondement de la liberté d'expression, n'est pas tenu d'assortir l'exposé des faits qu'il rapporte de commentaires propres à justifier des actes contraires à la dignité humaine universellement réprouvés ni de glorifier l'auteur de ces actes.

N. RÉEXAMEN

Les décisions rendues par la Commission de réexamen instituée par la loi du 15 juin 2000 sont analysées dans le rapport d'activité de celle-ci (infra quatrième partie du rapport).

O. RÉVISION

Les décisions rendues par la Commission de révision sont analysées dans le rapport d'activité de celle-ci (infra quatrième partie du rapport).

P. RESPONSABILITÉ PÉNALE

Les quatre arrêts suivants, rendus en matière de délits non intentionnels, concernent la notion de lien de causalité entre la faute et la survenance du dommage.

Chambre criminelle, 6 avril 2004 (Bull. n° 89)

Chambre criminelle, 5 octobre 2004 (Bull. n° 230, 235 et 236, 3 arrêts)

En matière d'accident de la circulation survenu pendant un ramassage scolaire, la chambre a dû, en premier lieu, préciser qu'il convenait d'opérer une distinction entre l'exploitation du service de ramassage et l'organisation de cette activité.

En effet, aux termes de l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. Si l'exploitation du service de transports scolaires est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, il n'en va pas de même de son organisation, qui est confiée au département en application de l'article 29 de la loi du 22 juillet 1983, devenu l'article L. 213-11 du Code de l'éducation, et qui comprend notamment la détermination des itinéraires à suivre et des points d'arrêt à desservir.

Dès lors, un département ne peut faire l'objet de poursuites pénales du chef d'homicides involontaires pour la faute d'imprudence commise par son représentant et consistant dans le fait d'avoir maintenu, à proximité d'un carrefour, un abri servant au ramassage scolaire non signalisé et dépourvu d'abri et d'espace adapté au stationnement des véhicules des parents, quand bien même cette faute serait en relation causale avec le dommage (1° arrêt).

En deuxième lieu, dans le cas d'un accident de la circulation, l'arrêt qui constate que les blessures trouvent leur cause directe dans la faute de conduite reprochée au prévenu mais qui attribue le décès de la victime à une maladie nosocomiale ultérieurement contractée, sans rechercher si cette infection n'était pas le seul fait en relation de causalité avec le décès, ne caractérise pas l'existence d'un lien de causalité entre la faute du prévenu et le décès de la victime (2° arrêt).

En revanche, justifie sa décision au regard de l'article 121-3 du Code pénal l'arrêt qui, pour déclarer coupable le loueur professionnel de scooter des mers dont l'utilisateur, effectuant une manoeuvre de dépassement sans respecter les règles de prudence et de sécurité, est entré en collision avec un autre véhicule du même type, retient qu'en fournissant un engin potentiellement dangereux à un client qu'il savait dépourvu du permis imposé par la réglementation et totalement ignorant des règles de base de la navigation maritime, a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité et a ainsi créé la situation ayant permis la réalisation du dommage (4° arrêt).

Il en est de même, en troisième lieu, de l'arrêt qui déclare coupable d'homicide involontaire sur la personne de pompiers intervenant dans la lutte contre un incendie allumé par la projection de particules incandescentes par son engin le locataire d'une moissonneuse-batteuse en crédit-bail qui n'a pas fait contrôler cette machine agricole, dont le moteur était encrassé, par un concessionnaire de la marque comme préconisé par la notice technique en sa possession et qui a moissonné, en période de sécheresse et par vent fort, un champ situé en lisière de forêt ; ainsi se trouvent établies à sa charge deux fautes exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer en sa qualité d'agriculteur de la région (3° arrêt).

Q. TRAVAIL

1. Droit syndical dans l'entreprise

- a) Salaires - Primes
Chambre criminelle, 9 novembre 2004 (Bull. n° 277)
Chambre criminelle, 6 janvier 2004 (Bull. n° 4)

Ne donne pas une base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour dire non établi le délit de discrimination syndicale concernant des représentants du personnel ayant aux termes d'un procès-verbal de l'inspection du travail subi une évolution de carrière défavorable par rapport à celle des autres salariés de l'entreprise, retient qu'au cours de la période visée à la prévention, les intéressés ont bénéficié d'une promotion se situant dans la moyenne du tableau de comparaison figurant au procès-verbal, en s'abstenant de procéder à une étude comparative des salaires et coefficients desdits représentants du personnel et des autres salariés, à diplôme équivalent et même ancienneté (1° arrêt).

L'employeur qui modifie unilatéralement les conditions du contrat de travail d'un délégué syndical et qui lui refuse le bénéfice d'une prime annuelle accordée aux autres salariés, est tenu d'apporter la preuve

de la pleine justification de ces mesures ainsi que de leur absence de tout lien avec la qualité de délégué syndical. Ne donne pas de base à sa décision l'arrêt qui, pour prononcer une relaxe des chefs d'entrave à l'exercice du droit syndical et de discrimination syndicale, retient que l'employeur avait informé la déléguée syndicale, par courrier, de ses nouvelles attributions en raison du traitement de la comptabilité générale en un autre site, et que le non-paiement de la prime était dû à une erreur (2° arrêt).

- b) Affichage
Chambre criminelle, 6 janvier 2004 (Bull. n° 4)

Le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical est une infraction instantanée à laquelle le repentir de l'employeur est indifférent. Ne donne pas de base légale à sa décision l'arrêt qui, après avoir constaté plusieurs manquements aux dispositions du Code du travail, notamment l'absence du panneau d'affichage prévu par l'article L. 412-8 dudit Code, prononce une relaxe du chef d'entrave à l'exercice du droit syndical, en retenant qu'après avoir été rappelés à l'ordre, ils ont régularisé la situation, et que les parties civiles appelantes ne justifient pas de la persistance de ces manquements.

2. Salariés protégés

- a) Autorisation de l'inspecteur du travail
Chambre criminelle, 25 mai 2004 (Bull. n° 137)
Chambre criminelle, 17 février 2004 (Bull. n° 45)

Un conseiller prud'homme avait été licencié par le liquidateur de la société qui l'employait. Le liquidateur, poursuivi pour atteinte à l'exercice régulier des fonctions de conseiller prud'homme, avait été relaxé par la cour d'appel qui avait considéré qu'en un tel cas l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail n'était pas nécessaire, les dispositions des articles L. 512-4 et L. 412-18 du Code du travail ne concernant pas les conseillers prud'hommes, salariés d'une société faisant l'objet d'une procédure collective. La chambre criminelle devait casser cette décision en précisant que l'article L. 514-2 du Code du travail soumettant le licenciement d'un conseiller prud'homme à la procédure prévue par l'article L. 412-18 du même Code, il en résulte que le conseiller prud'homme doit être assimilé à un salarié mentionné à l'article L. 412-18. En conséquence, par application de ces textes, le licenciement du conseiller prud'homme ne peut intervenir qu'après l'autorisation de l'inspecteur du travail y compris en cas de redressement ou liquidation judiciaire, peu important, par ailleurs que l'intéressé fût salarié d'une société tierce de celle ayant procédé au licenciement (1° arrêt).

L'autorisation de licencier un salarié protégé donnée à l'employeur par l'inspecteur du Travail subsiste en dépit de l'annulation par le tribunal administratif de la décision du ministre ayant rejeté le recours formé par le salarié contre ladite autorisation. Il n'en irait autrement que si le salarié avait également demandé et obtenu l'annulation de la première décision. Dès lors, justifie sa décision l'arrêt qui relaxe l'employeur poursuivi du chef d'entrave à raison de son refus de réintégrer le salarié licencié (2° arrêt).

- b) Résiliation conventionnelle
Chambre criminelle, 28 janvier 2004 (Bull. n° 22)
Chambre criminelle, 6 janvier 2004 (Bull. n° 4)

La chambre criminelle a rappelé que les dispositions législatives, soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du Travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit de poursuivre par d'autres moyens la résiliation des contrats de travail.

Ainsi, justifie sa décision l'arrêt, qui, pour dire ces dispositions d'ordre public méconnues, retient que les négociations auxquelles se sont livrés les cadres d'une entreprise avec les salariés protégés étaient destinées, pour les cadres, à obtenir la résiliation des contrats de travail de ceux-ci sans observer les

prescriptions légales que leur confère leur statut, dans le but de faciliter la mise en place d'un plan social et, pour les salariés protégés, à bénéficier d'avantages obtenus en méconnaissance des mandats dont ils étaient investis (1° arrêt).

Et l'employeur ne saurait se soustraire à l'observation de ces dispositions d'ordre public en proposant au salarié de mettre fin au contrat de travail par un accord de résiliation. Refuse de tirer les conséquences légales de ses propres constatations l'arrêt qui, après avoir relevé que l'inspecteur du Travail avait refusé d'autoriser le licenciement de la déléguée syndicale, et constaté que les prévenus avaient ensuite proposé à celle-ci un accord de résiliation de son contrat de travail, retient, pour les relaxer du délit d'entrave à l'exercice du droit syndical, qu'une telle offre n'était pas discriminatoire et qu'elle était "plutôt généreuse au regard des usages" (2° arrêt).

3. Comités d'entreprise

Chambre criminelle, 3 février 2004 (Bull. n° 30)

Le prévenu, dirigeant d'une association qui, avec une autre association qu'elle se propose d'absorber, constitue une société civile immobilière dans laquelle il prend une participation majoritaire, se rend coupable d'entrave au fonctionnement du comité central d'entreprise en s'abstenant volontairement de procéder à la consultation de cet organisme préalablement à la constitution de ladite société, comme l'exige l'article L. 432-1 du Code du travail, auquel renvoie l'article L. 435-3 du même Code, ce texte n'établissant aucune distinction selon que l'entreprise prend une participation dans une société déjà constituée ou à constituer.

S'agissant d'une modification de l'organisation économique et juridique de l'entreprise, la consultation du comité central d'entreprise est obligatoire quelle que soit l'importance économique et financière du projet.

4. Amnistie

Chambre criminelle, 25 mai 2004 (Bull. n° 132)

Chambre criminelle, 22 juillet 2004 (Bull. n° 182)

Le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise prévu par l'article L. 483-1, alinéa 1er, du Code du travail, lorsqu'il est commis avant le 17 mai 2002, relève des dispositions de l'article 5 de la loi du 6 août 2002 portant amnistie en raison du quantum ou de la nature de la peine. En application de l'article 8 de ladite loi, l'amnistie d'un tel délit n'est acquise qu'après condamnation devenue définitive.

5. Conflit de travail - Activités revendicatives

Chambre criminelle, 22 juillet 2004 (Bull. n° 182)

Chambre criminelle, 8 juin 2004 (Bull. n° 154)

Justifie sa décision, la cour d'appel qui, pour décider que des faits d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise ne sont pas amnistiés en application de l'article 3-1° de la loi du 6 août 2002 comme n'ayant pas été commis à l'occasion d'un conflit du travail ni à l'occasion d'activités syndicales ou revendicatives de salariés, retient, d'une part, qu'il ne résulte pas des pièces produites que des mouvements revendicatifs tels que grève, lock-out ou distribution de tracts en relation étroite et suffisante avec les difficultés rencontrées par le comité afin d'obtenir des compléments d'information économique soient apparus et, d'autre part, que la désignation d'un expert comptable ainsi que l'utilisation de voies judiciaires par les organisations professionnelles ne peuvent être considérées comme l'expression d'un conflit de travail au sens du Livre V du Code du travail (1° arrêt).

L'article 14, 27° de la loi du 6 août 2002, aux termes duquel sont exclus du bénéfice de l'amnistie, notamment, les délits de diffamation et d'injures commises à l'encontre d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public fait obstacle à ce qu'un prévenu poursuivi de ces chefs puisse revendiquer le bénéfice de l'article 3, 1°, de ladite loi, selon lequel sont amnistiés, lorsqu'ils sont passibles de moins de dix ans d'emprisonnement, les délits commis à l'occasion de conflits

du travail ou à l'occasion d'activités revendicatives de salariés. Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt qui, pour constater l'extinction de l'action publique par l'amnistie dans une poursuite exercée des chefs de diffamation et injures publiques envers un fonctionnaire public, sur le fondement des articles 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881, retient que, les tracts comportant les expressions injurieuses et les imputations diffamatoires ayant été réalisés dans le cadre de l'activité syndicale du prévenu, les dispositions de l'article 3, 1°, s'appliquent en l'espèce (2° arrêt).

6. Hygiène et sécurité - Délégation de pouvoirs

Chambre criminelle, 23 novembre 2004 (Bull. n° 295)

Si, en matière d'hygiène et de sécurité, le chef d'entreprise a la faculté de déléguer la direction d'un chantier à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur, il ne peut, en revanche, déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires

R. VISITES DOMICILIAIRES

Ordonnance autorisant la visite

Chambre criminelle, 19 mai 2004 (Bull. n° 130)

S'il n'est pas interdit au juge qui autorise une visite domiciliaire en matière fiscale de fonder sa décision sur une déclaration anonyme, c'est à la condition que celle-ci lui soit soumise au moyen d'un document établi par les agents de l'administration et signé par eux et qu'elle soit corroborée par d'autres éléments d'information qu'il décrit et analyse.

VIII - L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL

A. DROIT COMMUNAUTAIRE

Les arrêts rendus dans cette matière sont commentés à la rubrique "H. Droit pénal économique et financier, 4. Droit communautaire".

B. CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

1. Article 5 : droit à la liberté et à la sûreté

- a) Droit pour toute personne arrêtée d'être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat
Chambre criminelle, 17 mars 2004 (Bull. n° 69)

Une personne arrêtée pour des faits de faux et recel avait été placée en garde à vue pendant quelques heures, puis à l'issue de cette première période, immédiatement placée sous le même régime pendant quatre-vingt-seize heures pour des faits d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Elle avait donc été privée de liberté pendant près de 97 heures. La chambre criminelle devait casser l'arrêt ayant admis cette façon de procéder, au visa notamment de l'article 5.3, en précisant que si une personne peut être soumise, à l'occasion de faits distincts, à des mesures de garde à vue immédiatement successives et indépendantes l'une de l'autre, elle ne peut être retenue de manière continue à la disposition des officiers de police judiciaire pendant une période totale excédant la durée maximale de garde à vue autorisée par la loi. Le dépassement de ce délai porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée.

- b) Droit pour toute personne arrêtée d'être jugée dans un délai raisonnable
Chambre criminelle, 29 septembre 2004 (Bull. n° 229)

Une personne qui avait vu sa condamnation à une peine criminelle réexaminée à la suite d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme, et qui avait purgé une autre peine, faisait valoir que le délai raisonnable avait été dépassé. La chambre criminelle devait rejeter son pourvoi en retenant que le demandeur ne saurait, pour invoquer un prétendu dépassement du délai raisonnable, au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, faire état de périodes de détention subies en exécution de condamnations régulièrement prononcées par des juridictions compétentes qui ont statué sur la culpabilité et sur la peine.

- c) Détention pour insoumission à une ordonnance rendue - Ordonnance - Domaine d'application - Ordonnance de contrainte par corps
Chambre commerciale, 5 octobre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 99-12.208)

Par ordonnance rendue sur requête, un trésorier payeur général avait été autorisé à recourir à la contrainte par corps à l'encontre d'un débiteur du Trésor public. Ce dernier avait sollicité la rétractation de cette ordonnance en faisant notamment valoir qu'il bénéficiait d'un sursis de paiement, mais sa demande n'avait pas été accueillie par les juges du fond au motif que le sursis de paiement ne pouvait entraîner que la suspension de la mise à exécution de la contrainte.

Le pourvoi soutenait que l'arrêt attaqué n'était pas justifié au regard de l'article L. 271 du Livre des procédures fiscales dès lors que le bénéfice du sursis de paiement faisait obstacle au recouvrement de l'impôt, et, par conséquent, au prononcé de la contrainte par corps.

Le sursis de paiement est régi par les articles L. 277 à L. 280 du Livre des procédures fiscales. Selon le premier de ces textes, le sursis de paiement est un droit pour le contribuable qui en fait expressément la demande dans le cadre d'une réclamation régulière, et qui présente à cet effet des garanties suffisantes. Ce n'est que dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas constitué auprès du comptable public les garanties propres à assurer le recouvrement de la créance du Trésor que le sursis peut être refusé.

La demande régulière de sursis de paiement suspend dès sa présentation, l'exigibilité de l'impôt. Lorsque le contribuable constitue des garanties suffisantes, l'exigibilité de l'impôt est suspendue jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la réclamation par l'administration ou le tribunal compétent. Si les garanties sont jugées insuffisantes, le sursis de paiement est refusé et l'impôt redevient exigible¹, mais le contribuable conserve néanmoins un avantage par rapport à celui qui n'a pas sollicité de sursis de paiement car le comptable ne peut alors procéder qu'à des mesures conservatoires avant qu'une décision définitive n'intervienne sur le bien-fondé de l'imposition. En effet, l'article L. 277 alinéa 3 du Livre des procédures fiscales énonce : "A défaut de constitution de garanties ou si les garanties offertes sont estimées insuffisantes, le comptable peut prendre des mesures conservatoires pour les impôts contestés, jusqu'à la saisie inclusivement. Mais la vente ne peut être effectuée ou la contrainte par corps ne peut être exercée jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été prise sur la réclamation soit par l'administration soit par le tribunal compétent." C'est ce qui a été appelé le "mini-sursis".

Dans les deux cas, sursis accordé ou refusé, les dispositions de l'article L. 271 du Livre des procédures fiscales ne peuvent donc pas être mises en oeuvre.

En effet, celles-ci prévoient que "Le défaut de paiement des impositions indiquées à l'article L. 270 peut donner lieu à l'exercice de la contrainte par corps, dans les conditions fixées par le Code de procédure pénale, sous réserve des dispositions de l'article L. 272 A. Le président du tribunal de grande instance décide, s'il y a lieu, d'appliquer cette contrainte et en fixe la durée. La contrainte par corps est immédiatement applicable."

Or, si le sursis de paiement n'a pas été refusé, l'impôt n'est plus exigible, de sorte que le défaut de paiement des impositions, qui est une condition d'application de l'article L. 271 du LPF, ne peut plus être constaté.

Si le sursis de paiement demandé a été refusé, l'impôt reste certes exigible (avant 2002), mais l'article L. 277 alinéa 3 prévoit lui-même que la contrainte par corps ne peut alors être exercée, ce dont il résulte que le défaut de paiement des impositions indiquées à l'article L. 270 "ne peut donner lieu à l'exercice de la contrainte par corps..." au sens de l'article L. 271 du LPF.

Compte tenu de ces éléments de réflexion, et en l'absence de précision sur la date à laquelle le sursis de paiement dont le bénéfice était invoqué avait été sollicité, la Chambre commerciale a censuré l'arrêt attaqué pour manque de base légale, après avoir rappelé que la demande de sursis de paiement antérieure au prononcé de la contrainte par corps fait obstacle à ce prononcé, et que lorsqu'elle est postérieure à l'ordonnance prescrivant cette contrainte, elle peut permettre d'obtenir la suspension de son exécution par les voies de recours appropriées.

Dans cet arrêt, la Chambre commerciale a également confirmé que la contrainte par corps ne violait pas l'article 5-I-b de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Com. 6 mars 1984, Bull n° 90).

2. Article 6 : droit à un procès équitable

a) Domaine d'application - Exclusion - Procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime

¹ Régime applicable à l'époque des faits de l'espèce, car le texte de l'article L. 277 du LPF a été modifié par la loi de finances pour 2002 art 74 C-II et F-1^{er}, dispositions applicables à compter du 1^{er} janvier 2002. Désormais, même en cas de garanties insuffisantes "l'exigibilité de la créance et la prescription de l'action en recouvrement sont suspendues".

2^{ème} Chambre civile, 8 juillet 2004 (pourvoi n° 02-19.171 à paraître)

Par cet arrêt, la 2^{ème} chambre civile tire les conséquences de l'arrêt rendu le 11 décembre 2003 par la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé que les procédures de récusation et de suspicion légitime n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (arrêt n° 58751/00 Schreiber et Boetch c/ France)

Les articles 358, 359 et 360 du nouveau Code de procédure civile définissent la procédure à suivre en matière de requête en suspicion légitime.

Dans l'hypothèse où le président de la juridiction concernée s'oppose à la requête, l'article 359 prévoit qu'il transmet l'affaire, avec les motifs de son refus, au président de la juridiction immédiatement supérieure. Cette juridiction statue dans le mois, en chambre du conseil, le ministère public entendu et sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties.

Ce texte ne précise cependant pas si les observations du président du tribunal doivent ou non être communiquées à l'auteur de la requête.

S'inspirant expressément de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dont elle reproduit l'attendu de principe, la 2^{ème} chambre civile, après avoir énoncé que la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime, qui n'emportait pas détermination d'un droit ou d'une obligation de caractère civil, n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, juge que l'absence de communication à la partie qui sollicite le renvoi de l'avis du président de la juridiction visée par la demande ne contrevient pas à ce texte.

En rejetant ainsi le pourvoi formé à l'encontre de la cour d'appel qui avait statué sur une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime sans avoir communiqué à la partie requérante l'avis du président de la juridiction visée par la demande, la 2^{ème} chambre civile abandonne sa jurisprudence antérieure qui considérait qu'une telle pratique méconnaissait les exigences des articles 16 du nouveau Code de procédure civile et 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (2^{ème} Civ. 26 juin 1996, Bull. n° 186. Solution confirmée à plusieurs reprises : 2^{ème} Civ., 25 mars 1998, Bull. n° 111, 10 juin 1998, Bull. n° 179, 17 novembre 1998, pourvoi n° 97-15.3888, puis adoptée par la chambre sociale Soc. 19 novembre 2002, Bull. n° 347, Soc. 19 décembre 2003, Bull. n° 321).

Elle revient ainsi à une solution qu'elle avait initialement énoncée (2^{ème} Civ. 9 octobre 1991, pourvoi n° 90-11.450), fondée sur les seules dispositions de l'article 351 du nouveau Code de procédure civile qui ne prévoit ni convocation du requérant ni la communication de l'avis du président du tribunal.

b) Selon l'article 6, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement

1°) Droit d'appel

Chambre criminelle, 6 avril 2004 (Bull. n° 87)

La chambre criminelle estime que l'interdiction faite à la partie civile d'interjeter appel d'une ordonnance de mise en accusation ayant requalifié les faits dont elle a été victime, n'est pas incompatible avec l'article 6.

2°) Champ d'application

Chambre criminelle, 6 avril 2004 (Bull. n° 85)

La chambre criminelle considère que les principes du procès équitable ne trouvent pas à s'appliquer en totalité devant la commission des sanctions administratives du comité régional des transports qui n'est pas un premier degré de juridiction mais un organisme consultatif chargé de donner un avis à l'autorité de

sanction. La commission doit cependant respecter le principe du contradictoire et veiller à délibérer sans méconnaître l'exigence d'impartialité.

- 3°) Composition des juridictions
Chambre criminelle, 24 novembre 2004 (Bull. n° 296)

Les règles fixées par l'article 706-25 du Code de procédure pénale, qui prévoient que, lorsque les infractions entrent dans le champ d'application de l'article 706-16 dudit Code, la cour d'assises doit être composée conformément aux dispositions de l'article 698-6 du même Code, répondent, au regard du principe de l'égalité, aux exigences des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que, d'une part, l'attribution de compétence qui en résulte embrasse toutes les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16 précité et tous les accusés tombant sous le coup de ce texte, sans aucune distinction, et que, d'autre part, les droits de la défense peuvent s'exercer sans discrimination.

- 4°) Commission rogatoire
Chambre criminelle, 5 août 2004 (Bull. n° 185)

De même, la chambre criminelle juge-t-elle que les dispositions du Code de procédure pénale permettant au juge d'instruction de délivrer des commissions rogatoires au magistrat délégué aux missions judiciaires de la douane, à charge pour ce dernier de désigner, aux fins de leur exécution, le ou les agents des douanes habilités, ne sont pas contraires à l'article 6.

- c) L'article 6 dispose également que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

- 1°) Application du principe
Chambre criminelle, 23 mars 2004 (Bull. n° 76)

L'exigence d'impartialité s'impose aux juridictions d'instruction à l'encontre desquelles le grief peut être invoqué indépendamment de la mise en oeuvre des procédures de récusation ou de renvoi. (1^{er} arrêt)

- 2°) Incompatibilités
Chambre criminelle, 15 septembre 2004 (Bull. n° 210)

Ne peut faire partie de la chambre des appels correctionnels le magistrat qui, dans le cadre de l'affaire soumise à cette juridiction, a composé la chambre de l'instruction chargée d'examiner la valeur probante de déclarations à charge ayant servi de fondement aux poursuites.

- 3°) Compatibilité
Chambre criminelle, 3 février 2004 (Bull. n° 27)
Chambre criminelle, 10 mars 2004 (Bull. n° 65)

L'article 6 ne fait pas obstacle à ce que les juges qui ont prononcé une peine assortie du sursis avec mise à l'épreuve fassent partie de la composition de la juridiction appelée à statuer sur une requête du juge de l'application des peines tendant à la révocation de cette mesure (1^{er} arrêt).

La circonstance que le juge d'instruction chargé d'une information du chef de banqueroute ait préalablement participé au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'occasion de laquelle le délit aurait été commis n'est pas, en soi, de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité du magistrat en cause (2^e arrêt).

- 4°) Procédure
Chambre criminelle, 29 septembre 2004 (Bull. n° 226)

L'accusé n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité du président de la cour d'assises, en invoquant une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le président de la cour d'assises par application de l'article 668 du Code de procédure pénale et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir

- d) Droit d'accès au juge
Chambre criminelle, 1^{er} septembre 2004 (Bull. n° 193)

Fait l'exacte application de l'article 2 du Code de procédure pénale, sans méconnaître les exigences des articles 6, 13 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt qui déclare irrecevables les constitutions de partie civile du conseil supérieur du notariat, de la chambre interdépartementale des notaires de Paris et de plusieurs chambres régionales, pour diffamation publique envers des particuliers, à raison de propos qui visent la profession notariale dans son ensemble, sans blâmer aucune personne déterminée, ces organismes professionnels ne pouvant se réclamer d'aucun préjudice personnel directement causé par l'infraction.

- e) Droits de la défense
Chambre criminelle, 14 décembre 2004 (pourvoi n° 04-86.955)

Justifie sa décision au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre de l'instruction qui retient que la remise temporaire d'une personne mise en examen par un juge d'instruction en France ne portera pas atteinte aux droits de la défense, la procédure d'instruction étant achevée, son avocat étant seul habilité à prendre connaissance du dossier et l'autorité judiciaire émetteur du mandat s'étant engagée à remettre, si besoin, l'intéressé à la disposition du juge.

3. Article 7 : principe de légalité

Chambre criminelle, 6 avril 2004 (Bull. n° 85)
Chambre criminelle, 4 février 2004 (Bull. n° 32)
Chambre criminelle, 24 février 2004 (Bull. n° 51)
Chambre criminelle, 23 mars 2004 (Bull. n° 75)

La sanction de retrait temporaire de licence de transport communautaire, prévue en termes clairs et précis par la réglementation communautaire et le droit interne, n'est pas contraire au principe de légalité (1^{er} arrêt).

La définition, par les articles 227-25 et 227-26 du Code pénal, du délit d'atteinte sexuelle aggravée, en termes suffisamment précis et explicites, n'est contraire ni au principe de légalité des délits et des peines ni à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (2^o arrêt).

Les dispositions de l'article L. 4161-2 du Code de la santé publique incriminant l'exercice illégal de l'art dentaire, qui, selon l'article L. 4141-1 dudit Code, comporte le diagnostic ou le traitement des maladies congénitales ou acquises, réelles ou supposées, de la bouche, des dents et des maxillaires, sont compatibles avec les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme d'où il résulte que toute infraction doit être définie en termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire (3^o arrêt).

Les dispositions nationales interdisant d'incorporer dans les compléments alimentaires des produits chimiques non autorisés par arrêtés ministériels pris sur l'avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA), ou autres que ceux dont l'emploi est déclaré licite par la réglementation communautaire, ne méconnaissent aucune des exigences tenant à la prévisibilité et à l'accessibilité de la loi pénale (4^o arrêt).

4. Article 10 : liberté d'expression

Chambre criminelle, 8 juin 2004 (Bull. n° 156)

Justifie sa décision la cour d'appel qui condamne à des réparations civiles sur le fondement de l'article 35 ter de la loi sur la presse, après avoir constaté l'extinction de l'action publique par l'amnistie, le directeur de publication d'un hebdomadaire ayant diffusé la photographie, à l'intérieur d'une maison d'arrêt, d'une personne s'y trouvant en détention provisoire. La diffusion d'une image représentant une personne identifiée ou identifiable, sans autorisation de celle-ci, faisant apparaître qu'elle est placée en détention provisoire est prohibée par l'article 35 ter de la loi du 29 juillet 1881, peu important les commentaires pouvant accompagner la publication de cette image et la circonstance qu'un autre journal ait publié une photographie identique avec le consentement de la personne concernée. Ce texte n'est pas incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il institue une restriction qui constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique à la protection des droits d'autrui.

5. Premier protocole additionnel - Article 1^{er} - Protection de la propriété - Restrictions - Garantie du paiement des impôts, contributions et amendes - Article 25 II B de la loi de finances rectificative pour 1999

Chambre commerciale, 12 juillet 2004 (Bull. n° 153)

L'article 25-II B de la loi de finances rectificative pour 1999 énonce que "sont réputés réguliers, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les avis de mise en recouvrement émis à la suite de notifications de redressement effectuées avant le 1^{er} janvier 2000, en tant qu'ils seraient contestés par le moyen tiré de ce qu'ils se réfèreraient, pour ce qui concerne les informations mentionnées à l'article R. 256-1 du LPF, à la seule notification de redressement."

Cette loi de validation faisait suite à un revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat, qui, par un arrêt du 28 juillet 1999 *Ministre c/ SARL FFA Azan* (RJF 10/99 n° 1284), avait admis, contrairement à sa jurisprudence antérieure, l'irrégularité au regard de l'article R. 256-1 du LPF d'un avis de mise en recouvrement qui renvoyait, pour les éléments du calcul des droits réclamés, à la seule notification de redressement, alors que la réponse aux observations du contribuable leur avait substitué de nouveaux éléments de calcul.

L'article 25-II B de la loi de finances rectificative pour 1999 a été soumis au Conseil constitutionnel, qui, par décision du 30 décembre 1999, a déclaré celui-ci conforme à la constitution, en retenant que le renvoi aux seules mentions figurant dans la notification de redressement ne pouvait porter atteinte aux droits de la défense des contribuables concernés, qui avaient eu connaissance au cours de la procédure d'imposition des modifications apportées au calcul des sommes qui leur étaient réclamées, et que la validation était justifiée tant par le montant très élevé des sommes qui pourraient être réclamées par les contribuables concernés, que par le trouble apporté à la continuité des services publics fiscaux et juridictionnels du fait de la multiplication des réclamations qui pourraient être présentées durant plusieurs années.

Après l'entrée en vigueur de l'article 25-II B de la loi de finances rectificative pour 1999, les juridictions administratives ont fait, sans hésitation, application de ce texte, qui mettait pourtant à néant la jurisprudence *FFA Azan*. (Cf *CAA Nancy* 5 juillet 2001 *Mehl* RJF 02/02 n° 221, *CE* 20 novembre 2002 *SARL New-Sports*, RJF 02/03 n° 222).

La position de la Cour de cassation était différente de celle des juridictions administratives, et ce, en raison d'une analyse divergente du champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, notre Cour, réunie en assemblée plénière, avait rendu le 14 juin 1996 un arrêt consacrant, contre l'avis de son premier avocat général, l'invocabilité de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme "devant toute juridiction civile statuant en matière fiscale" (*Kloekner*, Bull Ass Plén n° 5).

A la lumière de cette jurisprudence, et d'une décision de la Cour de Strasbourg, qui avait été amenée à préciser sa position sur les validations législatives dans une affaire de droit du travail (CEDH 28 octobre 1999 Zielinski et Pradal Gonzalez et a. C/ France joint), la Chambre commerciale, saisie à propos de faits similaires à ceux présentés au Conseil d'Etat dans l'affaire FFA Azan, avait, par un arrêt du 20 novembre 2001 Sté Civa (Bull. n°185), énoncé qu'un tribunal avait violé l'article R. 256-1 du LPF, "sans que puisse être appliqué l'article 25-II B de la loi de finances rectificative pour 1999, invoqué par le défendeur, sous peine de violer les dispositions de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le droit à un procès équitable, dès lors que l'instance était déjà en cours à la date d'entrée en vigueur de cette loi de validation".

Pourtant, depuis l'arrêt du 14 juin 1996, la Cour de Strasbourg avait eu l'occasion de dire à plusieurs reprises que l'article 6 § 1 de la Convention n'était pas applicable à la procédure fiscale, et plus généralement au contentieux fiscal, dès lors que ces matières n'entraient pas dans les droits et obligations à caractère civil au sens de cet article (Cf CEDH 20 avril 1999 Vodacar SA C/ Espagne, CEDH 5 octobre 1999 Gantzer C/ France, CEDH 12 juillet 2001 Ferrazzini C/ Italie).

La Cour de cassation, contrairement au Conseil d'Etat (Cf CE 26 novembre 1999 Guenoun, RJF 01/00 n° 138), se trouvait donc dans une situation paradoxale, qui la conduisait à considérer que le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention était plus large que l'interprétation qui en était donnée par la Cour de Strasbourg.

Certes, l'arrêt Civa ne concernait pas l'établissement de l'assiette de l'impôt mais sa mise en recouvrement, dont on pouvait suggérer qu'elle était assimilable aux procédures d'exécution civiles, mais la rédaction même de la décision CEDH Ferrazzini C/ Italie dissuadait de persévérer dans cette voie, dès lors que la Cour y énonçait que "la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant". Or, n'est-ce pas l'exercice même du noyau dur de ces prérogatives de puissance publique que de pouvoir émettre un véritable titre exécutoire, comme l'avis de mise en recouvrement, sans avoir à respecter le droit commun ?

Par son arrêt du 12 juillet 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation a tiré les conséquences de l'arrêt Ferrazzini, auquel elle s'est explicitement référée, mettant ainsi un terme aux divergences d'analyses antérieurement apparues sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux fiscal, désormais limité aux sanctions fiscales ayant "le caractère d'une punition" (Com 29 avril 1997 Ferreira, Bull. n°110).

6. Protocole additionnel n° 7, article 4 : droit à ne pas être jugé ou puni deux fois *Chambre criminelle, 7 septembre 2004 (Bull. n° 200)*

La règle non bis in idem consacrée par l'article 4 du protocole n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions disciplinaires parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif.

C. LOIS ET RÈGLEMENTS

1. Lois et règlements - Non-rétroactivité - Principe - Application en matière civile - Etendue - Détermination *(Assemblée Plénière, 23 janvier 2004, Bull. n° 2 ; BICC n° 594, p. 11, rapport de Mme Favre et avis de M. de Gouttes)*

Depuis plusieurs années, une controverse s'était développée sur les pouvoirs du juge saisi d'une demande de révision triennale d'un bail commercial. Pour les uns, s'appuyant sur les dispositions de l'article 145-33 du Code de commerce, le loyer révisé devait suivre les évolutions, à la baisse comme à la

hausse, de la valeur locative. Pour les autres, se référant à l'article L. 145-38 du même Code, le juge devait s'en tenir à la variation de l'indice du coût de la construction, à moins que la modification des facteurs locaux de commercialité n'ait entraîné une variation significative de la valeur locative. Alors que la Cour de cassation avait opté, en 1996, pour la première solution, le législateur, par l'article 26 de la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, est intervenu pour imposer la seconde, plus favorable au bailleur.

En l'absence de dispositions transitoires, et en considération des données acquises en droit national, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 27 février 2002 (Bull. n° 53) avait tranché le conflit d'application dans le temps de l'article 26 de la loi du 11 décembre 2001, en classant cette disposition dans la catégorie des lois interprétatives, lesquelles, par une fiction juridique contestée par certains auteurs, sont censées s'intégrer à la loi dont elles précisent le sens et donc prendre effet au jour de l'entrée en vigueur de celle-ci.

Cette solution était remise en cause devant l'Assemblée Plénière par l'invocation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant de l'application de la loi nouvelle aux affaires en cours, a énoncé, à diverses reprises (voir notamment l'arrêt Zielinski, Pradal, Gonzalès et autres c/France, du 28 octobre 1999) que "*si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le déroulement des procès en cours*". La Cour de cassation, tenue d'appliquer le droit national en conformité avec la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne, s'est déjà prononcée sur l'application de lois de validation au regard de l'article 6 de la Convention (Assemblée plénière, 24 janvier 2003, Bull. n° 2 et 3 ; 1^{ère} Chambre civ. 29 avril 2003, Bull. n° 100).

L'Assemblée Plénière, compte tenu du fondement de la limitation des pouvoirs du législateur à l'égard des litiges en cours, a estimé qu'il était sans importance que, directement ou indirectement, l'Etat soit partie au litige ou intéressé par la solution.

Observant par ailleurs que la Cour européenne ne connaissait pas la distinction entre les lois de validation et les lois interprétatives, elle a cherché si la loi nouvelle créait ou non des droits nouveaux et à ce titre, influait sur la solution du litige. Ayant constaté une telle influence, elle en déduit que l'application au litige en cours de l'article 26 de la loi MURCEF était subordonnée à l'existence d'impérieux motifs d'intérêt général.

Enfin, l'Assemblée Plénière retient que, de la jurisprudence de la Cour européenne qu'elle transpose, se déduisent deux conditions d'application de la loi nouvelle aux litiges en cours : l'indication par le législateur de son application aux litiges en cours et l'invocation par celui d'impérieux motifs d'intérêt général.

2. Non-rétroactivité - Principe - Application en matière civile - Etendue - Détermination - Compétence - Compétence matérielle - Tribunal de commerce

Chambre commerciale, 14 décembre 2004 (en cours de publication, pourvoi n° 01-10.780)

La Cour de cassation a confirmé, à plusieurs reprises, que le législateur peut, en matière civile, lorsque cette intervention est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, adopter des dispositions rétroactives, sans que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'y opposent (Voir notamment Ass. Plén. 23 janvier 2004, Bull. n°2, p. 2)

La loi 91-1258 du 17 décembre 1991, modifiant le Code de l'organisation judiciaire, a abrogé l'article 631 du Code de commerce, qui énonçait les règles de compétence des tribunaux de commerce, sans

qu'aucune disposition ne soit prise pour remplacer ce texte. Les juridictions ont donc continué à appliquer l'article 631 qu'aucun éditeur de code n'avait d'ailleurs supprimé de son édition. Ce n'est que par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques que le législateur a réparé cette erreur en rétablissant la teneur de l'article 631 du Code de commerce dans l'article L. 411-4 du Code de l'organisation judiciaire, qui énonce désormais les cas dans lesquels les tribunaux de commerce sont compétents. Afin de combler le vide juridique ayant perduré pendant près de 10 ans, la même loi a prévu que ces dispositions "prennent effet à compter de la date d'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi du 17 décembre 1991, modifiant le COJ".

Par cet arrêt, la chambre commerciale a considéré que l'intervention du législateur qui s'est borné à rétablir, dans des termes équivalents, des dispositions réglementant la compétence des tribunaux de commerce, qui à la suite d'une maladresse législative, avaient été abrogées, sans que d'autres ne soient venues les remplacer, a répondu à un impérieux motif d'intérêt général.

D. CONFLIT DE JURIDICTIONS

Effets internationaux des jugements - Exequatur - Conditions - Conformité à l'ordre public international - Principe d'égalité des époux - Décision étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari - Epoux étrangers dont l'un au moins réside en France

1ère Chambre civile, 17 février 2004 (cinq arrêts Bull. n° 46 à 50)

Par cinq arrêts du 17 février 2004, la première chambre civile fixe sa jurisprudence en matière de reconnaissance et d'exequatur en France de décisions étrangères prononçant une répudiation en application du droit musulman.

La jurisprudence antérieure depuis 1980 se marquait en trois étapes.

1. Le libéralisme

Dès avant la loi du 11 juillet 1975, la répudiation intervenue du consentement mutuel des époux a été traitée comme un divorce par consentement mutuel et ses effets ont été admis en France par le jeu de l'effet atténué de l'ordre public. Ces solutions ont été étendues aux répudiations qui n'impliquaient pas le consentement de la femme à condition que celle-ci ait pu faire valoir ses droits et que l'instance lui ait permis de présenter ses prétentions et défenses (Civ.1, 18 décembre 1979, Dahar, Rev. Crit. DIP 1981, p. 88 et JDI 1981, p. 597, note Khan; Civ.1, 3 novembre 1983, Rohbi Rev. Crit. DIP 1984, p. 325, note Fadlallah).

2. Le retour de l'ordre public et l'irruption des droits fondamentaux

Au cours des années 90 la jurisprudence fait preuve de plus de sévérité et contrôle notamment le caractère frauduleux ou non du choix de la juridiction, le respect des droits de la défense et les garanties financières accordées à la femme. A partir de 1994, la première chambre civile fait appel, à l'appui des conditions imposées par les conventions internationales bilatérales, à l'article 5 du protocole n° VII additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé le 22 novembre 1984 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988 (Civ.1, 1^{er} juin 1994, Bull. n° 192, Dalloz 1995, p. 263, note Massip; Civ.1, 31 janvier 1995, Rev. Crit. DIP 1995, n° 569, note Déprez; Civ.1, 19 décembre 1995, Bull. n° 469). Ces solutions sont consacrées par un arrêt du 11 mars 1997 (pourvoi n° 94-19.447, Semaine juridique, édition G, 1998, note M. Fulchiron, 101), selon lequel "*ces conditions (celles exigées des jugements de divorce rendus à l'étranger pour être reconnus en France) exigent, notamment que la décision étrangère ait respecté les droits de la défense et que sa reconnaissance ne soit pas contraire à l'ordre public international ; qu'au titre de cette dernière exigence figure l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, droit reconnu par le troisième texte précité (l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984) et que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction*".

3. Les arrêts postérieurs à 1999 et l'arrêt du 3 juillet 2001

Après l'arrêt du 11 mars 1997, les arrêts de la première chambre civile ne font plus référence au protocole. Le 3 juillet 2001, dans un arrêt relatif à l'exequatur d'un jugement de divorce algérien rendu sur le fondement de l'article 48 du Code de la famille, la Cour décide que *“la conception française de l'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale par le mari dès lors que le choix du tribunal par celui-ci n'a pas été frauduleux, que la répudiation a ouvert une procédure en faveur de laquelle chaque partie a fait valoir ses prétentions et défenses et que le jugement algérien, passé en force de chose jugée et susceptible d'exécution, a garanti les avantages financiers à l'épouse en condamnant le mari à lui payer des dommages-intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon”*. Cet arrêt, de même que quelques autres, a fait l'objet de nombreux commentaires contrastés de la doctrine très divisée sur cette question.

Faisant application de la convention franco-algérienne pour déterminer l'ordre public international réservé en son article 1er, deux des arrêts du 17 février 2004 (pourvois n^{os} 01-11.549 et 02-11.618) affirment désormais le principe suivant : *“une décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n^o VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme”*.

L'ordre public international visé par la Cour de cassation est un ordre public **territorial**, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, qui n'intervient que parce que l'un des époux, si ce n'est les deux, est domicilié en France et qui ne peut jouer que dans la mesure où la convention bilatérale (en l'espèce, la convention franco-algérienne) réserve le jeu de l'ordre public, ce que ces deux arrêts ont expressément relevé.

Il ne faut pas en déduire que les juridictions du fond peuvent refuser la reconnaissance ou l'exécution des décisions marocaines, algériennes ou autres de cette nature par seule référence à l'ordre public et au protocole du 22 novembre 1984.

Les conditions de l'*exequatur* des décisions étrangères tant pour ce qui est du droit commun (arrêt Muntzer et Bachir de 1964 et 1967) que pour le plus grand nombre des conventions bilatérales, sont au nombre de quatre : la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international (à la fois procédural et de fond) et l'absence de toute fraude à la loi. Le juge doit vérifier d'office si ces conditions sont réunies. Les conditions fixées par le droit commun ou par les conventions sont hiérarchisées. Le juge doit donc les examiner dans l'ordre déterminé par la Convention : il n'y a pas lieu de rejeter la demande d'exequatur sur le fondement de l'ordre public si par ailleurs une des conditions préalables n'était pas remplie.

C'est ce que rappellent les autres arrêts rendus le 17 février 2004 :

- dans l'affaire n^o 02-10.755, la cour d'appel avait rejeté la demande de nullité de mariage pour bigamie formée par le ministère public au motif qu'il était établi que le mariage de deux époux à l'époque tous deux de nationalité marocaine, avait été dissous, préalablement au second mariage de l'époux, par une décision de divorce marocaine reconnue en France de plein droit. L'arrêt est cassé au motif qu' *“en statuant ainsi, par des considérations générales qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la régularité internationale de la décision marocaine, la cour d'appel a méconnu les exigences”* de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile.

- dans l'affaire n^o 02-15.766, la Cour rappelle que les décisions marocaines ne peuvent produire effet en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée et si elles sont passées en force de chose jugée et susceptibles d'exécution, que le juge doit vérifier d'office la réunion de ces conditions. Il est important de relever que dans ces dernières affaires, pour casser les arrêts attaqués, de façon délibérée, la première chambre civile n'a pas relevé une contrariété à l'ordre public international des jugements étrangers qui pourtant prononçaient une répudiation unilatérale de la femme à la demande du mari. La référence aux conditions préalables à l'examen de cette dernière condition de l'*exequatur* n'était ni nécessaire ni utile.

E. CONVENTIONS INTERNATIONALES

1. Effets internationaux des jugements - Exequatur- Conventions internationales - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 - Décisions susceptibles de reconnaissance et d'exécution - Applications diverses - Injonction dite "mareva"

1^{ère} Chambre civile 30 juin 2004 (Bull. n° 191)

Cet arrêt présente un grand intérêt car il se prononce pour la première fois sur les effets en France, via les règles de la Convention de Bruxelles, de la procédure très spécifique des systèmes de *Common Law* instituant des mesures conservatoires : l'*injonction* dite "*Mareva*". Les faits sont simples. M. Stolzenberg avait été condamné par deux décisions de la High Court de Londres à payer à des sociétés des sommes très importantes ; en outre, pour assurer l'exécution de ces condamnations, la High Court avait pris à son encontre une ordonnance prononçant un ordre de gel de ses avoirs en quelques lieux qu'ils fussent. Par ordonnance du président du TGI de Paris, confirmée par la cour d'appel, ces trois décisions ont été déclarées exécutoires en France. Le pourvoi posait les questions relatives à la nature civile de l'injonction "*mareva*", à ses effets d'ordre extra-territorial, et enfin à sa conformité à l'ordre public international.

L'injonction *Mareva*, mesure conservatoire alors inconnue du droit anglais, a été prononcée pour la première fois en 1975 par Lord Denning, puis reconnue avec quelques difficultés par la pratique anglaise et consacrée par le législateur en 1981 dans la section 37, 3 du Supreme Court Act. Elle fait désormais partie du droit positif des pays anglo-saxons. En 1999, elle est régie par la Part 25 des nouvelles "Civil Procedure Rules". Elle complète désormais les autres "injonctions" du droit anglais pour lesquelles le principe est simple : le juge ordonne à une partie de faire ou de ne pas faire quelque chose, et la désobéissance sera sévèrement punie, quasi-pénalement. On distingue les injonctions communément appelées "anti-suit-injonctions" des injonctions "*Mareva*".

- Les premières sont des injonctions judiciaires par lesquelles il est fait interdiction à une partie d'engager ou de poursuivre une procédure devant une autre juridiction, même étrangère, sous peine d'infraction. L'injonction peut avoir ainsi pour but d'éviter que cette partie n'abuse de la procédure en introduisant des actions dilatoires ou vexatoires. Elles sont perçues comme une immixtion étrangère dans le fonctionnement de la justice du for évincé.

- L'injonction "*Mareva*", qualifiée "ordre de gel" par le Civil procedure Act de 1998, a pour objet d'interdire à une partie d'accomplir des actes sur ses biens sous peine d'une sanction civile - amende, astreinte ou même confiscation des biens - ainsi que d'une sanction pénale. Elle tend à empêcher qu'un débiteur potentiel n'organise sa propre insolvabilité. C'est une mesure **unilatérale provisoire** prise non contradictoirement que le juge peut modifier, compléter ou rapporter sur recours du défendeur. Elle relève du pouvoir discrétionnaire du juge qui en détermine le contenu en fonction des éléments de fait et de la situation personnelle des parties. Ne pas respecter l'injonction entraîne le risque d'encourir le "**Contempt of Court**", une des institutions les plus typiques des droits de Common Law, qui est sanctionné pénalement. Cette sanction peut être un emprisonnement ou une amende payée à la Couronne. En outre, dans le Civil Contempt (injonction de faire ou de ne pas faire), sa violation peut entraîner la mise sous séquestre de tous les biens du débiteur "Writ of sequestration". Pour les autres aspects, l'injonction *Mareva* reste une sanction civile qui n'entraîne **aucun effet substantiel car le statut juridique des biens objet de la mesure n'est en rien modifié. Elle n'a aucune conséquence sur le plan civil et n'entraîne aucune sûreté ni aucun dessaisissement du débiteur.** C'est une mesure provisoire qui est accordée si l'on justifie d'une chance de succès au fond et si l'on s'engage à réparer tout le préjudice que la mesure serait amenée à causer.

L'injonction *Mareva* est une institution nouvelle conditionnée par l'existence d'un péril de la créance et qui peut être limitée à certains biens, le débiteur devant conserver ceux nécessaires au maintien de son niveau de vie et à ses activités. Mais surtout, il est maintenant reconnu que les mesures conservatoires ordonnées par le juge anglais peuvent avoir un effet extra-territorial.

Dans l'arrêt rapporté, la première chambre civile constate, d'abord, que l'injonction ayant, en l'espèce, fait l'objet d'une procédure contradictoire ne constituait pas une décision unilatérale de sorte que la procédure simplifiée de la convention de Bruxelles pouvait lui être appliquée ; la jurisprudence de la CJCE "Denilauler" du 21 mai 1980, de même que, 1^{ère} Civ. 18 mai 1994 Bull. n° 176, se trouve

confirmée. Ensuite, l'arrêt prend parti sur la nature juridique de l'injonction Mareva qui constitue une mesure de nature civile et non pénale ; l'interdiction de disposer de ses biens, même à l'étranger, a pour but de préserver un droit de créance. Il s'agit de mesures "in personam" et non "in rem". Donc, indépendamment de la sanction pénale éventuelle, les effets civils sont susceptibles d'être déclarés exécutoires en France selon la procédure de la Convention de Bruxelles. Il y a dissociation des deux effets de l'injonction, ce que la CJCE avait déjà admis dans l'arrêt Clavel II du 6 mars 1980 en matière de pension alimentaire après divorce ; ainsi, la cour de cassation énonce que l'injonction "*doit être examinée indépendamment de la sanction pénale qui l'assortit dans l'Etat d'origine*".

L'injonction Mareva **n'est pas contraire aux principes français de l'ordre public international**. M. Stolzenberg soutenait que le principe de territorialité interdit à un Etat de prendre des mesures de contrainte sur le territoire d'un autre Etat et que l'ordonnance de la High Court de Londres, en lui interdisant, sous la menace de sanctions pénales, de disposer en France de ses biens ou de contracter à leur sujet, était une atteinte à des droits fondamentaux ainsi qu'aux prérogatives de l'Etat, ce qui était contraire à l'ordre public international français. La première chambre écarte cette argumentation en lui opposant la récente jurisprudence de la CJCE sur les "injonctions anti-suit" Aff Turner du 27 avril 2004. Faisant notamment référence au critère de proportionnalité au regard de la nécessité de préserver les droits légitimes du créancier, l'arrêt rapporté juge que la mesure de gel des avoirs de M. Stolzenberg ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, "*ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère et, notamment, n'affecte pas, à la différence des injonctions dites "anti-suit", la compétence juridictionnelle de l'Etat requis*". Si en effet, la décision "Turner" avait déclaré les injonctions anti-suit comme étant contraire à l'ordre public international, rien dans cet arrêt ne permettait d'affirmer que la Cour de Justice estimerait que l'injonction "Mareva" l'était également, alors que l'inverse s'en déduisait implicitement.

Enfin, par cet arrêt, la première chambre civile réaffirme les principes **en matière d'ordre public international de nature procédurale**. Elle confirme son arrêt Pordéa (1^{ère} Civ. 16 mars 1999 Bull n° 92 et l'arrêt Krombach de la CJCE du 28 mars 2000 en rappelant que le contrôle de l'ordre public international au sens de l'article 27-1 de la convention de Bruxelles intègre celui des droits fondamentaux, dont celui du droit au procès équitable de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et que, selon l'article 27-1 de la convention de Bruxelles, ce contrôle ne peut s'exercer que dans "**les cas exceptionnels où les garanties inscrites dans la législation de l'Etat d'origine et dans la convention de Bruxelles n'ont pas suffi à protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine**".

2. Effets internationaux des jugements - Exequatur - Conventions internationales - Accord franco-burkinabé du 24 avril 1961 - Article 38 - Jurisdiction compétente - Président du tribunal de grande instance statuant en référé - Portée
Excès de pouvoir - Domaine d'application - Cour d'appel déclarant recevable un appel-nullité contre une décision susceptible exclusivement d'un pourvoi en cassation
1^{ère} chambre civile 8 juin 2004 (Bull. n° 161)

En matière d'exequatur des jugements étrangers, la détermination du juge compétent pour statuer ainsi que les voies de recours donnent souvent lieu à difficultés et contentieux, les solutions variant selon le droit applicable. En droit commun, cette compétence est attribuée au tribunal de grande instance, statuant à juge unique, sauf renvoi à la formation collégiale (Art. L. 311-11 du COJ).

En droit conventionnel, la procédure est fixée par le traité en cause ; ainsi, dans la convention de Bruxelles du 27 septembre et le règlement communautaire 44 / 2001 du 22 décembre 2000, le président du TGI est seul compétent. De nombreux traités conclus avec les pays d'Afrique Noire désignent le Président du TGI, mais statuant en la forme des référés, ce qui provoque dans les juridictions beaucoup de confusions avec le juge des référés. L'arrêt rapporté en est un exemple ; il a permis à la première chambre civile de réaffirmer les principes et les solutions applicables en la matière.

Les faits étaient les suivants : en application de l'article 38 de l'accord de coopération du 24 avril 1961 entre la France et le Burkina-faso, le juge des référés du TGI de Bordeaux a, par ordonnance rendue

en la forme des référés, déclaré exécutoire en France un jugement du tribunal de Ouagadougou ; cette ordonnance a fait l'objet à la fois d'un pourvoi en cassation et d'un appel pour excès de pouvoir ; la cour d'appel, constatant que le juge des référés qui avait statué n'avait pas reçu de délégation de compétence du Président, a déclaré recevable le recours et a annulé l'ordonnance ; puis, évoquant le litige, elle a renvoyé les parties au fond pour statuer sur la demande d'exequatur. Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la première chambre a cassé les deux décisions.

1°) La confusion des compétences entre celles du président du TGI, du juge statuant à juge unique, du juge des référés ou du président statuant en la forme des référés est fréquente ; il faut cependant bien les distinguer car ce sont des compétences **exclusives** qui déterminent la validité de la décision rendue. Elles affectent la compétence du juge saisi et les pouvoirs qui lui sont dévolus. Or, ce sont souvent les mentions figurant sur l'ordonnance qui permettent de bien les identifier ; par la réponse au premier moyen, la première chambre civile réaffirme cette exigence de clarification faisant suite à plusieurs décisions rendues pour l'application de ces traités : 1^{ère} Civ, 3 juin 1998, Bull. n° 191 ; 17 septembre 2003, Bull. n° 177 ; 25 novembre 2003, Bull. n° 238 ;

En l'espèce, devant la cour d'appel, il avait été prouvé, par la production de l'ordonnance de roulement, que le premier juge saisi n'avait pas reçu délégation pour statuer, en application du traité, au nom du président du tribunal de grande instance ; il était donc incompétent ; en outre, c'était le juge des référés qui avait jugé ; même s'il avait statué en la forme des référés, il était dépourvu de tout pouvoir.

2°) Le recours pour excès de pouvoir : la première chambre retient une conception volontairement restrictive de cette voie de recours, de nature exceptionnelle. Lorsque la loi ou un traité international édicte une voie de recours, comme en l'espèce, le pourvoi en cassation, seule cette procédure doit être suivie par les parties. Il n'y a donc pas de place pour un appel non prévu par le texte, au motif d'un excès de pouvoir, même si celui-ci peut être établi ; c'est la primauté de la voie de recours légalement organisée sur la voie de recours exceptionnelle. En revanche, l'arrêt rapporté relève, dans le cadre du pourvoi ordinaire contre la décision de la cour d'appel, que la cour avait elle-même commis un excès de pouvoir en s'attribuant un pouvoir de juger que le traité ne lui avait pas conféré, celui de statuer sur le bien fondé de la demande d'exequatur ; en cela, sa décision devait être aussi censurée. Elle s'inscrit dans une jurisprudence qui devait être poursuivie dans l'arrêt de la chambre mixte du 28 janvier 2005.

Quatrième partie

L'ACTIVITÉ DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

I. STATISTIQUES ANNÉE 2004

**II. ÉVOLUTION DU STOCK
ET DE LA DURÉE DES AFFAIRES
CIVILES ET PÉNALES**

OBSERVATIONS

1. **La Cour de cassation a reçu, en 2004, 29 788 affaires nouvelles**, ce qui représente :
 - une stabilisation de 0,36% par rapport à 2003 où 29 681 affaires nouvelles avaient été reçues ;
 - une augmentation de 17 % par rapport à 1994 où le chiffre des affaires nouvelles était de 25 502.
2. **31 668 affaires ont été jugées** dans le même temps soit :
 - une stabilisation de 0,66% par rapport à 2003 où 31 459 affaires avaient reçu une solution ;
 - une augmentation de 30,35 % par rapport à 1994, où les affaires terminées étaient au nombre de 24 295.
3. **6 353 affaires se sont achevées par désistement ou déchéance.**

25 315 affaires ont donc été effectivement examinées par les chambres concernées.
4. **Le nombre d'affaires restant à juger s'élève au 31 décembre 2004 à 32 537 dossiers** soit :
 - une diminution de 5,89 % par rapport à 2003 où 34 573 affaires étaient en instance ;
 - une diminution de 13,04 % par rapport à 1994 où 37 416 affaires étaient en instance.

L'ensemble de ces données peut être détaillé comme suit :

EN MATIÈRE CIVILE, COMMERCIALE ET SOCIALE

1. En ces matières, la Cour a reçu en 2004, 21 965 pourvois nouveaux soit une augmentation de 1,51 % par rapport à 2003 (21 638 pourvois).

11 641 pourvois avec représentation obligatoire ont été reçues en 2004, soit une diminution de 2 % par rapport à 2003 (11 872 pourvois).

10 259 pourvois sans représentation obligatoire ont été reçues en 2004, soit une augmentation de 6 % par rapport à 2003 (9 713 pourvois).

51 pourvois ont été enregistrés en matière d'expert, ainsi que 14 pourvois irréguliers.
2. 23 539 affaires ont fait l'objet d'une décision en matière civile, soit une stabilisation (+0,28 %) par rapport à 2003. Parmi ces décisions, 5 684 constatent des ordonnances de désistement ou déchéance soit une diminution de 1,76 % par rapport à 2003.

La procédure de non admission mise en place au début de l'année 2002 a amené la Cour à prononcer 5 924 décisions de non admission en 2004, alors que 10 824 décisions ont été rendues au fond.
3. Le délai moyen de traitement d'une affaire civile est de 561 jours soit 1 an, 6 mois et 15 jours.

EN MATIÈRE CRIMINELLE

1. La chambre criminelle a reçu en 2004, 7 823 affaires soit une diminution de 2,74 % par rapport à 2003.
2. Le nombre des affaires terminées est passé de 7 985 en 2003 à 8 129 en 2004, soit une augmentation de 1,80 %.
3. Le nombre d'affaires restant à juger s'élève à 2 729 contre 2 937 en 2003 soit une diminution de 7,8 %.
4. Le délai moyen de traitement d'une affaire pénale est de 120 jours soit 4 mois.

**III. APPRÉCIATION PAR CHAMBRE
DE L'ACTIVITÉ CIVILE, COMMERCIALE ET SOCIALE
ET EN MATIÈRE CRIMINELLE**

IV. LES AVIS DE LA COUR

LES AVIS

(Articles L. 151-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire)

Au cours de l'année 2004, la Cour de cassation a été appelée à statuer sur quatre demandes d'avis en matière civile. Le nombre de demandes avait été de deux en 2003, huit en 2002 et 2001, de 13 en 2000 et en 1999, de 16 en 1997 et de 11 en 1996.

- La première demande d'avis était relative à la possibilité pour le juge aux affaires familiales de fonder sa décision sur l'exercice de l'autorité parentale sur l'ensemble des pièces contenues dans le dossier d'assistance éducative au regard de l'article 1187 du nouveau Code de procédure civile, modifié par le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 portant réforme de la procédure d'assistance éducative.

Ce texte a étendu, sous certaines conditions, la possibilité de consulter le dossier d'assistance éducative au père, à la mère, au tuteur, à la personne ou au service auquel le mineur a été confié et au mineur capable de discernement, et non plus seulement à leurs conseils. En outre, ces derniers peuvent obtenir copie de tout ou partie des pièces du dossier, sous la double réserve suivante : la délivrance de ces copies est destinée à l'usage exclusif de la procédure d'assistance éducative, et les copies obtenues ne peuvent être transmises au client.

Dès lors, se posait la question de la pratique antérieurement suivie devant les juridictions consistant, pour les juges aux affaires familiales et les cours d'appel, à se faire communiquer les pièces d'un dossier d'assistance éducative et à fonder parfois leurs décisions sur des éléments révélés par ces pièces, dont les conseils des parties avaient eu évidemment connaissance.

La Cour de cassation a répondu dans son avis 004 0001 P du 1^{er} mars 2004 que l'article 1187 du nouveau Code de procédure civile dans sa nouvelle rédaction ne s'opposait pas au maintien de cette pratique de communication du dossier au juge des affaires familiales et à la possibilité pour lui de se fonder sur des éléments contenus dans ce même dossier à la double condition que les parties à l'instance devant le juge aux affaires familiales figurent parmi celles ayant qualité pour accéder au dossier d'assistance éducative en cause et que les pièces de ce dossier soient soumises au débat contradictoire.

- La deuxième demande d'avis était relative à la conséquence juridique de l'absence de mention, sur une mise en demeure adressée par une URSSAF, des prénom, nom et qualité du signataire du document au sens de l'article 4 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

En effet, si les travaux préparatoires faisaient état d'une interrogation quant à la sanction assortissant l'omission des mentions exigées, la loi ne comportait aucune indication à cet égard.

La mise en demeure, visée par la demande d'avis, non soumise à un quelconque formalisme par l'article L. 244-2 du Code de la sécurité sociale, est une décision de redressement, susceptible de faire l'objet de la part du débiteur d'une contestation devant la commission de recours amiable dans le mois de sa notification, dont le rejet permet à l'assujetti de saisir le TASS. Elle interrompt la prescription extinctive des cotisations, ainsi que des majorations et pénalités de retard, et elle est la condition préalable de l'action civile en recouvrement forcé. Si la Cour de cassation a décidé que la mise en demeure doit permettre à l'intéressé de connaître la nature, la cause et l'étendue de son obligation, ce dont il résulte qu'elle doit à peine de nullité, constitutive d'une défense de fond, préciser la nature et le montant des cotisations réclamées, la période à laquelle elle se rapporte, elle a considéré en revanche, avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 avril 2000, qu'était régulière une mise en demeure qui précisait la dénomination de l'organisme émetteur, peu important qu'elle n'ait pas été signée par le directeur de cet organisme. En considération du fait que la mise en demeure du droit de la sécurité sociale est un acte de procédure civile et/ou pénale dont le juge administratif ne peut connaître en aucune circonstance, il apparaît que c'est au regard du droit commun de la procédure devant les juridictions sociales qu'il convient d'apprécier les conséquences de l'omission des mentions requises par l'article 4 alinéa 3 de la loi du 12 avril 2000.

L'analyse des mentions visées par la loi a conduit la Cour de cassation à répondre dans son avis n° 004 0002P du 22 mars 2004 que l'omission des mentions prévues par l'article 4 alinéa 2 de la loi du 12 avril 2000 n'est pas de nature à justifier l'annulation par les juridictions statuant en matière de contentieux général de la sécurité sociale des mises en demeure délivrées par l'URSSAF.

- Saisie par une commission d'indemnisation des victimes d'infraction sur le point de savoir si "l'exclusion de la réparation des accidents du travail par le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions doit s'étendre au fait d'un tiers intentionnel ou non", la Cour de cassation a, dans son avis n° 004 003 du 7 juin 2004, dit n'y avoir lieu à avis au regard de l'arrêt rendu le 29 avril 2004 par la deuxième chambre civile ayant statué sur la même question et ayant jugé que "*les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions sont applicables, selon l'article L 451-1 du Code de la sécurité sociale, aux victimes d'un accident du travail imputable à une personne autre que l'employeur ou ses préposés*". Ainsi, de la combinaison des articles L 451-1 et 454-1 du Code de la sécurité sociale, il résulte que le salarié victime d'un accident du travail ayant pour cause une infraction commise par un tiers peut agir en réparation de son préjudice contre l'auteur de l'accident conformément au droit commun, ce dont il résulte que la voie de l'article 706-3 du Code de procédure pénale lui est ouverte dès lors que ce texte ne l'exclut pas.

- La quatrième demande d'avis examinée par la Cour de cassation en 2004 portait sur la compétence du tribunal d'instance pour statuer sur une demande présentée par un huissier de justice pour obtenir le paiement des émoluments dus pour l'accomplissement d'actes d'exécution d'une décision rendue par un conseil de prud'hommes sur l'application de la règle de l'article R 519-1 du Code du travail aux frais, émoluments et débours afférents aux actes et procédures d'exécution des jugements et ordonnances en matière prud'homale.

Les travaux du rapporteur concluaient, à la lecture de l'article 695 du nouveau Code de procédure civile, à la distinction entre frais, émoluments et débours, afférents à une instance, et ceux afférents aux actes et procédures d'exécution. La combinaison de ce texte avec l'article 52 du même Code, lequel prévoit la compétence de la juridiction qui a rendu la décision pour l'examen des demandes relatives aux frais, émoluments et débours afférents à une instance, et dispose en revanche que sont portées devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'officier public ou ministériel ou l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions, ou s'ils sont d'un montant inférieur à 7600 euros devant le tribunal d'instance, les demandes relatives aux frais, émoluments et débours qui n'ont pas été exposés devant une juridiction, a conduit la Cour de cassation à émettre l'avis (n°004 04 du 4 octobre 2004) que les demandes relatives aux frais, émoluments et débours afférents aux actes et procédures d'exécution sont portées, selon leur montant, devant le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'officier public ou ministériel ou l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions.

Sur la deuxième question posée, la Cour a émis l'avis que les dispositions de l'article R 519-1 du Code du travail, lequel prévoit "*qu'il est alloué aux huissiers de justice, pour l'usage de leur ministère accompli en matière prud'homale, des émoluments égaux à la moitié de ceux prévus pour des actes de même nature par leur tarif en matière civile et commerciale*" ne s'applique pas aux émoluments perçus pour les actes et procédures d'exécution des décisions de justice en matière prud'homale

**V. LE SERVICE DE DOCUMENTATION
ET D'ÉTUDES DE LA COUR DE CASSATION**

RAPPORT DU SERVICE DE DOCUMENTATION ET D'ÉTUDES POUR 2004

L'année 2004 aura été marquée, d'abord pour le SDE, par le départ de son directeur, Monsieur Emmanuel Lesueur de Givry, qui en a assuré une animation exceptionnelle pendant plus de cinq ans, tant pour accroître l'efficacité des prestations traditionnelles du service que pour répondre aux nouvelles missions qui lui ont été confiées et au développement de la technologie informatique.

Le SDE a poursuivi en 2004 les réformes entreprises depuis plusieurs années pour l'ensemble des activités dont il a la charge.

1. L'orientation des pourvois et le pré-titrage

Chargé de l'**orientation** des pourvois avec représentation obligatoire vers les différentes chambres civiles et commerciale, le SDE procède, - avec l'aide des avocats aux Conseils qui établissent une fiche de traitement des pourvois déposés-, à une analyse des moyens des mémoires ampliatifs, notamment pour détecter les affaires soulevant des problèmes juridiques analogues ou identiques, constituer des séries de dossiers attribués à la même chambre et faciliter la distribution des affaires aux conseillers rapporteurs.

Ce travail s'accompagne d'un **pré-titrage** des principaux moyens analysés incombant aux différentes cellules du SDE, qui assurent à tour de rôle une permanence hebdomadaire pour l'examen des mémoires ampliatifs.

Pour l'accomplissement de ce travail, a été mis en service, au mois de décembre 2004, un nouveau logiciel de pré-titrage dont la conception a été définie en 2003 permettant d'effectuer des recherches en texte intégral sur les mémoires ampliatifs des affaires en cours.

2. Les enrichissements

Le **titrage des arrêts** et les **rapprochements** constituent une activité essentielle du service, dès lors qu'ils conditionnent la lisibilité de la jurisprudence et l'efficacité des recherches.

Compte tenu de l'importance de cette tâche, il est apparu nécessaire de créer un service "enrichissement des arrêts" dont les tâches peuvent être résumées comme suit :

- préparer l'évolution des arborescences des rubriques de la nomenclature du SDE qui seront sélectionnées, en raison de leur importance et de leur intérêt transversal, pour faire l'objet d'une refonte, dans le cadre de la mission de modernisation et d'harmonisation de la nomenclature confiée à Mme Trapet au mois de septembre 2002.

- assurer la mise en ordre et la conservation des fiches d'enrichissement des arrêts et veiller à leur conformité aux enrichissements enregistrés sur les bases informatiques.

Ce service prendra également en charge la préparation des index annuels des Bulletins civil et criminel. Il assurera la mise à jour des corrections formelles à apporter aux documents intégrés dans la base de jurisprudence de la Cour de cassation.

A terme, ce service aura vocation à constituer un index consolidé des rubriques de la nomenclature qui auront fait l'objet de modifications, de manière à faciliter les opérations de pré-titrage et de titrage et à anticiper l'établissement de la prochaine table périodique.

Comme cela a déjà été indiqué, l'activité de titrage des arrêts constitue une mission fondamentale du S.D.E. et tend à inscrire chacun des arrêts publiés dans une nomenclature qui en permet le classement et le situe dans une ligne jurisprudentielle.

Les titres et renvois aux précédents, qui permettent de donner un contexte précis à un arrêt, sont réalisés selon des règles transcrites dans une "Méthodologie des enrichissements des arrêts de la Cour de cassation", diffusée au mois de juin 2004.

Ce document, qui n'a pas seulement pour vocation d'harmoniser les pratiques mises en oeuvre à l'intérieur du service, rappelle l'intérêt des enrichissements pour les chercheurs et précise la technique de confection des sommaires, titres et renvois aux précédents.

Offrant un exemple de mise en valeur d'une jurisprudence et proposant une technique propre à favoriser la connaissance et la lisibilité des arrêts rendus par la Cour de cassation, la "Méthodologie des enrichissements des arrêts de la Cour de cassation" contribue à l'accomplissement par la Cour de cassation de sa mission de diffusion du droit.

3. Les publications

Le SDE a poursuivi en 2004 ses efforts pour assurer la régularité et une meilleure périodicité des publications dont il a la charge.

Parmi les actions entreprises, il convient de souligner que la décision a été prise d'utiliser le Bulletin d'information de la Cour de cassation comme support à la publication-papier des fiches méthodologiques actuellement disponibles sur le site que la Cour de cassation diffuse sur l'intranet-justice.

Ces fiches, préparées sous l'autorité du président Jean Buffet par un groupe de travail composé de membres de la Cour de cassation et des cours d'appel, sont principalement destinées aux cours d'appel statuant en matière civile.

Elles répondent au souci de faciliter aux juges d'appel l'exercice de leur mission et de prévenir des erreurs ou irrégularités de forme et de fond propres à susciter des pourvois en cassation.

Il est apparu nécessaire de les porter à la connaissance du plus grand nombre possible de magistrats, grâce au BICC et à son importante diffusion, chaque publication étant en outre complétée par un rappel des conditions d'accès au site intranet de la Cour.

Il a également été décidé de relancer la diffusion du bulletin trimestriel de droit du travail, en y apportant des modifications de présentation des décisions et des compléments. Ainsi, la cellule du S.D.E chargée du suivi du contentieux de la chambre sociale proposera des études et commentaires propres à répondre aux attentes des magistrats traitant les affaires de droit du travail.

4. L'activité du pôle internet-intranet

Fort, en fin d'année 2004, de plus de cinq mille sessions quotidiennes¹, le **site internet de la Cour de cassation**² continue d'être destiné tant au grand public qu'aux professionnels qui y recherchent de la documentation qui ne se trouve que sur ce site, soit définitivement (*Bulletin d'information de la Cour de cassation, Rapport annuel*, travaux préparatoires de l'Assemblée plénière, des Chambres mixtes, de la Cour de cassation saisie d'une demande d'avis), soit provisoirement (décisions récentes, souvent du jour,

¹ 5 230 sessions chaque jour du mois de novembre 2004.

² <http://www.courdecassation.fr>

avant leur diffusion sur le site du service public de la diffusion du droit par l'internet³ ou sur les sites des éditeurs juridiques).

Parmi les nouveautés de l'année écoulée, on peut relever la réorganisation de la rubrique *Actualité jurisprudence* qu'un accroissement du taux des mises en ligne sur l'internet décidées par les présidents de chambre a rendu nécessaire. Les rares décisions des commissions juridictionnelles fonctionnant auprès de la Cour de cassation actuellement en ligne ont quitté cette rubrique pour rejoindre une nouvelle rubrique *Commissions*, la rubrique *Actualité jurisprudence* étant désormais divisée en sept espaces qui rendent chacun compte de l'activité de l'Assemblée plénière, des Chambres mixtes et des six chambres de la Cour par l'annonce des problèmes juridiques soumis aux formations plénières et par la mise en ligne des arrêts les plus saillants.

Une évolution notable concerne la rubrique *Manifestations* qui fait connaître les très nombreuses conférences, colloques, cycles et séminaires⁴ qui se tiennent à la Cour de cassation tout au long de l'année.

Le développement le plus significatif est celui de la rubrique *Relations internationales* dont quatre sous-rubriques, consacrées au *Réseau des présidents de cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne* dont l'assemblée constitutive s'est tenue à la Cour de cassation française le 10 mars 2004, au *Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement*, au *Groupement des magistrats européens pour la médiation* et au *Comité franco-britannique de coopération judiciaire*, sont appelées à devenir des sites autonomes.

Le **site internet du Bicentenaire du Code civil**⁵ a naturellement occupé une part substantielle des travaux du pôle internet-intranet du service de documentation et d'études de la Cour de cassation au cours de l'année 2004. Ont en particulier été mis en ligne, le soir de leur prononcé, les discours et allocutions prononcés lors du *Colloque du Bicentenaire* qui s'est tenu en Sorbonne les 11 et 12 mars 2004 sous le haut patronage et en présence du président de la République⁶. Ce site⁷ recense en outre l'intégralité des manifestations et publications ayant célébré le Code civil à l'occasion de son bicentenaire en France et à l'étranger, dont certaines sont encore à venir au moment de la rédaction de ce rapport et nourrit l'ambition de proposer la consultation de l'intégralité des actes de ces manifestations.

Le **site de la Cour de cassation sur l'intranet-justice** a lui aussi connu de réelles mutations. A la faveur des évolutions de la Cour de cassation en matière de gestion électronique de dossiers, la base de jurisprudence *Jurinet* permet désormais d'accéder d'une part à une copie de la minute des décisions et surtout, pour les travaux déposés à compter du 1^{er} juin 2004, aux rapports de conseillers et avis d'avocats généraux rédigés dans les affaires destinées à la publication. Prémice de la diffusion par la Cour de cassation de la jurisprudence des cours et tribunaux, cette base de données permet aussi, depuis 2004, d'accéder à de nombreuses décisions de premiers présidents de cours d'appel statuant en matière de réparation de la détention.

La rubrique *Actualités* s'est enrichie de travaux de nature à intéresser les magistrats des juridictions du fond tels que ceux du comité de suivi de l'application de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 (loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine), ou le rapport sur les revirements de jurisprudence remis au premier président par le groupe de travail présidé par Monsieur Nicolas Molféssis, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II), directeur du laboratoire de sociologie juridique.

³ Le service de documentation et d'études a continué à participer aux travaux du Comité du service public de la diffusion du droit par l'internet.

⁴ Séminaire *Cultures judiciaires comparées : risques, assurance, responsabilité*, Cycle de droit communautaire de la concurrence, Cycle *Droit, économie, justice*, Cycle de conférences sur les méthodes de jugement, Cycle *Droit et technique de cassation* pour ne citer, au titre de l'année 2004, que les cycles et séminaires.

⁵ <http://www.bicentenaireducodecivil.fr>

⁶ Les autres contributions seront mises en ligne ultérieurement conformément à la convention conclue avec un éditeur.

⁷ consulté par environ 300 personnes chaque jour en novembre 2004.

Grâce à la collaboration de la plupart des cours d'appel, le pôle internet-intranet a pu réaliser un accès à l'ensemble des listes d'experts, dans une application qui sera mise en ligne dans les premières semaines de l'année 2005.

L'effort annoncé dans le *Rapport annuel* pour l'année 2003 en matière de soutien méthodologique aux juridictions du fond a consisté dans la mise en ligne des fiches évoquées *supra*. Cinq fiches sont actuellement en ligne, enrichies d'hyperliens vers les arrêts qu'elles citent ; six nouvelles fiches, d'ores et déjà rédigées, seront mises en ligne au début de l'année 2005.

La rubrique *Documentation* s'est enfin développée d'études nouvelles, de même que du document de veille juridique réalisé par l'Observatoire du droit européen (cf *infra*).

5. La diffusion des décisions des juridictions du fond

Le rapport du S.D.E. pour l'année 2003 rappelait que la diffusion de la jurisprudence est une mission de service public.

Le Garde des Sceaux a décidé de confier à la Cour de cassation le traitement et la mise en ligne des décisions des juges du fond, en constituant ainsi un pôle unique de jurisprudence propre à rationaliser le traitement des contentieux, à favoriser le développement de l'interactivité entre les juridictions et à contribuer à l'amélioration de la sécurité juridique.

La collecte des décisions des juges du fond permet de repérer les évolutions, les résistances, les difficultés d'application des lois nouvelles, de recenser les solutions retenues pour certains contentieux particuliers et d'enrichir la réflexion commune sur le traitement des affaires.

Pour assurer la mise en oeuvre de cette décision, les textes relatifs aux missions du S.D.E. sont en cours de modification.

Un décret n° 2005-13 du 7 janvier 2005 (J.O. 9 janvier 2005) vient ainsi d'aménager la rédaction des articles R. 131-14 et suivants du Code de l'organisation judiciaire qui prévoient désormais :

- que le S.D.E. tient une base de données rassemblant, sous une même nomenclature, d'une part les décisions et avis de la Cour de cassation, d'autre part les décisions présentant un intérêt particulier rendues par les autres juridictions de l'ordre judiciaire ;

- que ces décisions seront communiquées, dans les conditions fixées par arrêté, par les premiers présidents des cours d'appel ou directement par les présidents ou juges assurant la direction des juridictions du premier degré ;

- que la base de données ainsi constituée sera accessible dans les conditions applicables au service public de la diffusion du droit par internet.

Le S.D.E. ayant lui-même la possibilité de demander la communication des décisions rendues dans les matières qu'il détermine, les sites intranet et internet offriront ainsi aux utilisateurs des perspectives de recherches particulièrement intéressantes, soit sur l'ensemble des décisions rendues par les cours d'appel, soit par types de contentieux et par juridiction.

Un comité de pilotage de cette opération, réunissant des représentants du ministère de la Justice, de la Cour de cassation et des cours d'appel, doit se réunir prochainement pour en préciser les modalités.

6. Les travaux juridiques du S.D.E.

Outre l'assistance apportée aux conseillers rapporteurs et aux avocats généraux dans les dossiers soumis à l'Assemblée plénière (12) ou à une chambre mixte (4), et pour les demandes d'avis présentées en application de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, le S.D.E. a poursuivi au cours de l'année 2004 son activité de recherches juridiques effectuées soit pour les magistrats de la Cour de cassation (566), soit pour les autres juridictions ou organismes extérieurs (236), ces chiffres étant équivalents à ceux des travaux de même nature effectués en 2003 par le service.

Le S.D.E. continue à préparer les dossiers qui alimentent les réunions de "veille juridique" au cours desquelles sont présentées au Premier Président puis, pour les dossiers retenus, aux présidents des chambres, les divergences de jurisprudence, réelles ou supposées, parfois constatées au sein de la Cour ou évoquées par les commentaires de la doctrine que les membres du service sont chargés d'analyser.

Sont également évoquées en ces occasions les éventuelles "rebellions" ou "résistances" des juges du fond aux orientations de la jurisprudence de la Cour de cassation.

La participation du S.D.E. aux travaux juridiques de la Cour se traduit également par la publication au BICC d'études sur des thèmes susceptibles d'intéresser l'ensemble des juridictions ("*Procédure de vérification des dépens*" et "*frais irrépétibles en matière civile*" par Frédéric Arbello, *auditeur à la Cour de cassation*, BICC n° 608 et 610 des 15 novembre et 15 décembre 2004) et par son association à l'Université pour divers sujets, en particulier celui de l'application dans le temps de la règle jurisprudentielle qui a donné lieu à l'établissement et au dépôt, le 30 novembre 2004, d'un rapport sur les revirements de jurisprudence qui a été publié.

7. L'observatoire du droit européen

L'**Observatoire du droit européen** a une place originale au sein du Service de Documentation et d'Etudes de la Cour de cassation puisqu'à la différence des autres cellules, son activité a vocation à s'exercer auprès de toutes les chambres de la Cour.

L'une de ses missions consiste à assurer une veille juridique, tant jurisprudentielle que doctrinale, afin de permettre aux magistrats de la Cour de disposer d'une information régulière sur les arrêts des deux juridictions européennes, la Cour de justice des Communautés Européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, et sur leurs commentaires.

Il s'agit également de favoriser la diffusion des arrêts de la Cour de cassation qui font application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et des règles du droit communautaire.

Dans cette perspective, l'Observatoire diffuse depuis le mois de décembre 2004 un document intitulé "veille juridique bimestrielle de droit européen" qui comporte une sélection des arrêts les plus récents de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des communautés européennes, des résumés d'articles de doctrine, une rubrique "actualité législative, réglementaire et jurisprudentielle", des informations sur les publications européennes et une synthèse sur un thème d'actualité.

La première synthèse a ainsi été consacrée à la réforme du droit européen de la concurrence, avec l'entrée en vigueur du Règlement n° 1/2003 CE du 16 décembre 2002.

Ce document de veille juridique sera disponible sur le site de la Cour de cassation, accessible par l'intranet justice (Accéder aux autres sites), "RPVJCC" puis "Documentation" - "SDE" et "Observatoire de droit européen", où des liens hypertextes permettront d'accéder directement aux textes cités.

L'Observatoire du droit européen diffusera également une "veille juridique de droit conventionnel européen 2002 - 2003 - 2004".

Ce document rassemble les principaux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la France, ainsi que les éventuels commentaires doctrinaux, parfois résumés, auxquels ils ont donné lieu, pour la période allant du mois de janvier 2002 jusqu'au mois de décembre 2004. Une sélection d'articles "transversaux" sera également présentée en fin de fascicule.

Les décisions citées peuvent être consultées sur le site de la Cour européenne (www.echr.coe.int) et sont disponibles auprès de l'Observatoire du droit européen.

L'Observatoire prépare aussi un document de synthèse plus spécifiquement consacré aux arrêts des dix dernières années de la Cour européenne des droits de l'homme concernant directement la Cour de cassation, son organisation ou ses procédures.

Pour une complète mise en oeuvre de sa mission d'information, l'Observatoire diffusera ponctuellement des messages électroniques aux magistrats de la Cour de cassation, notamment pour signaler certains arrêts des cours européennes particulièrement importants ou les dates auxquelles des questions préjudicielles posées par la Cour de cassation doivent être évoquées par la Cour de justice des Communautés Européennes.

Il entre également dans la vocation de l'Observatoire de réaliser des études destinées à apporter des éclaircissements sur certains aspects du droit et des procédures communautaires, ou à éclairer les juridictions sur des domaines du droit européen susceptibles de les intéresser.

A cette fin une brochure intitulée "poser une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes" vient d'être réalisée, avec le Service des Affaires européennes et internationales du ministère de la justice. Elle a pour objectif de rappeler aux juridictions les principales modalités de la pratique du renvoi préjudiciel.

L'activité de veille juridique incombant à l'Observatoire lui permettra aussi de produire des synthèses ou des notes prospectives sur des sujets susceptibles d'intéresser les magistrats.

Le Bulletin d'information de la Cour de cassation peut, à cet égard, constituer un instrument privilégié de communication à l'attention des juridictions et sera enrichi afin de donner à la dimension européenne et communautaire du droit interne la place essentielle qui lui revient.

La rubrique "Cours européennes" du BICC pourra aussi accueillir des arrêts d'autres cours suprêmes européennes, lorsqu'ils portent sur des questions que les juges français doivent appliquer dans des conditions similaires, telles par exemple les pratiques anticoncurrentielles définies par le Traité de Rome.

Il convient enfin de souligner que l'Observatoire du droit européen a réalisé 48 recherches juridiques au cours de l'année 2004, pour des magistrats de la Cour de cassation et des autres juridictions ou pour différentes organismes.

**VI. ACTIVITÉ DE LA COMMISSION NATIONALE
DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS**

Au cours de l'année 2004, 59 recours ont été enregistrés. Ce sont les demandeurs qui ont majoritairement formé les recours (44), l'agent judiciaire du Trésor n'en ayant introduit qu'un total de 15.

Le délai moyen de traitement des dossiers demeure de 7 mois, durée qui est nécessaire à l'instruction des affaires et l'échange des conclusions réglementées aux articles R. 40-4 et suivants du Code de procédure pénale.

63 décisions ont été rendues par la Commission sur des recours exercés contre des décisions de premiers présidents de 2003 et 2004.

Le tableau ci-contre expose, pour chaque Cour d'appel, les décisions rendues par la Commission nationale.

Seuls 8 recours ont été déclarés irrecevables, ce qui représente 13 % des décisions sanctionnant ainsi le non-respect des conditions de forme ou de délai prévues par la loi.

La grande majorité des décisions de la Commission sont rendues au fond, 40 affaires ayant bénéficié d'une réformation, ce qui porte le taux de réformation à 63 %. Le nombre de décisions de rejet en revanche, ne dépasse pas 12 affaires, de sorte que le taux de rejet (19 %), par rapport à l'année précédente, a pratiquement diminué de moitié.

Le tableau met aussi en évidence le nombre de décisions rendues par la Commission nationale après expertise (5), de sorte que près de 8 % des requérants ont bénéficié de cette mesure d'instruction.

Comme annoncé l'année dernière, le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation constitue, en étroite collaboration avec le service informatique, une base de données comportant aussi bien les décisions de la Commission nationale que celles des premiers présidents de Cours d'appel qui, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, disposent d'une compétence d'attribution en matière de réparation des préjudices découlant d'une détention.

ACTIVITÉ 2004 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

Au cours de l'année 2004, la Commission nationale de réparation des détentions a précisé plusieurs points de procédure (I) et approfondi les éléments d'évaluation des préjudices matériels et moraux (II).

I. Les exigences procédurales

A. Le point de départ du délai de six mois prévu en matière de dépôt de la requête en indemnisation

Selon l'article R. 26 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue du décret du 12 décembre 2000, le délai de six mois pour saisir d'une requête en indemnisation le premier président de la cour d'appel ne court à compter de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive que si, lors de la notification de cette décision, la personne a été avisée de son droit de demander une réparation ainsi que des dispositions des articles 149-1, 149-2 et 149-3 du même Code.

- Lorsque la décision en cause est une ordonnance de non-lieu, l'information précitée ne paraît pas soulever de difficulté particulière, puisqu'il suffit de l'intégrer dans la notification de l'ordonnance.

Il en est de même de la décision de relaxe. Soit la décision est rendue contradictoirement, et la notification prévue aux articles précités figure dans le jugement, soit le jugement est signifié, le jugement ou sa notification par huissier de justice comportant la mention requise.

- En présence d'une décision d'acquiescement, la question s'est posée de savoir comment devait être assurée la notification prévue par la loi et sur quelle partie reposait la charge de la preuve : dans une affaire soumise à la Commission¹, l'agent judiciaire du trésor soutenait que le demandeur, ayant bénéficié d'un arrêt d'acquiescement, devait produire le procès verbal dressé en application de l'article 378 du Code de procédure pénale, pour démontrer n'avoir pas été avisé des mentions légales. Rejetant cette argumentation, la Commission a jugé que la notification de l'arrêt d'acquiescement doit comporter la mention prescrite par la loi, et qu'à défaut d'une telle mention, le délai préfix de 6 mois ne peut commencer à courir. La requête est irrecevable, en revanche, si la décision d'acquiescement comportait la mention légale et que le délai à compter de cette notification est expiré au moment du dépôt de la requête².

B. Les conditions de présentation de la requête et leur sanction

L'article R. 26 fixe les modalités de présentation de la requête en indemnisation et énonce qu'elle contient l'exposé des faits, le montant de l'indemnité demandée et toutes indications utiles, notamment sur la date et la nature de la décision qui a ordonné la détention ainsi que sur l'établissement pénitentiaire, sur la date de la décision et énonce encore que cette requête est accompagnée de toutes pièces justificatives.

Une requête incomplète ne précisant pas tous les éléments précités, et notamment le lieu de détention et les indications relatives à la décision de non-lieu, est-elle sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande ? Tel était le point soumis à la Commission saisie du recours contre plusieurs décisions ayant déclaré irrecevables des requêtes incomplètes.

Pour réformer ces décisions³, la juridiction nationale a jugé que les dispositions précitées ne sont pas prescrites à peine d'irrecevabilité de la requête, dès lors qu'elles se bornent à énumérer une liste non

¹ CNRD, 11 octobre 2004, n° 04 -CRD-011.

² CNRD, 12 janvier 2004, n° 03-CRD-041.

³ CNRD, 14 novembre 2003, n° 03-CRD-026.

exhaustive d'informations et de documents utiles à l'instruction ultérieure du dossier. Dans un tel cas, il appartient au premier président de la cour d'appel de procéder à toutes mesures d'instruction utiles, comme l'y autorise l'article R. 34 du Code de procédure pénale, aux fins de mise en état du dossier. Cet article prévoit en effet que le premier président procède à toutes mesures d'instruction utiles.

Ce pouvoir d'instruction s'étend à l'hypothèse du dépôt d'une requête ne comprenant pas de demande chiffrée⁴.

C. La notification de la décision du premier président de la cour d'appel et les conditions du recours

Rendue le 14 novembre 2003, une série de décisions a précisé les diligences qui incombent aux greffes, chargés de procéder à la notification des décisions des premiers présidents.

Selon l'article R. 38 du Code de procédure pénale, la décision est notifiée au demandeur et à l'agent judiciaire du trésor, soit par remise d'une copie contre récépissé, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Et c'est cette notification qui fait courir le délai de 10 jours prévu pour l'exercice du recours devant la Commission par l'article 149-3 du Code de procédure pénale.

Or, selon l'article 668 du Nouveau code de procédure civile, la date de notification par voie postale est la date de réception de la lettre. L'article 669, alinéa 3 précise que "la date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire".

Qu'en est-il en l'absence de date de distribution certaine par l'administration des postes ?

La Commission a été appelée à statuer par décisions rendues le même jour dans les hypothèses suivantes : la date apposée par la poste était illisible, l'avis de réception n'avait pas été retourné au greffe ou ne portait pas de date de distribution, la lettre recommandée n'avait pas été réclamée par son destinataire.

Dans toutes ces hypothèses, la juridiction nationale a précisé qu'il appartient au greffe, conformément à l'article 670-1 du NCPC, dont les dispositions sont communes à toutes les juridictions, d'inviter la partie adverse à procéder par voie de signification. A défaut de signification, le délai de recours ne court pas.

Compte tenu de la généralité des termes de l'article 670-1, applicable à la notification des actes en la forme ordinaire, cette solution paraît transposable à toutes les notifications intervenues dans le cours de l'instruction des requêtes.

D. L'exercice du recours par une personne détenue

Dans le cas particulier où le demandeur est détenu, la lettre adressée au secrétariat de la Commission ne constitue pas un recours régulier, l'intéressé ayant la possibilité de former un recours par déclaration au greffe de l'établissement pénitentiaire⁵.

II. La réparation des préjudices

A. L'ouverture du droit à réparation et ses nouvelles limites posées par la loi du 9 mars 2004

La loi du 9 mars 2004 a ajouté aux fins de non recevoir déjà prévues par l'article 149 du Code de procédure pénale, deux nouveaux cas d'exclusion de la réparation, lorsque la prescription de l'action publique est intervenue après la remise en liberté de l'intéressé et lorsque la personne était dans le même temps détenue pour autre cause. En l'absence de dispositions transitoires expresses, ces dispositions s'appliquent-elles dans les procédures en cours ?

C'est ce que soutenait l'agent judiciaire du trésor dans l'espèce suivante : l'intéressé ayant formé sa demande antérieurement à la nouvelle loi, le défendeur avait fait valoir, dans l'instance d'appel, la

⁴ CNRD, 19 décembre 2003, n° 03-CRD-016.

⁵ CNRD, 20 décembre 2002, n° 02-CRD-024 CNRD, 6 février 2004, n° 03-CRD-022.

prescription de l'action publique comme fin de non-recevoir à l'action, la loi étant intervenue en cours d'instance. L'agent judiciaire du trésor développait l'argumentation suivant laquelle, s'agissant d'une disposition de procédure pénale, elle était applicable immédiatement aux instances en cours.

La Commission a tranché la question en retenant que "la disposition législative nouvelle n'est pas applicable à la demande de M. Leriche, formée antérieurement à la date de sa publication sur le fondement d'un droit à réparation reconnu par la loi alors en vigueur"⁶. Cette solution repose sur l'article 2 du Code civil qui prévoit que la loi "n'a point d'effet rétroactif".

B. Le préjudice matériel

Sous l'angle du préjudice matériel, les principales questions abordées par la Commission ont porté sur les conditions de la réparation des pertes économiques nées de la liquidation d'entreprises (1) et la réparation du préjudice corporel (2).

1. Les conditions de la réparation des pertes économiques nées de la fermeture ou de la liquidation d'entreprises

- Lorsqu'une société fait l'objet d'une liquidation judiciaire plusieurs années après la détention, la Commission juge que le lien de causalité n'est pas direct et certain⁷.

- Il en est de même lorsque l'activité de la société s'est poursuivie plusieurs mois après la sortie.⁸

- La réparation du préjudice économique suppose en effet que la date de cessation des paiements ou de mise en sommeil soit concomitante à la détention. Dans ce cas, la durée de détention importe peu : s'il est établi qu'une société, uniquement dirigée par un couple de demandeurs mis en détention en même temps, a périclité dès leur placement en détention, la date de cessation des paiements correspondant à cet événement, le lien de causalité n'est pas contestable. Dans ce cas, le gérant unique peut prétendre non seulement à la réparation des pertes de revenus pendant la détention, mais également à la réparation du préjudice économique résultant de la disparition de la société, et évaluée, par projection, dans le cadre d'une expertise, à trois années de bénéfices⁹.

- Le lien de causalité entre la détention et la déconfiture d'une société est encore établi dans des circonstances où une société gérée par un demandeur incarcéré n'avait pas de difficulté particulière avant l'incarcération, que le principal client de l'entreprise a rompu son contrat commercial au cours de la détention, en excipant de l'absence d'interlocuteur décisionnaire. Dans un tel cas, la cessation d'activité de l'entreprise et sa mise en sommeil au cours de la détention sont en relation directe avec celle-ci¹⁰.

2. Le préjudice corporel : son évaluation

- En matière psychiatrique, le trouble psychique séquellaire s'analyse en un préjudice corporel, donc matériel, se distinguant ainsi du préjudice moral et du préjudice professionnel. Il s'agit en effet d'un préjudice permanent lié au retentissement majeur sur la vie quotidienne de l'intéressé¹¹. Ce préjudice s'évalue en incapacité permanente partielle, dans les conditions du droit commun. L'incapacité est évaluée compte tenu du retentissement regardé comme définitif de la détention, sur la vie professionnelle du demandeur, qui, en raison de troubles psychiques, ne peut plus prétendre au même statut social et professionnel qu'avant¹².

⁶ CNRD, 15 juillet 2004, n°03-CRD-068.

⁷ CNRD, 10 mai 2004, n°03-CRD-058.

⁸ CNRD, 15 juillet 2004, n°03-CRD-039.

⁹ CNRD, 15 juillet 2004, n°02-CRD-077.

¹⁰ CNRD, 10 mai 2004, n°03-CRD-069.

¹¹ CNRD, 31 janvier 2003, n°03-CRD-034.

¹² CNRD, 12 novembre 2004, n°02-CRD-001.

- Mais, encore faut-il que l'on trouve dans les conclusions de l'expertise les éléments permettant de dire si l'on est en présence d'un état structurel d'incapacité permanente. Tel n'est pas le cas, dans une espèce où l'expert désigné avait retenu qu'un demandeur atteint d'une maladie rhumatismale invalidante avait connu une souffrance psychique accrue en détention du fait de sa maladie, appréciée à 5% d'incapacité permanente par l'expert : en l'absence de tout élément permettant de retenir le caractère permanent d'un tel trouble, la Commission a jugé que ce trouble s'analysait en un préjudice moral et non corporel¹³.

C. Le préjudice moral

La Commission nationale a poursuivi cette année le travail déjà engagé tendant à mesurer l'intensité de la souffrance psychique.

Elle a tout d'abord précisé que le préjudice affectif et sexuel provoqué par la détention constitue, non un chef de dommage autonome, mais un des éléments du préjudice moral¹⁴.

Les conditions éprouvantes de la détention constituent un élément déterminant de l'appréciation du préjudice. A ce titre, le placement en quartier d'isolement - fut-ce à la demande du détenu souhaitant être éloigné des autres détenus figure parmi les facteurs d'aggravation de la souffrance¹⁵. Il en est de même de la circonstance d'avoir été détenu "au secret" puis dans un quartier réservé aux détenus nécessitant une protection spéciale¹⁶. Mais le prononcé d'une mesure de placement en quartier disciplinaire n'est pas automatiquement pris en compte dans l'évaluation du préjudice moral. C'est la solution retenue par la juridiction nationale dans l'affaire intervenue le 5 avril 2004¹⁷.

La durée de la peine encourue est encore de nature à peser sur l'intensité de la souffrance morale, comme l'a retenu la Commission¹⁸.

Par ailleurs, contrairement à l'argumentation de l'agent judiciaire du trésor dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du 11 juin 2004, l'apparente bonne adaptation au milieu carcéral, dont des rapports et expertises réalisés pendant la détention font état, n'est pas susceptible d'influer sur l'appréciation du préjudice, s'agissant d'un adolescent ayant connu plusieurs épisodes d'hospitalisations en milieu psychiatrique depuis sa mise en liberté et des soins spécialisés de longue durée¹⁹.

¹³ CNRD, 5 juillet 2004, n° 03-CRD-002.

¹⁴ CNRD, 11 juin 2004, n° 03-CRD-064.

¹⁵ CNRD, 5 avril 2004, n° 03-CRD-056.

¹⁶ CNRD, 5 avril 2004, n° 03-CRD-057.

¹⁷ CNRD, 5 avril 2004, n° 03-CRD-056.

¹⁸ CNRD, 17 janvier 2005, n° 04-CRD-020.

¹⁹ CNRD, 11 juin 2004, n° 03-CRD070.

**VII. ACTIVITÉ DE LA COMMISSION DE RÉVISION
DES CONDAMNATIONS PÉNALES**

OBSERVATIONS

Instituée par la loi n° 89-431 du 23 juin 1989, la procédure concernant les demandes en révision est réglée par les articles 622 à 626 du Code de procédure pénale.

Entrés en vigueur le 1er octobre 1989, ces textes confient à une Commission composée de cinq magistrats de la Cour de cassation, désignés par l'Assemblée générale de cette juridiction, le soin de recevoir et d'instruire toutes les demandes en révision.

Ces magistrats assurent cette tâche en sus de leurs activités habituelles au sein des chambres de la Cour.

Les membres de la Commission sont aidés par cinq suppléants désignés selon les mêmes formes et la présidence de la Commission est assurée par l'un de ses membres, choisi parmi les magistrats de la Chambre criminelle.

La Commission, après avoir procédé, directement ou par commission rogatoire, à toutes les investigations qu'elle estime utiles, statue par une décision motivée, non susceptible de recours : elle ne saisit la Chambre criminelle de la Cour de cassation, statuant comme Cour de révision, que si elle estime que la demande en révision est susceptible d'être admise.

Devant cette Commission à caractère juridictionnel, s'instaure un véritable débat contradictoire puisque, outre l'avocat général exerçant les fonctions de ministère public, le requérant et son conseil sont entendus en leurs observations écrites ou orales et peuvent demander que la décision soit rendue en séance publique.

Parmi les ouvertures à révision énumérées par l'article 622 du Code de procédure pénale, la loi nouvelle a prévu, consacrant en cela la jurisprudence ancienne de la Chambre criminelle, qu'il suffisait d'un fait nouveau ou d'un élément inconnu de la juridiction au jour du procès "de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné" et non plus seulement, selon l'ancien texte, "de nature à établir l'innocence du condamné".

La Cour de révision statue également par un arrêt motivé, à l'issue d'une audience publique au cours de laquelle sont recueillies les observations écrites ou orales du requérant ou de son conseil, celles de l'avocat général et, le cas échéant, celles de la partie civile qui s'était constituée au procès dont la révision est demandée.

La Cour de révision, si elle estime la demande fondée, annule la condamnation prononcée et renvoie les accusés ou prévenus devant une autre juridiction de même ordre et de même degré que celle dont émane la décision annulée.

S'il y a impossibilité de procéder à de nouveaux débats, la Cour de révision statue elle-même au fond.

Enfin, il est prévu par l'article 626 du Code de procédure pénale que le condamné reconnu innocent a droit à une indemnité qui lui est allouée, sur sa demande, par la Commission et suivant la procédure prévue par les articles 149-1 et suivants du Code de procédure pénale.

En 2004, sur un total de 134 décisions, la Commission a rendu 98 décisions d'irrecevabilité, 30 décisions de rejet et elle a transmis 2 demandes en révision à la Chambre criminelle.

Les affaires restant à examiner sont au nombre de 100 ; parmi celles-ci 20 sont en attente de pièces, 27 sont en cours d'examen chez les conseillers désignés comme rapporteurs, les autres affaires sont fixées aux audiences du premier trimestre 2005.

La Commission rencontre les mêmes difficultés, déjà signalées dans les précédents rapports, dans l'examen des demandes de révision des condamnations criminelles. Ces difficultés résultent de l'absence de notes d'audiences et de l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises. A cela, s'ajoute la non conservation des pièces à conviction.

**VIII. COMMISSION DE RÉEXAMEN
D'UNE DÉCISION CONSÉCUTIF À UN ARRÊT CEDH**

ACTIVITÉ DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN

Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ayant été créé par la loi du 15 juin 2000 (article 626-1 à 626-7 du Code de procédure pénale), 2004 a constitué la quatrième année d'activité de la Commission de réexamen.

Il est renvoyé à la lecture des rapports 2001 et 2002 pour l'exposé des règles d'organisation et de fonctionnement de la Commission.

S'agissant de l'année 2004 quatre nouvelles requêtes ont été adressées à la Commission.

Par ailleurs, la Commission a rendu les décisions suivantes:

A l'audience du 5 février 2004, la Commission a déclaré irrecevable la requête d'Abdelhamid HAKKAR. L'intéressé sollicitait l'interprétation de la décision de réexamen rendue en sa faveur le 30 novembre 2000.

Le 26 février 2004, la Commission a renvoyé à l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation l'examen du pourvoi de Maurice PAPON et rejeté sa demande de suspension de l'exécution de la condamnation. La requête de l'intéressé avait été déclarée recevable le 16 octobre 2003 (voir rapport 2003).

A l'audience du 29 avril 2004 la Commission a rendu les trois décisions suivantes :

Dans une affaire GAUCHER, la requête a été déclarée irrecevable pour avoir été présentée au nom d'une personne décédée.

Dans une affaire RICHEN ainsi que dans une affaire FONTAINE, la demande de réexamen a été rejetée, le conseil de l'intéressé ayant demandé à la Commission de constater "le défaut d'impartialité objective touchant à sa composition organique". La Commission a relevé qu'elle était composée de sept magistrats représentant chacune des chambres de la Cour de cassation et que le statut de ces magistrats garantit leur indépendance. Elle a observé enfin qu'il n'est ni allégué ni démontré que les deux membres de la chambre criminelle qui font partie de la Commission ont eu à connaître de cette affaire.

Le 25 novembre 2004, dans deux affaires PASCOLINI et QUESNE, la Commission a saisi l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation en vue du réexamen des pourvois. Les deux requêtes se fondaient sur des griefs analogues à ceux qui avaient conduit à la décision de la Commission du 30 mai 2002 dans l'affaire Slimane KAID.

**IX. ACTIVITÉ DE LA JURIDICTION NATIONALE
DE LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

LA FIN DE LA JURIDICTION NATIONALE DE LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Instituée par la loi du 15 juin 2000, applicable depuis le 1er janvier 2001, la juridiction nationale de la libération conditionnelle a été supprimée depuis le 1er janvier 2005, après quatre années d'existence (cf. notamment : loi du 9 mars 2004, n° 2004-204, article L. 630-3 du Code de l'Organisation judiciaire et décret n° 2004-1364, du 13 décembre 2004, modifiant le Code de procédure pénale et relatif à l'application des peines - JO n° 291, du 15 décembre suivant).

Elle a eu à traiter au total 436 dossiers, dont :

- * 79 dossiers en 2001
- * 119 dossiers en 2002
- * 120 dossiers en 2003
- * 118 dossiers en 2004.

Le nombre de dossiers reçus annuellement s'était donc stabilisé depuis trois ans.

Au 31 décembre 2004, 20 affaires restaient à juger.

Sur les 118 décisions rendues au cours de l'année écoulée, il y a eu respectivement :

- 93 confirmations
- 25 infirmités
- 2 annulations (par exemple en cas d'absence d'expertise réalisée par trois experts dans l'un des cas prévus par l'article 722, alinéa 5, du Code de procédure pénale)
- 10 désistements
- 1 irrecevabilité (cf : tableau récapitulatif ci-contre).

Le plus souvent, il a été constaté que les dossiers ont été soutenus à l'audience de la juridiction nationale de la libération conditionnelle par des avocats issus de Barreaux de province ou du Barreau de Paris.

Dans quelques cas, rares, les condamnés ont été représentés par des avocats aux Conseils.

En droit, il convient de souligner que la juridiction nationale de la libération conditionnelle a rappelé quelques principes, notamment qu'en application de l'article 720-1, alinéa 2, du Code de procédure pénale, les remises de peine devaient être prises en compte pour le calcul de la période de sûreté, sauf s'il en était décidé autrement par le décret de grâce (décision du 16 mai 2003, n° 03 JLC 007).

De la même façon, elle a précisé que l'autorité qui avait le pouvoir d'accorder une libération conditionnelle tenait de l'article 733 du Code de procédure pénale celui de rapporter cette mesure (décision du 4 avril 2003, n° 03 JLC 002).

Par ailleurs, elle a relevé qu'était prématurée et, comme telle, irrecevable, la demande de libération conditionnelle représentée par un condamné avant l'expiration du délai d'un an fixé par un précédent jugement rendu par la juridiction régionale de la libération conditionnelle (décision du 5 décembre 2003, n° 03 JLC 076).

Elle a également souligné qu'en vertu des articles 720-1-1 et 722-1 du Code de procédure pénale, la juridiction régionale de la libération conditionnelle ne pouvait connaître que des décisions ne relevant

pas de la compétence du juge de l'application des peines et statuant sur une demande de suspension de peine ou des décisions accordant, ajournant, refusant ou révoquant une mesure de libération conditionnelle.

En l'espèce, la juridiction nationale avait constaté que la décision ayant rejeté une demande de permission de sortir, sans se prononcer sur une mesure de libération conditionnelle, devait être infirmée et la demande déclarée irrecevable (décision du 5 décembre 2003, n° 03 JLC 082).

En fait, l'essentiel du rôle de la juridiction nationale a consisté à apprécier l'**opportunité** d'accorder le bénéfice de la libération conditionnelle à un condamné. En 2004, la juridiction a confirmé qu'elle attachait une importance particulière à la prise en compte, par le détenu, de la gravité des faits qui avaient conduit à sa condamnation (en ce sens, voir notamment 03 JLC 099, 04 JLC 021 et 04 JLC 086).

Elle a également recherché le souci, chez ce dernier, de réparer le préjudice occasionné, et s'est préoccupée des garanties qu'il offrait quant à son évolution personnelle.

De ce point de vue, l'encadrement familial, social et professionnel dont il pouvait bénéficier à sa sortie n'a pas été neutre (voir par exemple : 03 JLC 115 et 04 JLC 030).

La lecture des décisions rendues montre que la juridiction nationale a toujours attaché une importance particulière aux observations faites en détention par les services compétents, ainsi qu'aux expertises psychiatriques et psychologiques.

Il s'est toujours agi de rechercher, dans chaque cas, s'il était justifié des efforts **sérieux** de réadaptation sociale exigés par l'article 729 du Code de procédure pénale, c'est à dire visant à concilier les impératifs de réinsertion sociale et de prévention de la récidive (cf : PG Pau c/ G.I Abdallah).

En ce qui concerne le cas particulier de l'application de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale (relatif à la suspension de peine pour raisons médicales), la juridiction nationale de la libération conditionnelle a toujours considéré qu'elle pouvait, conformément à l'article précité dudit Code, ordonner une telle mesure si les conditions légales étaient réunies, mais qu'il ne s'agissait en aucun cas, pour elle, d'une obligation, contrairement à ce que soutenaient de nombreux condamnés et certains avocats. A cet égard, il est certain que l'appréciation de tels dossiers était particulièrement délicate.

Toutefois, les membres de la juridiction nationale de la libération conditionnelle ont rempli et assumé, en conscience, cette mission qui leur était confiée.

Depuis le 1^{er} janvier 2005, les affaires pendantes devant les juridictions régionales de la libération conditionnelle et la juridiction nationale ont été transférées devant les tribunaux de l'application des peines et les chambres de l'application des peines de la cour d'appel respectivement compétents.

En outre, les délais dans lesquels le tribunal de l'application des peines doit statuer ont commencé à courir depuis le 1^{er} janvier dernier.

Désormais, la voie de l'appel devant une juridiction siégeant à la Cour de cassation est interdite et c'est par un pourvoi que les décisions rendues par les chambres de l'application des peines des cours d'appel pourront être attaquées.

Ainsi, il a été mis fin à cette curiosité juridique consistant à interjeter "appel" devant une juridiction nationale ayant son siège à la Cour de cassation.

**X. ACTIVITÉ DU BUREAU
D'AIDE JURIDICTIONNELLE**

OBSERVATIONS

Les données statistiques de l'année 2004 appellent les observations suivantes :

- demandes nouvelles :

10 056, soit une hausse de 6 % par rapport à 2003 où 9 478 demandes avaient été enregistrées (le niveau de 2002, soit 10 125 demandes, est ainsi retrouvé).

- décisions prononcées :

9 140 au lieu de 9 939 en 2003, soit une diminution de 8 %.

- affaires restant à examiner :

2 362 pour 1 446 en 2003, soit une augmentation de 63,34 %.

Cet accroissement du stock des affaires est purement conjoncturel. Il est dû à un ralentissement du rythme d'examen des ressources des demandeurs par les services fiscaux qui ont déménagé en début d'année. La baisse momentanée d'affaires audiencées qui s'en est suivie a, depuis, été compensée.

Pour ce qui concerne les dossiers examinés au fond, les décisions de rejet (qui représentent 79,44 % du total des décisions) sont en diminution de 9,27 % par rapport à l'année 2003, et les décisions d'admission (21,56 % du total) sont également en diminution, dans une proportion de 2,94 %.

Le nombre de recours devant le premier président a été de 1 421 en 2004, soit 40,67 % des décisions de rejet fondées sur l'absence de moyens sérieux, contre 1 623 en 2003 (représentant 41,98 % des décisions de rejet fondées sur l'absence de moyens sérieux).

En 2004, il y a eu 923 demandes de nouvelle délibération (946 en 2003).

XI. RELATIONS INTERNATIONALES

RELATIONS INTERNATIONALES INTRODUCTION

L'année 2004 a été marquée par les nombreuses cérémonies du bicentenaire du code civil dans plus de dix sept pays sur quatre continents et auxquelles ont activement participé le premier président et les magistrats de la Cour. Ces manifestations ont également permis de resserrer les liens avec les communautés juridiques étrangères. En République Dominicaine, la Cour suprême et la Cour de cassation ont ainsi signé le 28 juin 2004 une convention de jumelage, ce qui porte à sept les accords de ce type conclus par la Cour de cassation (consultables sur le site de la Cour www.courdecassation.fr).

Les réseaux de juges (réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, forum des juges de l'environnement, forum des juges commerciaux de l'Union européenne, groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), association des juges européens du droit de la concurrence), créés pour l'essentiel à l'initiative ou avec l'aide de la Cour, ont représenté en 2004 la seconde orientation dans les activités internationales de la Cour.

I. Missions à l'étranger

A. Europe

1. Albanie

M. Guy Canivet, premier président, a été invité du 19 au 24 janvier 2004 à la Cour suprême d'Albanie à l'occasion de la conférence nationale judiciaire qui réunit chaque année tous les juges albanais.

2. Allemagne

M. Pierre Sargos, président de la chambre sociale, s'est rendu le 11 mai 2004 à Erfurt pour le 50^{ème} anniversaire de la Cour fédérale allemande du travail.

M. Guy Canivet s'est rendu à Coblenz le 8 octobre 2004 pour une conférence sur le bicentenaire du code civil organisée par les ministères de la justice des Länder de Rhénanie, du Nord-Westphalie, de Sarre et de Rhénanie-Palatinat.

3. Finlande

M. Guy Canivet, premier président, et M. Jean-François Burgelin, procureur général, ont participé à Helsinki du 26 au 28 mai 2004 à la conférence des présidents et des procureurs généraux des cours suprêmes des Etats membres de l'Union européenne.

4. Macédoine

A l'occasion de la célébration du bicentenaire du Code civil dans le cadre des "Journées de droit macédonien et français" du 25 au 27 novembre 2004, M. Jean-Pierre Dumas, président de chambre maintenu en activité, a représenté le premier président à Skopje. Cette manifestation a été organisée, essentiellement, par le professeur Gale Galev, doyen de la faculté de droit "Justinien 1er", de l'université publique "St Cyrille et Méthode" de Skopje, en liaison avec l'ambassade de France.

5. Royaume-Uni

Les 21 et 22 juin 2004, M. Guy Canivet a donné une conférence aux Royal Courts of Justice à Londres pour le colloque sur le bicentenaire du code civil. Il a également été reçu pour cet événement à la Law Society of England and Wales.

A l'invitation de Lord Falconer of Thoroton, Secretary of State for Constitutional Affairs and Lord Chancellor, il a assisté le 1er octobre 2004 à la rentrée des tribunaux anglais à l'abbaye de Westminster.

6. Russie

M. Jean-Pierre Ancel, président de la deuxième chambre civile, et M. Christian Charruault, conseiller à la première chambre civile, ont participé aux colloques internationaux sur le bicentenaire du code civil à l'université de Moscou les 26 et 27 avril 2004 et le 29 novembre 2004 .

7. Suisse

M. Jean-Pierre Gridel, conseiller à la première chambre civile, a participé à Genève du 26 au 28 février 2004 à un colloque sur "Le Code civil français dans le droit européen" organisé par les facultés de droit de Genève et de Neuchâtel.

B. Afrique

1. Bénin

Dans le cadre de la convention de jumelage signée le 23 septembre 2003 entre la Cour de cassation et la Cour suprême du Bénin, M. Emmanuel Tois, conseiller référendaire au service de documentation et d'études, M. Michel Azoula, ingénieur au service informatique, M. Eudes Chigé, conservateur, et Mme Marie-Aleth Trapet, auditeur, se sont rendus à Cotonou du 22 au 26 mars 2004 pour procéder à l'audit de la direction de documentation et d'études, de la bibliothèque ainsi que du greffe central de la Cour suprême du Bénin.

M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile, s'est également rendu à Cotonou du 8 au 12 août 2004 pour participer à un séminaire sur "Les cas marginaux d'ouverture à cassation : l'excès de pouvoir et l'incompétence".

2. Madagascar

M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile, s'est rendu du 28 au 30 juin à Antananarivo pour un séminaire inauguré par la ministre de la justice et qui a réuni des magistrats de la Cour suprême et des cours d'appel, des chefs de juridictions de première instance ainsi que des avocats sur le thème : "Les principes directeurs du procès, la mise en état, le référé-provision et l'exécution provisoire".

M. Jean-Pierre Ancel, président la première chambre civile, s'est rendu les 6 et 7 décembre à Madagascar pour participer à un colloque sur le thème : "Le code civil dans l'océan indien" organisé par l'association des juristes de l'Océan Indien (AJOI).

C. Afrique du Nord - Moyen Orient - Proche Orient

1. Israël

M. Guy Canivet a participé les 29 et 31 mai à une conférence organisée pour le bicentenaire du code civil par l'université de Haïfa.

2. Liban

Dans le cadre du bicentenaire du code civil, M. Guy Canivet s'est également rendu à Beyrouth du 3 au 7 mai 2004 pour participer au colloque de droit comparé à la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Saint Joseph sur le thème : "Le code civil français et le dialogue des cultures juridiques".

3. Maroc

M. Jean-Pierre Ancel, président de la première chambre civile, et M. Dominique Hascher, chargé de la coopération internationale, ont participé les 3 et 4 mars 2004 à un colloque sur la jurisprudence et l'arbitrage commercial international organisé par la Cour suprême du Maroc à Casablanca.

M. Guy Canivet a ouvert le 20 mai 2004 à Marrakech le colloque international sur la présence du code civil dans le monde arabe avec M. Driss Dahak, premier président de la Cour suprême du Maroc, et les ministres de la justice du Maroc et du Tchad ainsi que le secrétaire général de l'Organisation internationale de la francophonie.

D. Amériques

1. Brésil

M. Guy Canivet, premier président, M. Jean-Pierre Ancel, président de la première chambre civile, ont pris part à Brasilia le 27 septembre 2004 au séminaire sur le bicentenaire du code civil qui a eu lieu au Tribunal supérieur de justice brésilien. Le premier président s'est ensuite rendu le 28 septembre à Rio de Janeiro pour un colloque organisé sur le droit économique par le ministère des affaires étrangères, le ministère de la justice, les associations Henri Capitant et Andres Bello avec les universités de Rio.

2. Canada

M. Guy Canivet a pris part entre les 9 et 21 septembre 2004 aux cérémonies organisées au Canada pour le bicentenaire du code civil. Plusieurs colloques ont ainsi eu lieu aux universités d'Ottawa et de Laval. Il a également inauguré l'exposition sur le code civil à l'assemblée nationale du Québec le 14 septembre 2004.

Le premier président a par ailleurs été représenté à l'ouverture de la conférence sur l'Organisation internationale de la formation des juges (IOTJ) qui s'est tenue à Ottawa du 30 octobre au 2 novembre 2004.

3. Chili

M. Guy Canivet, premier président, s'est rendu à Santiago du Chili du 5 au 7 juillet 2004 à l'occasion d'un séminaire sur le code civil à l'université Diego Portales.

4. Etats-Unis

M. Guy Canivet était les 7 et 8 septembre 2004 en Louisiane pour participer à deux colloques sur le bicentenaire du code civil organisés, l'un par l'université de l'Etat de Louisiane, et l'autre par l'université Loyola à la Cour suprême de Louisiane. Il a ensuite participé le 23 septembre à un autre colloque sur le code civil à l'université d'Hartford dans le Connecticut.

5. Pérou

M. Guy Canivet, premier président, s'est rendu à Lima du 29 juin au 5 juillet 2004 pour participer au congrès international sur le bicentenaire du code civil.

6. République Dominicaine

Le premier président était à Saint Domingue du 27 au 29 juin 2004 pour la conférence organisée pour le bicentenaire du code civil et à l'occasion de laquelle il a été reçu par le président de la République M. Fernandez Reyna. Une convention de jumelage a été signée le 28 juin 2004 avec la Cour suprême de justice de la République Dominicaine, que l'on peut consulter sur le site de la Cour de cassation (www.courdecassation.fr, rubrique coopération internationale).

E. Asie/Pacifique

1. Hanoï

Visite de M. Guy Canivet, premier président, à Hanoï du 1er au 4 novembre 2004 où il a participé à un colloque célébrant le bicentenaire du code civil français à la Maison du droit.

2. Pékin

M. Guy Canivet, premier président, s'est déplacé à Pékin du 4 au 6 novembre 2004 pour participer à une conférence à l'université Qinghua dans le cadre du bicentenaire du code civil.

3. Thaïlande

Le premier président a été invité à Bangkok les 8 et 9 décembre pour un colloque sur "La protection des données à caractère personnel" qui commémorait le 70^{ème} anniversaire de la fondation de l'université Thammasat. Une rencontre a été organisée à la Cour suprême de Thaïlande avec son président, M Supachai Poo-Ngam.

II. Organisations internationales

A Union européenne

1. Le Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne

Les présidents des cours suprêmes judiciaires des Etats membres de l'Union européenne ont souhaité se réunir au sein d'une association dont l'assemblée constitutive s'est tenue le 10 mars 2004 à la Cour de cassation. Elle a été ouverte par M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, ministre de la justice, en présence de M. Antonio Vitorino, commissaire européen chargé de la justice et des affaires intérieures et a été clôturée par Mme Noëlle Lenoir, ministre déléguée aux affaires européennes. M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, a été élu à la présidence de l'association, dont le siège est à Paris. Les actes de l'assemblée constitutive, qui a également permis de discuter de la représentation et de la défense en matière pénale dont Mme Renée Koering-Joulin, conseiller à la chambre criminelle, et MM. Christophe Soulard et Pascal Lemoine, conseillers référendaires, ont assuré le rapport de synthèse, ont été publiés en septembre 2004. Ces documents sont également disponibles sur le site de la Cour de cassation.

Les présidents des cours suprêmes ont également élu vice-présidents MM. Günter Hirsch, président du Bundesgerichtshof (Allemagne), Lord Phillips, Master of the Rolls (Royaume-Uni), Leif Sevón, président de la Korkein oikeus (Finlande), Georges Alberto Aragao Seia, président du Tribunal suprême de justice (Portugal), Zoltan Lomnici, président de la Cour suprême et du Conseil national judiciaire (Hongrie),

W.J.M. Davids, vice-président du Hoge Raad (Pays-Bas) ; trésorier M. Bo Svensson, président du Högsta domstolen (Suède) et secrétaire général, M. Dominique Hascher (France).

La création d'un réseau des présidents des cours suprêmes, qui souligne que les évolutions européennes sont essentielles pour la justice, offrira aux instances européennes la faculté de consulter les cours suprêmes, et à ces dernières, les conditions d'un rapprochement favorisant leurs réflexions et leurs discussions.

Outre les vingt-cinq cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, les présidents des cours suprêmes de Bulgarie, de Roumanie, de Norvège, d'Islande, du Liechtenstein, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice des communautés européennes participent également aux activités du réseau.

2. Forum des juges européens pour l'environnement

À l'initiative du premier président Guy Canivet, de MM. Amadéo Postiglione, conseiller à la Cour de cassation (Italie), Luc Lavrysen, juge à la Cour d'arbitrage (Bruxelles), de Lord Justice Robert Carnwath, Royal Courts of Justice (Londres), le forum a tenu sa première assemblée générale le 26 avril 2004 à Luxembourg à la Cour de justice des communautés européennes. Mmes Dominique Guihal, conseiller référendaire, et Laurence Lazerges, auditeur, ont également participé à cette réunion. Le Forum se propose de promouvoir, dans une perspective de développement durable, l'application du droit national, européen et international de l'environnement. L'association veut en particulier échanger des expériences en matière de formation des magistrats au droit de l'environnement, contribuer à une meilleure connaissance du droit de l'environnement, partager des expériences dans le domaine de la jurisprudence de l'environnement. L'action s'inscrit dans le cadre d'une initiative internationale prise par le Programme des Nations-Unies pour l'environnement (PNUE). Constitué sous forme d'une association de droit belge, le forum a élu à sa présidence M. Guy Canivet.

La première conférence annuelle du forum des juges européens pour l'environnement s'est ensuite tenue au Raad Van State à la Haye le 3 décembre 2004. Cette conférence a permis de présenter l'état des différents droits européens de l'environnement, notamment en ce qui concerne les dispositions législatives, la formation des magistrats et le fonctionnement des institutions chargées d'appliquer ce droit. De plus, une présentation détaillée de la Convention d'Aarhus a été faite. Lors de cette conférence, étaient présents les membres de l'association, issus de 17 Etats membres de l'Union Européenne ainsi que de la Norvège. Des professeurs d'université, des représentants du PNUE, de la Commission européenne et de la Cour de Justice Européenne étaient également présents en qualité d'observateurs. Les travaux de la conférence sont consultables sur le site du forum au lien suivant : <http://www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm> sous la rubrique Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement. La prochaine conférence annuelle devrait se tenir à Londres à la fin de l'année 2005.

3. Projet TACIS

Ce projet, financé par l'Union Européenne, est piloté par l'association ACOJURIS, l'Ecole Nationale de la Magistrature, Thales ainsi que les écoles espagnoles et portugaises de formation des magistrats. Il a pour but d'assurer aux juges russes à la lumière de l'expérience française et de la jurisprudence de la Cour Européenne de Strasbourg une aide pour la mise en oeuvre pratique des nouvelles législations qui ont transformé le paysage juridique russe depuis quelques années.

Le 15 novembre 2004 MM. Weber, président de la troisième chambre civile, et Jacques, conseiller référendaire, ont assuré un séminaire de formation en procédure civile des juges de la région de Saint-Petersbourg, et M. Chauvin, conseiller référendaire, un séminaire de procédure civile à Voronej.

M. Di Guardia, avocat général, et Mme Gailly, conseiller référendaire, ont organisé un séminaire de procédure pénale à Moscou pour préparer des juges russes à assurer eux même la formation de leurs

collègues à partir de l'expérience des séminaires déjà réalisés. Un séminaire du même type a été conduit au mois de décembre 2004 pour la procédure civile par M. Weber à Moscou.

B. Conseil de l'Europe

En partenariat avec la Cour de cassation et le ministère français de la justice, le Conseil de l'Europe a organisé les 21 et 22 octobre un colloque sur le code civil et l'Europe "Influences et modernité" qui a réuni à Strasbourg environ quatre-cents participants de vingt-sept pays d'Europe et au cours duquel est intervenu le premier président.

M. Régis de Gouttes, premier avocat général, a participé aux travaux de la 58ème session (15-18 juin 2004) et de la 59ème session (23-26 novembre 2004) du Comité Directeur Européen pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (CDDH).

C. Organisations des Nations Unies

1. Cour pénale internationale

(les 4 et 5 juin 2004)

Les membres de la Cour pénale internationale (M. Philippe Kirsch, président, Mme Akua Kuenyehia, vice-président, M. Claude Jorda, juge français, MM Georghios Piki, Tuiloma Neroni Slade, Sang-Hyun Song, Hans-Peter Kaul, Mauro Politi, Erkki Kourula, Mmes Fatoumata Dembele Diarra, Sylvia Steiner, Navanethem Pillay, Anita Usacka, juges, et M. Valentin Zellweger, chef de cabinet du président, ainsi que M. Luis Moreno-Ocampo, procureur, Mme Silvia Fernandez di Gurmendi, chef de cabinet du procureur, et M. Bruno Cathala, greffier) ont été invités à la Cour de cassation pour des discussions sur le système pénal français auxquelles ont pris part, outre le premier président et le procureur général, Mmes et MM. Bruno Cotte, président de la chambre criminelle, Henri Le Gall, Christine Chanet, Renée Koering-Joulin, conseillers à la chambre criminelle et Régis de Gouttes, premier avocat général. Les membres de la Cour pénale internationale ont également rencontré des magistrats de la cour d'appel et du tribunal de grande instance de Paris où ils ont également été reçus par le premier président et le procureur général près cette Cour.

2. Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD)

M. Régis de Gouttes, premier avocat général, a participé aux 64ème et 65ème sessions du CERD à Genève. Au cours de sa 64ème session (23 février - 12 mars), le Comité a examiné la situation de neuf pays (Bahamas, Brésil, Espagne, Liban, Libye, Népal, Pays-Bas, Suède, Suriname) en vue de vérifier les conditions d'application dans ces Etats de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, aujourd'hui ratifiée par 169 pays. Le comité a, par ailleurs, été saisi de deux plaintes individuelles émanant du Centre européen pour les droits des Roms de Slovaquie et du Centre antiraciste norvégien. Enfin, il a adopté une Recommandation générale sur les droits des non-ressortissants, après un débat thématique général organisé à ce sujet.

Au cours de sa 65ème session (2 - 20 août 2004), le CERD a ensuite examiné la situation de huit pays (Argentine, Belarus, Kazakhstan, Madagascar, Mauritanie, Portugal, Slovaquie, Tadjikistan) et a été saisi d'une plainte individuelle émanant du centre européen pour les Roms de Serbie et Monténégro. Il a adopté, par ailleurs, des décisions au titre de la procédure d'urgence concernant le Darfour et Israël.

D. Autres organisations

1. Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)

M. Guy Canivet, premier président, et M. Jean-François Burgelin, procureur général, se sont rendus à Marrakech du 17 au 20 mai 2004 pour participer au premier congrès international de l'AHJUCAF sur "Le juge de cassation au XXIème siècle".

Ont été élus à l'occasion de ce premier congrès, président, M. Guibril Camara, premier président de la Cour de cassation du Sénégal, en remplacement du président sortant, M. Driss Dahak, premier président de la Cour suprême du Maroc, et vice-présidents, M. Alexis Dipanda Mouelle, premier président de la Cour suprême du Cameroun, M. Thimjo Kondi, président de la Cour suprême d'Albanie, M. Sergio Esono Abeso Tomo, président de la Cour suprême de justice de Guinée équatoriale, M. Seydou Ba, président de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ; trésorier l'Honorable Louis Lebel, juge à la Cour suprême du Canada ; secrétaire général M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation de France, et observateurs M. Pasteur Nzinahora, directeur de la coopération juridique et judiciaire de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, M. Saliou Aboudou, président de l'Association et premier président de la Cour suprême du Bénin. M. Pierre Guerder, conseiller doyen de la deuxième chambre civile, a été désigné comme directeur du projet JURICAF.

L'AHJUCAF a admis en tant que membres au cours de son premier congrès, la Cour de justice de la CEMAC, la Cour suprême de Hongrie, la Cour suprême de l'Ile Maurice, la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, la Cour suprême de Pologne, la Cour suprême de République Tchèque, la Haute Cour de cassation et de Justice de Roumanie, la Cour suprême de Slovaquie, la Cour de cassation de Tunisie et la Cour suprême populaire de la République du Vietnam.

2. Association Ouest-Africaines des Hautes Juridictions

A l'occasion de son cinquième anniversaire, l'Association Ouest-Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AOA-HJF) a organisé un colloque à Cotonou, sur le thème "L'état de droit et la séparation des pouvoirs dans l'espace AOA-HJF" auquel ont assisté M. Roger Beauvois, président de chambre et M. Pierre Guerder, conseiller doyen à la deuxième chambre civile.

Le thème principal a été abordé successivement dans un "aperçu général", puis sous l'aspect de "la réalité au quotidien" et de "la perspective africaine". Des groupes de travail ont également étudié : "le pouvoir exécutif dans ses relations avec les autres pouvoirs", "le rôle du pouvoir législatif dans un Etat démocratique", "le rôle du pouvoir judiciaire", "le quatrième pouvoir, la perspective des médias", "la perspective mondiale", "la perspective judiciaire, pour une justice garante de l'état de droit". Enfin d'autres recherches ont été consacrées aux possibilités d'accord et de stratégie commune pour le renforcement de l'état de droit dans l'espace de l'AOA-HJF et à la lutte contre la corruption.

Chacun des sujets abordés a fait l'objet de communications et de débats d'un haut niveau et d'un grand intérêt, les orateurs faisant part très librement de leurs expériences et de leurs réflexions sur les problèmes soulevés et marquant une ferme volonté de progresser encore à partir des améliorations déjà constatées.

3. Colloque du Centre pour la démocratie

M. Emmanuel Lesueur de Givry, directeur du service de documentation et d'études, a assisté à Bucarest, du 19 au 21 mai 2004, à la 12ème conférence internationale annuelle sur la Justice sur le thème "Indépendance, Transparence, Responsabilité" qui réunissait quatre-vingt-dix-sept participants de quarante et un pays.

III. Conférences organisées sur le droit européen et international et sur le droit comparé

- a) Le 15 janvier 2004, la séance inaugurale du cycle de droit communautaire de la concurrence organisé par la Cour de cassation durant l'année 2004 a eu pour orateur M. Mario Monti, commissaire européen, sur "Les réformes récentes de la politique de concurrence de l'Union européenne".
- b) Le 12 février 2004, a eu lieu une conférence de Sir Basil Markesinis, professeur à l'University College de Londres, membre de l'Académie britannique, membre correspondant de l'Institut, sur "Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre. Réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens".
- c) Le 25 juin 2004, The Rt Hon The Lord Goldsmith QC, Attorney General du Royaume-Uni, a prononcé une conférence sur "La justice et le terrorisme".
- d) La Cour de cassation a accueilli les 18 et 19 juin 2004 la deuxième conférence des juges européens du droit de la concurrence. Cette manifestation s'est inscrite dans le cadre des activités de l'association des juges européens du droit de la concurrence constituée à Londres au cours de l'année 2002 à l'initiative du tribunal britannique de la concurrence avec l'appui de la Cour de cassation qui a d'ailleurs adhéré à celle-ci. Cette association a pour objectif essentiel de promouvoir la connaissance du droit de la concurrence auprès des juges des vingt-cinq Etats membres de l'Union.
- e) Forum des juges commerciaux de l'Union européenne : Les juges commerciaux de vingt-quatre pays membres de l'Union européenne se sont réunis à Paris les 14 et 15 octobre 2004 avec le soutien de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Centre de recherches sur le droit des affaires (CREDA), pour examiner la coopération judiciaire en matière commerciale dans l'espace judiciaire européen. Cinq sessions ont eu lieu sur les sujets qui suivent : les compétences juridictionnelles et l'exécution des décisions, le droit international privé, l'obtention des preuves (en particulier les témoignages), les notifications. Ont assisté aux travaux, Mme Anne-Françoise Pascal et M. Gérard Pluyette, conseillers à la première chambre civile, MM. Jacques Lemontey, président honoraire, Jean-François Périé, président de chambre à la cour d'appel de Paris, Patrick Matet, conseiller à la cour d'appel de Paris, M. Jean-Paul Béraudo, conseiller honoraire, ayant présenté un rapport à la troisième session sur l'obtention des preuves.

IV. Missions de magistrats étrangers à la cour de cassation

Cour suprême de la République algérienne démocratique et populaire

(du 24 mai au 5 juin 2004)

M. Aloui Madani, conseiller à la chambre sociale
 M. Ait Grine Cherif, conseiller à la chambre foncière
 M. Boumediene Aoun Allah, conseiller à la chambre des délits
 Mme Deragui Benina, conseillère à la chambre des délits
 Mme Cherifi Fatma, conseiller à la chambre des délits
 Mr Ghalem Ahmed, avocat général

(du 4 au 15 octobre 2004)

M. Khaled Berrezoug, président de section à la chambre des délits
 Mme Mounira Berrah, conseillère à la chambre des délits
 M. Belkacem Lahouari Reezk-Kallah, conseiller à la chambre des délits
 M. Chérif Barouk, conseiller à la chambre des délits
 M. Mohamed Le Habib, conseiller à la chambre foncière
 M. Rabah Aiboudi, avocat général

Cour de cassation du Burkina Faso

(du 21 juin au 25 juin 2004)

Monsieur Train Raymond Poda, président de chambre
Monsieur Dobo Martin Zonou, président de chambre

(du 22 novembre au 26 novembre 2004)

M. Traore Sikonon Urbain, procureur général près la Cour de cassation
Mme Ouedraogo/Bouda Isabelle, présidente de la chambre commerciale
M. Millogo Dé Albert, président de la chambre criminelle

Cour suprême du Maroc

(du 22 novembre au 26 novembre 2004)

M. Omar Labied, président de la première chambre
Mme Malika Laabar, conseillère à la Cour suprême
Mme Zineb Saif Eddine, conseillère à la chambre criminelle
Mme Malkja Benzahir, conseillère à la chambre sociale

M. Mohamed Reda El Hamzaoui, commissaire divisionnaire en chef
Mme Sanna Laharazmi, rédactrice judiciaire principale
Mme Fatima Adraoui, rédactrice judiciaire principale
Mlle Khadija Imami, secrétaire responsable de la salle multimédia
M. Siham Besri, technicien informatique du centre de documentation
M. Abdelkarim Rouagubi, technicien spécialisé du centre de documentation

Cour suprême de la République dominicaine

(le 1^{er} décembre 2004)

M. Rafael Luciano Pichardo, président de la chambre civile
Mme Ana Rosa Bergés D., assesseur
M. José E. Hernandez Machado, assesseur

V. Visites de personnalités et délégations étrangères

Albanie

(le 6 avril 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu les membres du Conseil supérieur de la justice d'Albanie.

Algérie

(le 15 décembre 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu le ministre de la justice d'Algérie, M. Tayeb Belaiz.

Allemagne

(le 13 octobre 2004)

Une délégation de magistrats de Rhénanie-Palatinat a été reçue par M. Jean Buffet, président de chambre maintenu en activité.

Andorre

(le 9 janvier 2004)

M. Marc Vila i Riba, président, M. Francesc CerquEDA Pascuet, vice-président, et M. Augusti Pifarre Areny, membre secrétaire du Conseil supérieur de justice d'Andorre ont été invités à assister à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation avec M. Yves Picod, professeur à l'université de Perpignan, directeur du centre de droit de la concurrence, magistrat à la Cour supérieure d'Andorre.

Une réunion de travail a suivi le 10 janvier 2004 sur "Les causes de dysfonctionnement de l'institution judiciaire en général" à laquelle ont participé le premier président et M. Jean-François Burgelin, procureur général, ainsi que MM. Renaud Chazal de Mauriac, premier président de la cour d'appel de Paris, Jean-Claude Magendie, président du tribunal de grande instance de Paris et M. Claude Pernollet, membre du conseil supérieur de la magistrature.

Australie

(le 15 janvier 2004)

M. Paul Jersey, Chief Justice du Queensland, a été reçu par le premier président.

Bahreïn

(le 19 janvier 2004)

M. Régis de Gouttes, premier avocat général, a reçu une délégation de procureurs du Bahreïn.

Burkina Faso

(les 14 et 15 juin 2004)

M. Cheik Ouedraogo, premier président de la Cour de cassation du Burkina Faso a été reçu par M. Guy Canivet, premier président et M. Jean-François Burgelin, procureur général, et par M. Emmanuel Piwnica, président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Il s'est également entretenu avec M. Lesueur de Givry, directeur du service de documentation et d'études, et a assisté aux audiences de la première et de la troisième chambre civile.

Canada

(le 11 mars 2004)

M. Guy Canivet, premier président s'est entretenu avec M. Cotler, ministre et procureur général du Canada.

(le 22 novembre 2004)

Le premier président, a reçu M. Denis Mondor, bâtonnier du Québec ainsi que Mes René Langlois, Pierre Chagnon, Serge R. Simard, Bernard Synnott, bâtonnier de Montréal.

Chine

(le 14 février 2004)

Mme Martine Betch, conseiller à la chambre commerciale, a reçu une délégation de fonctionnaires du ministère de la justice et de l'Assemblée nationale populaire conduite par M. Du Chum, directeur général de la réglementation et de la formation du ministère de la justice.

(le 15 septembre 2004)

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, a reçu une délégation de magistrats chinois conduite par M. Yang Run Shi, directeur de la direction générale et juge supérieur, membre du comité de juges à la Cour suprême de Chine.

(le 23 novembre 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu une délégation de magistrats chinois membres de la Cour suprême à propos des sanctions disciplinaires.

(le 8 décembre 2004)

M. Jean-Louis Nadal, procureur général, et M. Régis de Gouttes, premier avocat général, se sont entretenus avec une délégation du Département de formation des parquets de la République Populaire de Chine comprenant trois membres du Département de politique du parquet suprême et quatorze directeurs de formation des parquets populaires des différentes provinces de Chine (Beijing, Shanxi, Mongolie intérieure, Liaoning, Anhui, Fujian, Shandong, Henan, Hunan, Guangxi, Hainan, Sichuan, Shanxi et Xinjiang).

La visite de ces procureurs chinois avait pour objectif de recueillir des informations sur le système du ministère public en France, sur le rôle particulier du parquet général de la Cour de cassation et sur la formation des magistrats du parquet en France.

Colombie

(le 13 mars 2004)

M. Guy Canivet, premier président, s'est entretenu avec M. Silvio Fernando Trejos-Bueno, président de la Cour suprême de Colombie.

Congo

(le 13 mars 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu M. Benoît Lwamba, premier président de la Cour suprême de Justice du Congo.

(le 8 octobre 2004)

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, a reçu M. Henri Bouka, vice-président de la Cour suprême de la République du Congo.

Côte d'Ivoire

(le 7 janvier 2004)

M. Jean-François Burgelin, procureur général, a reçu Mme Antoinette Mazouin, procureur général de la Cour de cassation de la Côte d'Ivoire.

(le 15 mars 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu M. Tia Kone, premier président de la Cour de cassation de Côte d'Ivoire.

Emirats Arabes Unis

(le 14 décembre 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu M. Ai Dhaheri, ministre de la justice des Emirats Arabes Unis.

Etats-Unis

(le 8 mars 2004)

M. Laurent Truchot, conseiller référendaire, a reçu M. Martin Alexander Rogoff, professeur de droit international et de droit constitutionnel comparé à l'université du Maine avec plusieurs autres universitaires et étudiants.

(le 19 octobre 2004)

Une délégation de juristes, magistrats et avocats membres de la Section Francophone du Barreau de Louisiane a été reçue à la Cour de cassation.

Ethiopie

(le 15 juillet 2004)

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, a reçu M. Menbertsehai Tadesse, vice-président de la Cour suprême fédérale, et M. Woubshet Kibru, président de la High Court éthiopienne.

Israël

(du 6 au 9 juin 2004)

La Cour de cassation a accueilli avec le Conseil constitutionnel et le Conseil d'état M. Aharaon Barak, président de la Cour suprême d'Israël, les juges Eliyahu Maza, Jacob Turkel, Shlomo Levin, Izhak England, Tova Strassberg-Cohen dans le cadre des entretiens avec la haute juridiction israélienne dont les derniers avaient eu lieu en janvier 2001 à Jérusalem. La séance de travail organisée à la Cour de cassation sur le rôle de la bonne foi en droit privé et en droit public a été ouverte par un rapport de M. Christian Charruault, conseiller à la première chambre civile. MM Laurent Truchot et Jean-Paul Valat, conseillers référendaires, sont également intervenus lors des discussions organisées au Conseil constitutionnel sur le contrôle de la conformité de la loi aux textes et principes de valeur supérieure, ainsi qu'au Conseil d'état sur l'ordre public et les libertés publiques en temps de crise.

Jordanie

(le 8 mars 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu M. Nazem Ahmed Aref Jayoussi, secrétaire général au ministère de la justice Jordanien.

(le 13 décembre 2004)

M. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, a reçu une délégation de magistrats jordaniens.

Kazakhstan

(le 8 mars 2004)

M. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale a reçu une délégation de magistrats et juristes du Kazakhstan.

Laos

(les 3 et 4 novembre 2004)

M. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, et M. Régis de Gouttes, premier avocat général, ont reçu Monsieur Kham Ouane Bouphe, ministre de la justice de la République démocratique populaire du Laos.

Palestine

(le 8 décembre 2004)

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, a reçu le président du Conseil supérieur de la magistrature palestinien.

République Dominicaine

(le 9 mars 2004)

M. Guy Canivet, premier président, s'est entretenu avec M. Jorge Subero Isa, président de la Cour suprême de justice de la République Dominicaine.

République Tchèque

(les 27 et 28 avril 2004)

M. Guy Canivet et M. Jean-François Burgelin ont reçu MM. Ravovsky et Urbanek, présidents de chambre à la cour suprême de la République tchèque, à l'occasion d'une visite de travail de deux jours à la Cour de cassation au cours de laquelle ceux-ci ont également eu des entretiens avec M. Yves Chartier, président de la commission du rapport, et M. Jérôme Betoulle, secrétaire général de cette commission.

Russie

(le 19 novembre 2004)

Une délégation de magistrats russes a été reçue par M. Pascal Chauvin, conseiller référendaire à la première chambre civile.

Serbie

(le 25 juin 2004)

Mme Frédérique Agostini, conseiller référendaire, a reçu une délégation des représentants de la Cour constitutionnelle serbe conduite par M. Slobodan Vutevic, président de la Cour.

(le 30 novembre 2004)

Une délégation de magistrats serbes a été reçue par Mme Elisabeth Ponroy, conseiller à la chambre criminelle, M. Gérard Pluyette, conseiller à la première chambre civile, et M. Dominique Hascher, sur le thème de "L'applicabilité directe en droit interne des conventions internationales".

Turquie

(le 8 octobre 2004)

Une délégation du ministère de la justice turc s'est entretenue avec M. Jean-Pierre Dintilhac, président de la deuxième chambre civile, et M. Guy Rivière, conseiller en service extraordinaire.

Thaïlande

(les 5 et 6 juillet 2004)

Deux délégations de magistrats de la Cour suprême de Thaïlande et de la cour d'appel de la région n° 1 de Thaïlande ont été reçues par M. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, et par Mme Frédérique Agostini, conseiller référendaire.

Ukraine

(le 12 février 2004)

Mme Françoise Aubert, conseiller doyen à la chambre commerciale, a reçu une délégation de la Cour suprême et du parlement d'Ukraine.

Vénézuela

(le 26 novembre 2004)

M. Guy Canivet, premier président, a reçu M. Carlos Oberto Velez et Alejandro Angulo Fontiveros, présidents de “Salles” du Tribunal Suprême de Justice du Vénézuela.

Vietnam

(le 9 février 2004)

Une délégation de juristes et de fonctionnaires vietnamiens conduite par M. Uong Chu Luu, ministre de la justice, a été reçue par le premier président.

XII. ATTRIBUTIONS DES CHAMBRES CIVILES *

(*) Article R. 121-5 du Code de l'organisation judiciaire. "Les attributions de chacune des chambres civiles sont déterminées par ordonnance du premier président et après avis du procureur général".

PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

Agents immobiliers
Arbitrage international et interne
Assistance éducative
Associations
Contrats commerciaux lorsqu'une partie non commerçante a choisi la voie civile
Contrats de mariage, régimes matrimoniaux, pactes civils de solidarité
Coopératives agricoles et contrats d'intégration en agriculture
Discipline des experts judiciaires (articles 35 et 36 du décret du 31 décembre 1974)
Discipline et responsabilité des avocats et officiers publics et ministériels et des conseils juridiques, sauf lorsque la responsabilité de ces derniers est mise en cause à l'occasion d'une activité de conseiller fiscal
Dommages de guerre
Droit des personnes et de la famille, à l'exception des pourvois portant sur les articles 9 et 9-1 du Code civil - divorce et séparation de corps - pensions alimentaires et garde des mineurs
Droit international privé
Législation en matière de protection des consommateurs, à l'exception du surendettement des particuliers
Maintien en rétention des étrangers (article 35 bis et 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945)
Nationalité,
Obligations et contrats civils, à l'exception des baux portant sur des immeubles et des ventes immobilières, ainsi que de la responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs
Ordres professionnels et professions organisées en ce qui concerne leur organisation, leur fonctionnement et leur gestion, à l'exception des honoraires d'avocats
Presse (diffamation, injure, respect de la vie privée et du droit à l'image, respect de la présomption d'innocence) (articles 9 et 9-1 du Code civil)
Prises à partie
Propriété et droits réels mobiliers
Propriété littéraire et artistique
Rentes viagères entre particuliers
Réquisitions
Responsabilité contractuelle et notamment responsabilité du transporteur terrestre et aérien de personnes et responsabilité médicale
Responsabilité des magistrats du corps judiciaire (article 11-1 modifié de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958)
Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice (article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire)
Séparation des pouvoirs
Sociétés civiles professionnelles
Spoliations
Successions, donations, testaments, partages et liquidations

DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurances terrestres et de la navigation de plaisance (à l'exception de l'assurance construction)
Demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime
Experts judiciaires (inscription sur les listes)
Honoraires d'avocats
Indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction (article 706-3 du Code de procédure pénale)
Indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH
Législation concernant les rapatriés
Pourvois électoraux, sauf en ce qui concerne les élections professionnelles internes à l'entreprise
Pourvois formés contre les arrêts de cours d'appel dans lesquels le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante est partie
Procédure civile et voies d'exécution, tarifs
Pupilles de la Nation
Responsabilité délictuelle
Sécurité sociale (dont accidents du travail et prestations familiales)
Surendettement des particuliers

TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurance construction

Baux d'habitation
Baux commerciaux
Baux ruraux
Expropriations
Propriété immobilière (revendication, servitudes, bornage, mitoyenneté...)
Actions possessoires
Ventes d'immeubles
Lotissement et remembrement
Copropropriété
Contrats d'entreprise et de travaux
Responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs
Hypothèques et privilèges immobiliers
Publicité foncière
Construction
Société civile immobilière
Promotion immobilière

CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE

Assurance crédit
Banques et effets de commerce
Bourse
Cautionnement dans la vie des affaires
Concurrence : concurrence déloyale et pourvois formés contre les arrêts de la cour d'appel de Paris en application de l'article L.464-8 du Code de commerce
Droit fiscal : enregistrement, impôt de solidarité sur la fortune, douane
Droit maritime et assurance maritime
Entreprises de presse
Entreprises en difficulté : prévention et règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires et autres procédures collectives
Fonds de commerce
Obligations et contrats commerciaux
Professions commerciales
Propriété industrielle (brevets d'invention, marques, dessins et modèles, contrefaçons)
Sociétés civiles à l'exclusion des sociétés civiles immobilières, des sociétés civiles professionnelles et des coopératives agricoles
Sociétés commerciales et autres personnes morales de droit commercial
Transport de marchandises par voies routière, ferroviaire, fluviale ou aérienne

CHAMBRE SOCIALE

Droit communautaire du travail
Droit de l'emploi et de la formation
Droits et obligations des parties au contrat de travail
Elections en matière sociale et professionnelle, internes à l'entreprise
Entreprises à statut
Interférence du droit commercial et du droit du travail
Licenciement disciplinaire
Relations collectives du travail
Représentation du personnel ; protection des représentants du personnel
Situation économique et droit de l'emploi (notamment licenciement économique)

TABLE DES MATIÈRES

Composition de la commission du rapport et des études de la Cour de cassation	5	
Sommaire	7	
PREMIÈRE PARTIE : SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES		
Suivi des suggestions de réforme	11	
Textes dont la modification est suggérée	13	
Exposé	14	
DEUXIÈME PARTIE : ÉTUDES ET DOCUMENTS		19
discours prononcés lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le vendredi 7 janvier 2005 par :		
- Monsieur Jean-Louis NADAL, Procureur général près le Cour de cassation	21	
- Monsieur Guy CANIVET, Premier président de la Cour de cassation	27	
1. Études sur le thème de la vérité	35	
Avant-propos	37	
I. Le secret bancaire (par Mme COLLOMP)	41	
2. Vérité et loyauté des preuves (par Mme CREDEVILLE)	45	
3. La vérité de la chose jugée (par M. DINTILHAC)	49	
4. La vérité, l'apparence et la rétroactivité en matière immobilière (par Mme GABET)	59	
5. Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents (par M. de GOUTTES)	69	
6. La preuve de la vérité du fait diffamatoire (par Mme MENOTTI)	81	
7. Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence de la Cour de cassation (par Mme PASCAL et Mme TRAPERO)	89	

8.	La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise (par M. SARGOS)	97
2.	Études diverses	103
I.	Actualité de l'inexistence des actes juridiques (par M. ADIDA-CANAC)	105
II.	Les servitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation (par M. JACQUES)	129
III.	La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la Chambre criminelle) (par M. LEMOINE)	141
IV.	Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matières de crédit (par Mme RICHARD)	153
	TROISIÈME PARTIE : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR	165
	Arrêts rendus en Assemblée plénière et en Chambre mixte	167
I.	Le droit des personnes et de la famille	173
A.	Atteintes à l'intimité de la vie privée	173
	Les renseignements relatifs aux ascendants décédés d'une personne relèvent-ils de la propre vie privée de cette dernière ?	173
B.	Nom	174
	Loi du 6 fructidor an II - Article 4 - Fonctionnaires publics - Désignation des citoyens - Utilisation des nom et prénoms mentionnés dans l'acte de naissance - Obligation - Sanction	174
C.	Succession	174
	Testament - Nullité - Cas - Cause illicite - Contrariété aux bonnes moeurs - Domaine d'application - Exclusion - Libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère	174
II.	Le droit du travail et de la sécurité sociale	177
I.	<i>Droit du travail</i>	177
A.	Contrat de travail, organisation et exécution du travail	180
1.	Emploi et formation	180
2.	Droits et obligations des parties au contrat de travail	180
3.	Modification dans la situation juridique de l'employeur	182
4.	Contrats particuliers	183
B.	Durée du travail et rémunérations	185
1.	Durée du travail, repos et congés	185
2.	Rémunérations	189

C.	Santé et sécurité au travail	191
1.	Maladie du salarié	191
2.	Maternité de la salariée	194
3.	Travailleurs handicapés	196
D.	Accords collectifs et conflits collectifs du travail	198
1.	Accords et conventions collectives	198
2.	Conflits collectifs du travail	199
E.	Représentation du personnel et élections professionnelles	199
1.	Elections professionnelles	199
2.	Représentation du personnel	202
3.	Protection des représentants du personnel	206
F.	Rupture du contrat de travail	209
1.	Prise d'acte de la rupture	209
2.	Licenciements	209
G.	Actions en justice	214
1.	Compétence prud'homale - Compétence d'attribution - Litige né à l'occasion du contrat de travail - Reconnaissance de droits d'auteur	214
2.	Droits de la défense - Production en justice de documents de l'entreprise dont le salarié a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions - Conditions	214
3.	Appel - Décisions susceptibles d'appel - Décision statuant sur une demande indéterminée - Applications diverses - Demande de salaire d'un montant inférieur au taux de compétence en dernier ressort fondée sur un accord contesté par l'employeur (non)	41
4.	Syndicats professionnels - Action en justice - Action née d'une convention ou d'un accord collectif - Action en nullité - Qualité pour agir - Syndicat de l'entreprise - Condition	415
5.	Unicité de l'instance - Domaine d'application - Causes de la seconde instance nées postérieurement à la première décision (non) - Partie n'ayant pas relevé appel de la première décision	216
6.	Demandes nouvelles en appel - Recevabilité	216
II.	<i>Sécurité sociale</i>	216
1.	Assujettissement - Personnes assujetties - Ouvriers "sous décret" de la société nationale GIAT Industries - Conditions	216
2.	Accidents du travail et maladies professionnelles	217
3.	Régimes spéciaux	221
3.	Le droit immobilier et l'urbanisme	225

A.	Copropriété	225
1.	Dommages ayant leur origine dans les parties communes et n'affectant pas la totalité des parties privatives - Recevabilité de l'action du syndicat des copropriétaires	225
2.	Copropriété - Compatibilité avec l'établissement d'une servitude entre les parties privatives et deux lots appartenant à des propriétaires distincts	225
3.	Copropriétaire agissant seul contre un tiers auteur d'un trouble causé aux parties communes - Conditions de recevabilité de l'action	226
4.	Copropriété - Assemblée générale - Action en annulation - Prescription	227
B.	Servitudes	227
	Conditions d'application et modalités de calcul des prescriptions relatives aux distances à respecter pour l'établissement de vues droites	227
C.	Vente	228
	Nullité - Effets - Restitutions - Etendue - Détermination - Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle - Dommage - Etendue - Préjudice subi en raison de la conclusion du contrat annulé - Réparation - Conditions - Bonne foi	228
D.	Hypothèques	229
	Demande de publication - Erreur sur le numéro de publication - Conséquence - Rejet de la formalité - Conservateur refusant le dépôt - Formalité prenant rang à la date de l'enregistrement du dépôt	229
E.	Baux	230
1.	Baux d'habitation - Prix - Fixation - Bail initial - Contestation du loyer - Recevabilité - Conditions - Saisine de la commission de conciliation - Domaine d'application	230
2.	Baux d'habitation - Obligation de délivrer un logement décent - Application aux locaux classés dans la quatrième catégorie de la loi de 1948	231
3.	Bail commercial - Prix - Révision - Fixation du prix du loyer révisé - Valeur locative - Valeur inférieure au loyer indexé - Portée	232
4.	Bail commercial - Indemnité d'éviction - Paiement - Conditions - Immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés - Moment - Durée	232
5.	Bail commercial - Procédure - Prescription biennale - Point de départ - Action en fixation du prix du bail renouvelé - Demande de renouvellement signifiée au bailleur - Date de prise d'effet du nouveau bail	233
6.	Clause prévoyant la résiliation unilatérale - Appréciation de sa validité - Références à prendre en compte	234
IV.	Les activités économiques, commerciales et financières	237
A.	Les procédures collectives	237
1.	Conditions d'ouverture de la procédure collective - Demande formée par le conjoint collaborateur d'un commerçant	237
2.	Déclaration de créance - Créancier titulaire d'une sûreté publiée - Décision du juge-commissaire statuant sur l'inopposabilité de la forclusion - Appel - Jurisdiction compétente	237

3.	Déclaration de créance - Créancier titulaire d'une sûreté publiée ou d'un crédit-bail - Qualité - Moment d'appréciation	238
4.	La date de naissance des créances	238
5.	Clause de réserve de propriété - Revendication	239
6.	Revendication	239
7.	Extension de la procédure collective d'une personne à une autre - Effets	239
8.	Clause compromissoire - Vérification des créances	240
9.	Vérification des créances	241
10.	Vérification des créances - Contestation d'une créance	241
11.	Contrats en cours - Renonciation de l'administrateur en l'absence de mise en demeure ..	242
12.	Plan de cession - Commissaire à l'exécution du plan - Durée de sa mission	242
13.	Plan de cession - Commissaire à l'exécution du plan - Pouvoirs	243
14.	Plan de cession - Transfert des sûretés	243
15.	Cautionnement - Garantie de l'exécution du plan de redressement judiciaire	244
16.	Poursuites contre la caution - Suspension	244
17.	Période suspecte - Validité du paiement d'une lettre de change - Action en rapport - Titulaires de l'action en rapport	244
18.	Entreprise en difficulté - Redressement judiciaire - Période d'observation - Gestion - Contrat en cours - Option - Exclusion - Cas - Bail commercial expiré	245
19.	Rémunération des techniciens - Mission des mandataires judiciaires - Tâches techniques	245
20.	Liquidateur - Poursuite des actions engagées par le commissaire à l'exécution d'un plan résolu	246
21.	Expertises en difficulté - Liquidation judiciaire - Jugement ordonnant la liquidation - Droits propres de la société - Modalités	246
22.	Clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif - Reprise des poursuites individuelles - Conditions	247
B.	Droit des sociétés	248
	Statuts - Modification - Augmentation des engagements d'un associé - Conditions - Consentement de l'associé - Application à la stipulation prévoyant la répartition immédiate et intégrale des pertes entre les associés (non)	248
C.	Droit de la concurrence	248
1.	Conseil de la concurrence - Procédure - Prescription - Pouvoirs d'enquête - Egalité des armes - Entente illicite - Appréciation	248

2.	Conseil de la concurrence - Principe de l'autonomie procédurale - Application	250
D.	Droit bancaire	252
1.	Réglementation bancaire	252
2.	Responsabilité bancaire	257
3.	Intérêts	263
E.	Propriété industrielle	264
1.	Marques	264
2.	Certificats d'obtention végétale	264
F.	Transports	264
1.	Transport aérien - Transport de personnes - Refus d'embarquement - Heure d'enregistrement - Arrivée tardive - Listing informatique - Présomption simple	264
2.	Transports terrestres - Marchandises - Action directe contre l'expéditeur ou contre le destinataire	265
3.	Transports terrestres - Marchandise - Responsabilité - Clause limitative - Exclusion - Faute lourde	266
4.	Transports maritimes - Navire - Pavillon - Immatriculation	266
5.	Transports maritimes - Manutention portuaire - Dommage subi par le navire à l'occasion de son chargement - Prescription de l'action	266
G.	Vente	266
	Vente - Vente commerciale - Vente en solde - Qualification	266
H.	Impôts et taxes	267
1.	Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Evaluation des biens - Valeur mobilière cotée - Atteinte à la liberté d'aliéner les actions - Prise en considération (non)	267
2.	Recouvrement (règles générales) - Avis à tiers détenteur - Effets - Renseignement - Défaut - Sanction - Régime du tiers saisi (non)	267
3.	Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre gratuit - Exonération - Groupement foncier agricole - Parts sociales - Condition	267
4.	Redressement et vérifications (règles communes) - Redressement contradictoire - Commission départementale de conciliation - Saisine - Défaut - Sanction - Conditions - Détermination	268
5.	Enregistrement - Droits de mutation - Société - Apport - Apport consenti à titre pur et simple - Qualification - Défaut - Effet	269
6.	Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre onéreux de meubles - Société - Dispositions générales - Apport - Apport d'une activité professionnelle avec prise en charge du passif - Passif - Limite	270
7.	Redressement et vérifications (règles communes) - Garantie - Interprétation par instruction ou circulaire publiée - Instruction ou circulaire non précisée - Irrecevabilité	270

8.	Enregistrement - Mutation à titre gratuit - Succession - Biens imposables - Don manuel - Effet	270
9.	Recouvrement (règles communes) - Avis à tiers détenteur - Domaine d'application - Amendes pénales (non)	271
10.	Recouvrement (règles communes) - Avis de mise en recouvrement - Nullité - Effet	271
11.	Responsabilité des dirigeants - Dirigeant d'une société ou de tout autre groupement- Conditions - Inobservation grave et répétée des obligations fiscales rendant impossible le recouvrement de l'impôt - Vaines poursuites de la société par le Trésor Public - Nécessité - Responsabilité des dirigeants - Dirigeant d'une société ou de tout autre groupement - Conditions	272
12.	Recouvrement (règles communes) - Opposition - Délai - Acte interruptif - Exclusion - Saisine d'un tribunal incompétent	273
13.	Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre gratuit - Donations - Don manuel - Révélation à l'Administration - Forme	274
14.	Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Assiette - Déduction - Montant - Transaction fiscale en cours d'exécution - Portée	274
15.	Recouvrement	275
I.	Protection des consommateurs	275
1.	Caution - Acte de cautionnement - Conditions de validité - Mentions des article L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation - Exclusion - Cautionnements consentis par acte notarié	275
2.	Exécution - Délai de grâce - Demande - Moment - Détermination	276
3.	Taux effectif global - Validité	276
4.	Prêt d'argent - Intérêts conventionnels - Stipulation - Validité - Conditions - Existence d'un écrit	277
5.	Information des consommateurs - Information sur la composition des objets mis en vente	277
6.	Protection des consommateurs - Crédit à la consommation - Forclusion - Point de départ - Découvert en compte d'un montant déterminé	278
J.	Instruments de paiement	279
1.	Opposition au paiement du chèque et dessaisissement volontaire du titre	279
2.	Carte bancaire - Paiement par correspondance par communication du numéro de la carte - Contestation - Effets	280
K.	Agent commercial	282
	Champ d'application du statut	282
L.	Droit de propriété	283
	Titulaire - Prérogatives - Etendue - Droit sur l'image de la chose - Limites - Utilisation de l'image par un tiers - Condition	283

M.	Cautonnement	284
	Etendue - Bail - Cautonnement de la créance de loyers - Transmission - Condition	284
V.	La responsabilité civile et les assurances	285
A.	La responsabilité civile	285
1.	Responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle	285
2.	Responsabilité contractuelle - Obligation de moyens - Obligation du centre de contrôle technique agréé des véhicules	286
3.	La responsabilité liée aux actes des professionnels de santé salariés	286
4.	Accident de la circulation - Véhicule à moteur - Définition - Tondeuse à gazon "auto-portée"	288
B.	Les assurances	288
1.	Assurance (règles générales) - Garantie - Exclusion - Faute intentionnelle ou dolosive - Caractère intentionnel - Appréciation souveraine	288
2.	Prescription biennale - Interruption - Désignation d'expert	289
3.	Assurances de personnes - Assurances accidents corporels - Délai de prescription - Qualité de bénéficiaire	290
4.	Assurance de personnes - Assurance-vie - Eléments constitutifs - Aléa - Définition - Primes - Montant - Caractère manifestement exagéré eu égard aux facultés du souscripteur - Appréciation - Critères - Détermination	291
5.	Assurances - Assurance de responsabilité - Clause de réclamation - Clause autorisée par une disposition réglementaire - Déclaration d'illégalité	293
6.	Assurance responsabilité - Garantie - Limitation fixée par la police - Limitation dans le temps - Clause reproduisant une clause-type réglementaire - Déclaration d'illégalité du règlement - Portée	294
VI.	La procédure civile et l'organisation des professions	299
A.	Procédure civile	299
1.	Prescription civile - Interruption - Acte interruptif - Assignation pour rendre commune les opérations d'expertise	299
2.	Prescription civile - Délai - Réduction - Faute lourde - Absence d'influence	299
3.	Prescription décennale - Article 110-4 du Code de commerce - Domaine d'application - Actes mixtes	299
4.	Instance - Péremption - Application - Diligences des parties - Absence d'influence	300
5.	Exception - Proposition in limine litis - Proposition dans les mêmes conclusion d'une fin de non recevoir - Ordre de présentation - Portée	300
6.	Décision sur la compétence - Appel - Infirmité du chef de la compétence - Examen du fond - Condition	301

7.	Conclusions - Dépôt - Dépôt antérieur à une ordonnance de clôture - Conclusions écartées par le juge - Circonstances empêchant le respect de la contradiction - Application - Comportement contraire à la loyauté des débats	302
8.	Appel civil - Effet dévolutif - Portée - Appel non limité - Conclusions ne critiquant que certains chefs du jugement - Effets - Détermination	303
9.	Appel civil - Décisions susceptibles - Décision d'avant dire droit - Dispositif tranchant une partie du principal - Décision allouant une provision - Exclusion	303
10.	Appel civil - Acte d'appel - Mentions nécessaires - Identité de l'intimé - Qualité de l'intimé - Inexactitude de la mention - Cause - Erreur manifeste - Appréciation - Critères - Détermination	304
11.	Cassation - Mémoire - Signification - Modalités - Notification entre avocats - Domaine d'application - Pourvoi du procureur général - Avocat - Barreau - Inscription au tableau - Conditions particulières - Article 98, 3° du décret du 27 novembre 1991 - Juriste d'entreprise - Activité exclusive - Nécessité	305
B.	Presse	306
1.	Présomption d'innocence - Atteinte à la présomption d'innocence commise par voie de presse - Action en réparation exercée conjointement à une action en diffamation - Prescription - Revirement de jurisprudence - Application dans le temps - Report des effets	306
2.	Assignation - Nullité	308
C.	Procédures civiles d'exécution	309
1.	Saisie et cession des rémunérations - Domaine d'application - Rappels de salaires dus à un ancien employé	309
2.	Saisie-attribution - Dénonciation au débiteur - Délai de contestation de la saisie - Indication erronée - Portée	311
D.	Conflits de lois	311
	Application de la loi étrangère - Mise en oeuvre par le juge français - Recherche de sa teneur - Office du juge	311
E.	Organisation des professions	312
	Avocat - Honoraires - Contestation - Honoraires de résultat - Paiement - Conditions - Décision mettant fin à l'instance	312
VII.	Le droit pénal et la procédure pénale	315
A.	Action civile	315
1.	Recevabilité	315
2.	Responsabilité civile	315
3.	Appréciation du préjudice	315
4.	Abus de constitution de partie civile	316

5.	Accident de la circulation	316
6.	Responsabilité civile	316
B.	Action publique	316
1.	Application de la loi dans le temps	316
2.	Application de la loi dans l'espace	317
3.	Prescription	317
4.	Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme	317
5.	Médiation pénale	318
C.	Cassation	318
1.	Juridiction de renvoi. Pouvoirs	318
2.	Mémoire, article 510 du Code de procédure pénale	318
D.	Circulation routière	319
1.	Permis de conduire	319
2.	Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement (non)	319
E.	Contrôle judiciaire et détention provisoire	319
1.	Contrôle judiciaire	319
2.	Détention provisoire	319
F.	Cour d'assises	320
1.	Cour d'assises spécialement composée	320
2.	Débats	321
3.	Cour d'assises statuant en appel	323
4.	Acquittement	323
G.	Droit pénal spécial	324
1.	Atteinte aux biens	324
2.	Atteinte à la confiance publique et à l'autorité de l'Etat	324
3.	Atteintes à la personne humaine	325
H.	Droit pénal, économique et financier	326
1.	Abus de confiance	326
2.	Blanchiment	326
3.	Douanes	327
4.	Exercice illégal de la profession d'expert-comptable	327

5.	Impôts et taxes	327
6.	Législation sur les sociétés	328
7.	Manquement au devoir de probité - Atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics	329
I.	Enquête et instruction	330
1.	Contrôle d'identité	330
2.	Garde à vue	331
3.	Perquisition	331
4.	Crimes et délits flagrants	332
5.	Enquête préliminaire	332
6.	Désignation du juge d'instruction	332
7.	Mise en examen	332
8.	Notifications	332
9.	Fermeture d'établissement	332
10.	Chambre de l'instruction	333
J.	Extradition et mandat d'arrêt européen	334
1.	Extradition	334
2.	Mandat d'arrêt européen	334
K.	Juridictions correctionnelles et de police	336
1.	Compétence	336
2.	Exceptions présentées sur le fondement de l'article 385 du Code de procédure pénale ...	336
3.	Appel	337
4.	Opposition	338
L.	Peines et mesures à caractère pénal	338
1.	Cumul de peines	338
2.	Dispense de peine	338
3.	Libération conditionnelle	338
4.	Suspension ou fractionnement de peine pour raisons médicales	339
5.	Grâce	339
6.	Casier judiciaire	339

M.	Presse	339
1.	Procédure	339
2.	Diffamation, éléments constitutifs	340
3.	Diffamation envers les corps constitués	340
4.	Preuve de la vérité des faits diffamatoires	340
5.	Apologie de crimes de guerre	340
N.	Réexamen	340
O.	Révision	340
P.	Responsabilité pénale	340
Q.	Travail	341
1.	Droit syndical dans l'entreprise	341
2.	Salariés protégés	342
3.	Comités d'entreprise	343
4.	Amnistie	343
5.	Conflit de travail - Activités revendicatives	343
6.	Hygiène et sécurité - Délégation de pouvoirs	344
R.	Visites domiciliaires	344
	Ordonnance autorisant la visite	344
VIII.	L'application du droit communautaire et du droit international	345
A.	Droit communautaire	345
B.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	345
1.	Article 5 : droit à la liberté et à la sûreté	345
2.	Article 6 : droit à un procès équitable	346
3.	Article 7 : principe de légalité	349
4.	Article 10 : liberté d'expression	349
5.	Premier protocole additionnel - Article 1 ^{er} - Protection de la propriété - Restrictions - Garantie du paiement des impôts, contributions et amendes - Article 25 II B de la loi de finances rectificative pour 1999	350
6.	Protocole additionnel n° 7, article 4 : droit à ne pas être jugé ou puni deux fois	351

C.	Lois et règlements	351
1.	Lois et règlements - Non-rétroactivité - Principe - Application en matière civile - Etendue - Détermination	351
2.	Non-rétroactivité - Principe - Application en matière civile - Etendue - Détermination - compétence - Compétence matérielle - Tribunal de commerce	352
D.	Conflit de juridictions	353
	Effets internationaux des jugements - Exequatur - Conditions - Conformité à l'ordre public international - Principe d'égalité des époux - Décision étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari - Epoux étrangers dont l'un au moins réside en France	353
E.	Conventions internationales	354
1.	Effets internationaux des jugements - Exequatur- Conventions internationales - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 - Décisions susceptibles de reconnaissance et d'exécution - Applications diverses - Injonction dite "mareva"	355
2.	Effets internationaux des jugements - Exequatur - Conventions internationales - Accord franco-burkinabé du 24 avril 1961 - Article 38 - Jurisdiction compétente - Président du tribunal de grande instance statuant en référé - Portée Excès de pouvoir - Domaine d'application - Cour d'appel déclarant recevable un appel-nullité contre une décision susceptible exclusivement d'un pourvoi en cassation	356
QUATRIÈME PARTIE : L'ACTIVITÉ DE LA COUR		359
I.	Statistiques de l'année 2004	361
II.	Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales au cours des dix dernières années	369
III.	Appréciation par chambre de l'activité de la Cour	377
IV.	Les avis de la Cour.	391
V.	Le service de documentation et d'études de la Cour de cassation	395
VI.	Activité de la commission nationale de réparation des détentions	403
VII.	Activité de la commission de révision des condamnations pénales	411
VIII.	Commission de réexamen d'une décision consécutive à un arrêt CEDH	415
IX.	Activité de la juridiction nationale de la libération conditionnelle	419
X.	Activité du bureau d'aide juridictionnelle	423
XI.	Relations internationales	427
XII.	Attributions des chambres civiles	443

Ouvrage de référence dans les milieux judiciaire et universitaire, le Rapport de la Cour de cassation est aussi un précieux instrument de travail pour les praticiens du droit.

Le Rapport pour 2004 comporte, outre des suggestions de modifications législatives ou réglementaires, l'analyse des principaux arrêts et avis rendus au cours de l'année écoulée dans toutes les branches du droit privé, ainsi qu'une série d'études rédigées par des magistrats de la Cour de cassation.

Plusieurs études ont été élaborées sur le thème commun de la vérité. Abordant ce thème sous ses aspects les plus divers, elles évoquent successivement :

- Le secret bancaire
- La vérité et la loyauté des preuves
- La vérité de la chose jugée
- La vérité, l'apparence et la rétroactivité en matière immobilière
- La vérité et l'effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents
- La preuve de la vérité du fait diffamatoire
- La vérité biologique et la filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation
- La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise.

D'autres études, n'entrant pas dans le thème commun, portent sur des sujets variés :

- L'actualité de l'inexistence des actes juridiques
- Les servitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation
- La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle)
- Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit.

Le Rapport présente, en outre, pour l'année 2004, de manière détaillée, l'ensemble de l'activité de la Cour de cassation ainsi que des juridictions et commissions instituées auprès d'elle.

Prix : 25€

Imprimé en France

DF 5 7775-8

ISBN 2-11-005873-0

La Documentation française

29-31, quai Voltaire

75344 Paris Cedex 07

Téléphone : 01 40 15 70 00

Télécopie : 01 40 15 72 30

www.ladocumentationfrancaise.fr